



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Quaderni Fondazione Marco Biagi

Francesco Basenghi (a cura di)

Studi sulla Riforma Fornero

2012

Quaderni Fondazione Marco Biagi

ISSN 2239-6985

Registrazione presso il Tribunale di Modena n. 2031 del 03/05/2011

Studi sulla Riforma Fornero

Francesco Basenghi (a cura di). Modena: Fondazione Marco Biagi, 2012

© Copyright 2012 degli autori

ISBN 979-12-81397-03-3

Comitato di direzione

Tindara Addabbo, Francesco Basenghi (Direttore Responsabile), Tommaso M. Fabbri

Comitato scientifico

Marina Orlandi Biagi (Presidente), Tommaso M. Fabbri (Vice Presidente), Tindara Addabbo, Edoardo Ales, Francesco Basenghi, Janice Bellace, Susan Bisom-Rapp, Ylenia Curzi, Luigi E. Golzio, Frank Hendrickx, Csilla Kollonay, Alan Neal, Roberto Pinardi, Ralf Rogowski, Riccardo Salomone, Iacopo Senatori, Yasuo Suwa, Tiziano Treu, Manfred Weiss

Comitato di redazione

Ylenia Curzi, Alberto Russo, Olga Rymkevich, Iacopo Senatori

Editore

Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia

Largo Marco Biagi 10, 41121 Modena

Tel. +39 059 2056031

E-mail: fondazionemarcobiagi@unimore.it

INDICE

Licenziamento nullo e conseguenze: che cosa è cambiato? Note minime sul nuovo testo dell'art. 18, comma 1-3 <i>Chiara Pederzoli</i>	7
Il rito speciale in tema di licenziamenti: una tutela rapida ed efficace? <i>Maria Barberio</i>	21
La riforma dei licenziamenti in Germania nove anni dopo: imparare piuttosto che imitare? <i>Sabrina Grivet Fetà</i>	33
I tirocini formativi e di orientamento: evoluzione normativa e novità della Riforma Fornero <i>Fabrizio Pirelli</i>	50
Il lavoro a tempo parziale tra cancellazioni e reintroduzioni <i>Ada Napolitano</i>	59
Il lavoro intermittente: un'occasione mancata <i>Ada Napolitano</i>	67
L'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. Una lettura giuridica e socioeconomica del nuovo apprendistato <i>Laura Solieri, Azio Barani</i>	75
Tutele in costanza di rapporto di lavoro: cassa integrazione e fondi di solidarietà <i>Raffaella Pupo</i>	92

Attuazione del diritto al lavoro dei disabili: una Riforma a metà	
<i>Eleonora Balocchi</i>	105
L'associazione in partecipazione con apporto di lavoro: una breve ricognizione dell'istituto	
<i>Massimiliano Vaccari</i>	113
Nuove ipotesi per la conciliazione famiglia-lavoro?	
<i>Giulia Trimarchi</i>	123
Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel nuovo articolo 18 Stat. Lav.	
<i>Federica Drago</i>	133
La riforma del mercato del lavoro: un invito a ripensare	
<i>Francesco Basenghi</i>	146
Profili teorico-pratici della nuova associazione in partecipazione con apporto di lavoro	
<i>Alberto Russo</i>	156
I possibili effetti della Riforma Fornero sul regime di prescrizione dei crediti retributivi	
<i>Alberto Russo</i>	180
Struttura e funzioni della contrattazione collettiva nella “Riforma Fornero”	
<i>Iacopo Senatori</i>	198

LICENZIAMENTO NULLO E CONSEGUENZE: CHE COSA È CAMBIATO?

NOTE MINIME SUL NUOVO TESTO DELL'ART. 18, COMMA 1-3

Chiara Pederzoli

Dottoranda Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Ricognizione delle ipotesi di nullità del licenziamento di cui al primo comma del nuovo art. 18 St. lav. 2. – Le conseguenze del licenziamento nullo: la tutela reintegratoria “forte”. - 3. Prime riflessioni sulle novità introdotte dalla riforma.

1. Ricognizione delle ipotesi di nullità del licenziamento di cui al primo comma del nuovo art. 18 St. lav.

Con lo scopo di adeguare “alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento”¹, l’art. 1, comma 42, lett. b) della legge 28 giugno 2012, n. 92 (“Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”) apporta incisive modifiche all’articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori.

L’intenzione del legislatore è apertamente dichiarata sin dalla sostituzione della rubrica dell’art. 18, da “Reintegrazione nel posto di lavoro” a “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”. Come rilevato dai primi commentatori, con la riforma si assiste ad una compiuta revisione delle sanzioni contro il licenziamento illegittimo che operano in corrispondenza delle diverse ragioni giustificative previste dall’ordinamento². Sotto il profilo rimediale, la tutela reale “classica” risulta considerevolmente ridotta e, per così dire,

¹ Così l’art. 1, comma 1, lett. c) della l. n. 92/2012.

² Come è stato suggerito, il legislatore pone in relazione “sanzioni e ragioni di illegittimità”, secondo uno schema ad “asse cartesiano”, nel quale “il punto di intersezione che esprime il livello di protezione di volta in volta apprestato a beneficio del prestatore di lavoro”, C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in WP Massimo D’Antona, sez. *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito http://csd.le.ox.unict.it/archive/uploads/up_194008449.pdf, 7. Lo stesso Autore precisa che “in realtà, le cose sono più complicate, perché ciascuna delle fattispecie di licenziamento illegittimo in base alla “causale” può essere incasellata in più d’uno dei vari livelli di tutela, a seconda di quale venga effettivamente accertato essere la ragione del licenziamento, in una combinazione che talora sembra sfuggire al controllo del legislatore”. A tale riguardo, cfr. anche M.T. Carinci, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, relazione al Congresso AIDLASS 7, 8 e 9 giugno, Pisa, versione provvisoria, 22, la quale precisa che “le diverse tutele si collegano non alle giustificazioni addotte dal datore all’atto del licenziamento, bensì all’effettiva ragione posta a base del recesso. Più ampiamente, sull’obbiettivo delle modifiche dell’art. 18 e sul nuovo regime sanzionatorio v. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, 2012, I, 415 ss.

“decomposta” in una quadripartizione dei livelli sanzionatori³, “nei quali si mescolano e si riarticolarono la (vecchia/nuova) tutela reale e una nuova tutela indennitaria”⁴.

In questa sede, ci si concentrerà sulle ipotesi di nullità del licenziamento per le quali è prevista la c.d. “tutela reintegratoria piena”⁵, pur dovendosi precisare che la stessa sanzione opera anche qualora il provvedimento estintivo sia (non nullo, ma) inefficace, poiché intimato in forma orale⁶. Sebbene ricalcata sulla falsariga della vecchia tutela reale, la tutela reintegratoria riformata presenta alcuni elementi di novità rispetto al passato, dei quali si proverà a dar conto nel prosieguo (cfr. *infra* § 2).

A tenore del primo comma dell’art. 18, nuovo testo, si prevede che debba essere dichiarato nullo il licenziamento “discriminatorio ai sensi ai sensi dell’articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell’articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all’articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perchè riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell’articolo 1345 del codice civile”.

³ Oltre alla “tutela reintegratoria piena” prevista per le ipotesi qui esaminate (e per il caso del licenziamento inefficace perchè intimato oralmente), il nuovo testo dell’art. 18 dispone una “tutela reintegratoria attenuata” (art. 18, 4 c.), che comporta l’ordine di reintegrazione e l’indennità risarcitoria, senza riferimento alla soglia limite delle cinque mensilità, ma con limitazione del risarcimento ad un massimo di 12 mensilità; al terzo “gradino” dell’impianto sanzionatorio si colloca la “tutela indennitaria forte” (art. 18, 5 c.): il rapporto è risolto con effetto dalla data del licenziamento e il datore di lavoro viene condannato al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva, compresa tra 12 e 24 mensilità di retribuzione, da determinarsi tenendo conto dei parametri indicati dalla legge; infine, è stabilita una “tutela indennitaria dimidiata” (art. 18, 6 c.), per la quale il rapporto è risolto dalla data del licenziamento e il datore di lavoro dovrà corrispondere al lavoratore un’indennità risarcitoria onnicomprensiva, compresa tra 6 e un massimo di 12 mensilità di retribuzione, anche in tal caso da determinare sulla base dei criteri indicati dalla legge. Per una compiuta disamina sul punto, con precisazione delle ragioni in corrispondenza delle quali operano le distinte tutele, v. per tutti M.T. Carinci, *op. cit.*, 19 ss.

⁴ C. Cester, *op. cit.*, 4.

⁵ Adotta precisamente questa terminologia M.T. Carinci, *op. cit.*, 22. La dicitura “tutela reintegratoria forte” è adottata in contrappunto a quella di “tutela reintegratoria attenuata”, per la quale non è espressamente prevista, in relazione al risarcimento del danno, la soglia minima di cinque mensilità, mentre si stabilisce il limite massimo di 12 mensilità di retribuzione.

⁶ La questione richiederebbe una trattazione che non è possibile svolgere in questa sede. Basti considerare i problemi che solleva la previsione di una tutela assai più tenue (cd. tutela cd indennitaria dimidiata) per l’ipotesi di vizio di forma del licenziamento. Particolarmente critico in relazione a quest’ultima previsione, tra i primi, F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in WP Massimo D’Antona, sez. *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_586703979.pdf, spec. par. 11.

Nel primo comma del nuovo art. 18 possono, dunque, individuarsi almeno tre distinte ipotesi di licenziamento nullo.

In primo luogo, il licenziamento discriminatorio di cui all'art. 3 della legge 108 del 1990. Tale disposizione, come noto, ha esteso la tutela di cui all'art. 18 St. lav. al licenziamento determinato dalle ragioni discriminatorie di cui agli artt. 4 della l. 604/1966 e 15 della l. 300/1970 (come integrato dall'art. 13 della l. 903/1977 e dal d.lgs. 216 del 2003), a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, dalla natura del rapporto di lavoro e dalla categoria cui il lavoratore appartiene⁷. La particolare protezione prevista dall'art. 3 interviene qualora il recesso del datore di lavoro sia realizzato per ragioni che attengono ai “fattori di rischio”⁸ espressamente contemplati dalla legge. Le ragioni discriminatorie, inizialmente limitate al credo politico o alla fede religiosa del lavoratore, nonché all'appartenza ad un sindacato o all'attività sindacale, sono andate via via estendendosi – in particolare in seguito all'attuazione delle direttive comunitarie di seconda generazione⁹ – sino a ricomprendere molteplici caratteristiche del lavoratore, legate a condizioni fisico-biologiche o convinzioni personali¹⁰, quali razza, origine etnica (d.lgs. 215/2003), religione, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale (d.lgs. 216/2003), sesso (d.lgs.

⁷ Più ampiamente, in argomento G. De Simone, sub art. 4 legge n. 604/1966 (Art. 3 l. n. 108/90), Il licenziamento discriminatorio, in O. Mazzotta (a cura di), I licenziamenti. Commentario. Le norme del codice civile, della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dello statuto dei lavoratori, coordinate con le modifiche introdotte dalle leggi 11 maggio 1990, n. 108 e 23 luglio 1991, n. 223, Milano, Giuffrè, II ed., 1999, 359 ss.; L. Corazza, Il licenziamento discriminatorio, in M. Miscione (a cura di), Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti, in F. Carinci (diretto da), Diritto del lavoro. Commentario, Torino, Utet, II, 2007, 400 ss.

⁸ Secondo G. De Simone, Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro, Giappichelli, Torino, 2001, spec. 48, si tratta di fattori “già tutti considerati dall'art. 3 Cost., dove si vietano, in forza della prescritta pari dignità e del principio di eguaglianza, le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e, con una norma di chiusura, di condizioni personali e sociali”. Cfr. inoltre D. Izzi, Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Jovene, Napoli, 2005; A. Lassandari, Il licenziamento discriminatorio, in F. Carinci (a cura di), Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti, in Bessone M. (diretto da), Trattato di diritto privato, Giappichelli, Torino, 151 ss.. La locuzione “fattori di rischio” di discriminazione viene preferita a quella di “motivo discriminatorio”, al fine di evitare confusioni terminologiche con il concetto di “motivo illecito” anche da G. Bolego, Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge, in A. Viscomi (a cura di), Diritto del lavoro e società multiculturale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, spec. 685, nt. 28.

⁹ Le direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2002/73 CE, poi recepite dai dd. lgs. 215 e 216 del 2003 e 145 del 2005.

¹⁰ La distinzione viene qui proposta a fini meramente descrittivi. Diversamente, secondo P. Bellocchi, Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro, in ADL, 2003, I, 157 ss., la distinzione tra condizioni personali e convinzioni personali comporta l'applicazione di diversi regimi sanzionatori, dal momento che nel secondo caso “l'unico giudizio che può permettersi l'ordinamento, per contrastare le pratiche socialmente pericolose e moralmente odiose, è quello sulla volontà di discriminare”, spec. 173. Contra, A. Lassandari, op. cit., 2007, 166, che ritiene difficile ipotizzare una “gerarchia della dignità” che conduca a privilegiare le condizioni personali.

198/2006), colore ascendenza, origine nazionale, gruppo linguistico (d.lgs. 198/1998). L'individuazione dei fattori di rischio si ricollega all'esigenza di garantire una compiuta tutela della dignità della persona¹¹, che risiede nel diritto di ogni individuo a non subire trattamenti pregiudizievoli rispetto ad altri, in considerazione di una determinata caratteristica personale¹².

I dubbi interpretativi in ordine alla previsione in esame hanno riguardato, in particolare, il carattere tassativo ovvero esemplificativo delle ragioni di discriminazione, per un verso; la rilevanza meramente obiettiva oppure soggettiva dell'atto discriminatorio, per altro verso.

Sotto il primo dei due profili, va ricordato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'elenco delle ragioni discriminatorie di cui all'art. 3 della l. 103 del 1990 è suscettibile di interpretazione estensiva, sino a ricomprendere anche ipotesi non espressamente previste dalla legge¹³, tra le quali, ad esempio, quella del licenziamento ritorsivo¹⁴. L'interpretazione ampia dei fattori elencati dal diritto positivo fa leva sul motivo illecito, esclusivo e determinante (1345 c.c.). In altre parole, il ricorso all'art. 1345 c.c. "ha permesso alla giurisprudenza di estendere la nozione di licenziamento discriminatorio, riconducendolo al licenziamento nullo per illiceità del motivo"¹⁵.

Sotto il secondo profilo, è prevalso in dottrina l'orientamento a favore della rilevanza meramente obiettiva degli atti discriminatori. Si è sostenuto che l'atto lesivo del principio di parità di trattamento sia connotato da una "oggettiva idoneità a discriminare"¹⁶, talché

¹¹ Più ampiamente, v. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991, 404.

¹² Al riguardo, cfr. R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, 55 ss.

¹³ Cfr. Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in MGL, 1997, 832; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in OGL, nt. De Fazio, 1999, 615; Cass. 1 dicembre 2010, n. 24347, in RCDL, 2010, 1141, nt. Bordone; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in MGC, 2011, 425; in dottrina, con riferimento all'art. 15 St. Lav., propendono per una considerazione esemplificativa, tra gli altri, G. Ghezzi, *Commento agli artt. 15 e 16*, in G. Ghezzi – C.F. Mancini – L. Montuschi – U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Comm. SB, 1972, 209; L. Montuschi, *Commento agli artt. 15 e 16*, in G. Ghezzi – C.F. Mancini – L. Montuschi – U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Comm. SB, 1981, 24; cfr. inoltre, in merito all'art. 3 l. 103/1990, O. Mazzotta, *I licenziamenti*, *Commentario*, Giuffrè, 1992, 368 e, di recente, A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele* cit., 120. *Contra*, sulla tassatività dei motivi discriminatori, v. R. Bortone, voce *Discriminazione (divieto di)*, in *DDP Comm*, 1990, 25; E. Ghera, *Commento agli artt. 15 e 16*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, diretto da G. Prosperetti, Giuffrè, Milano, 1975, 405.

¹⁴ Il licenziamento per ritorsione è quello intimato «a seguito di comportamenti risultati sgraditi all'imprenditore»: «costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa», cfr. da ultimo, Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, ined..

¹⁵ G. Bolego, op. cit., 684, al quale si rinvia per le pronunce giurisprudenziali in argomento, spec. nt. 20 e 24.

¹⁶ Così A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozioni, interessi, tutele*, in *Tratt. G.*, Cedam, 2010, 55, che richiama l'opinione già espressa da T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974, 120 ss; E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *GDLRI*, 1979, 348. Per un riepilogo esaustivo degli orientamenti al riguardo v. L. Corazza, *Licenziamento discriminatorio* cit., 2007, 403 ss.

L'applicazione della sanzione prescinde dall'intento discriminatorio (c.d. *animus nocendi*) del datore di lavoro¹⁷. Di converso, la giurisprudenza ha continuato sino ad ora a subordinare l'accertamento della discriminazione alla prova dell'intento discriminatorio, inteso come "profilo psicologico dell'atto"¹⁸ datoriale. A ciò si aggiunga che l'*animus nocendi* del datore di lavoro deve costituire l'unica ragione per la quale il licenziamento è stato disposto. Così ragionando, prima della riforma, la giurisprudenza è giunta ad asserire l'irrilevanza dell'elemento soggettivo a fronte di un licenziamento sorretto da giusta causa o da giustificato motivo. Tale orientamento è stato fortemente criticato da una parte della dottrina, sulla base dell'assunto per cui l'accertamento della discriminazione "incide sulla valutazione di legittimità eventualmente già compiuta, travolgendola"¹⁹. Seguendo questa interpretazione, il controllo sull'atto discriminatorio del datore di lavoro non dovrebbe essere precluso dal concorso di "concause" (giusta causa o giustificato motivo), che operino, per così dire, come "esimenti" rispetto alla tutela antidiscriminatoria.

Proseguendo nella rassegna delle ipotesi di nullità per le quali è prevista la tutela reintegratoria piena, nel nuovo testo dell'art. 18 rientrano anche i licenziamenti intimati nei periodi di irrecidibilità e in violazione di specifici divieti di legge. Si tratta, anzitutto, dei licenziamenti disposti in concomitanza con il matrimonio, nel periodo "sospetto" che intercorre dalla richiesta delle pubblicazioni sino ad un anno dalla celebrazione del matrimonio²⁰. L'origine del divieto è da ricondursi alla legge 9 gennaio 1963, n. 7, poi abrogata dal D.lgs. 198 del 2006 ("Codice della Pari opportunità tra uomo e donna"), che mantiene intatta la disciplina previgente (artt. 1, 2 e 6, l. n. 7/1963), ricalcandola nell'art. 35. Le ragioni di una siffatta previsione, espressamente riferita alle sole lavoratrici, risiedono

¹⁷ Una conferma della teoria c.d. oggettiva potrebbe rinvenirsi nella nozione di discriminazione accolta dalla l. n. 125/1990, "fondata su basi rigorosamente oggettive, che sembra essere in proposito confermata alla luce del d.lgs. 145/2005 che ha novellato la legge del 1991 e dei due dd.lgs. nn. 215 e 216 del 2003", L. Corazza, *op. cit.*, 403; analogamente, A. Lassandari, *op. cit.*, 2010, spec. 55.

¹⁸ Così, C. Alessi, *Commento all'art. 3*, in R. De Luca Tamajo, M. D'Antona (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, NLCC, 1991, 196. In giurisprudenza, Cass., 1 febbraio 1988, n. 868, GC, 1988, I, 1533, nt. Mammone; Cass. 19 marzo 1996, n. 2335, MGL, 1996, 381, nt. Del Conte; Cass., 26 maggio 2001, n. 7188, OGL, I, 489; Cass., 25 maggio 2004, n. 10047, MGC, 2004, 5; Cass., 14 luglio 2005, n. 14816, GC, 2006, 2215

¹⁹ A. Lassandari, *op. cit.*, 2010, 134. V. inoltre Cfr. G. Ghezzi - U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1987, 353, per i quali "il rispetto della normativa antidiscriminatoria costituisce, in linea di principio, il prerequisite del licenziamento legittimo".

²⁰ La presunzione di causa illecita del licenziamento intimato nel periodo sospetto è relativa (non assoluta), sebbene la legge preveda tassativamente le ipotesi di prova contraria (colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa; cessazione dell'attività dell'azienda; compimento dell'opera per la quale la lavoratrice è stata assunta o scadenza del termine). Tale presunzione opera, peraltro, oggettivamente, ossia a prescindere dal fatto che il datore di lavoro sia a conoscenza della richiesta delle pubblicazioni. Al riguardo, per tutti M.V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità. La legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Il Mulino, Boogna, 1979, 153.

nell'esigenza di tutelare la donna per la sua "essenziale funzione familiare" (art. 37 Cost)²¹, allo scopo di evitare che il datore di lavoro sia indotto a risolvere il rapporto per i costi conseguenti alle assenze legate alla maternità²².

Parimenti nullo è, altresì, il licenziamento della lavoratrice madre, se intimato dall'inizio della gravidanza fino al compimento del primo anno di età del bambino²³, come già previsto dalla l. n. 1204 del 1971, modificata nel 1977. Con la l. n. 53 del 2000 (art. 18), la tutela della maternità e della paternità è stata estesa fino a prevedere la nullità del recesso del datore di lavoro nel periodo di fruizione (sin dalla richiesta) dei congedi parentali, anche in questo caso fino al compimento del primo anno di età del bambino.

A ben vedere, si può ritenere che anche le previsioni da ultimo esaminate, ora unitamente disciplinate nell'art. 54 del d.lgs. 151/2001, siano riconducibili alla più ampia fattispecie discriminatoria, in quanto dirette ad apprestare particolare protezione ai lavoratori, in corrispondenza di determinati "fattori di rischio", quali il sesso, la maternità e, più in generale, la condizione genitoriale²⁴.

La seconda ipotesi di nullità riguarda il licenziamento "determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile". La norma, dunque, estende la tutela "speciale" ad altre ipotesi di nullità previste dalla legge, tra le quali viene separatamente menzionato il caso del licenziamento viziato da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c..

Come noto, l'art. 1345 c.c. prevede che il contratto debba considerarsi nullo a norma dell'art. 1418, 2 comma, c.c. qualora le parti lo abbiano concluso "esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe". Sul punto, occorre precisare che tale disposizione, pur espressamente riferita al contratto, è applicabile anche agli atti unilaterali²⁵. Va da sé

²¹ A tale riguardo, più ampiamente, v. G. De Simone, *op. cit.*, spec. 51 e ss.

²² In giurisprudenza, al riguardo cfr. Trib. Padova 9 maggio 2000, in DL, II, 227. L'orientamento giurisprudenziale dominante, pur con alcune eccezioni (cfr. Pret. Salerno 26 luglio 1989, in GM, 1991, 47; Pret. Buccino 11 luglio 1989, in LPO, 144), esclude l'applicabilità del divieto di licenziamento a causa di matrimonio al lavoratore nubendo, lasciando il dubbio circa le tutele che, in tale ultimo caso, possono essere apprestate, anche in considerazione del progressivo coinvolgimento del padre nella cura del bambino. Cfr. A. Lassandari, *op. cit.*, 2007, 171.

²³ Il divieto, come noto, opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio, perciò è irrilevante che il datore di lavoro ne sia o meno a conoscenza. Cfr. in giurisprudenza, tra le altre: Cass. 1 dicembre 2010, in MGC, 2010, 12, 1545; Cass. 1 febbraio 2006, n. 2244, in NGL, 2006, 4, 461; Cass. 16 novembre 2002, n. 16189, in MGC, 2002, 1998; Cass. 20 maggio 2000, n. 6595, in MGC, 1075.

²⁴ Analogamente, G. De Simone, *op. cit.*, 53.

²⁵ Per tutti, v. U. Morello, voce *Frode alla legge*, DDP *civ.*, Vol VIII, Utet, Torino, 1992, 505; In giurisprudenza, v., ad esempio, Cass., 29 luglio 2002, n. 11191, in MGC, 2002, 1388, nella cui massima espressamente è precisato che: "in virtù del richiamo operato dall'art. 1324 cod. civ., la causa illecita e il motivo illecito rilevano ai fini della nullità anche negli atti unilaterali".

che, rispetto a questi ultimi, il motivo illecito rileva in quanto esclusivo e determinate, anche se non comune ad entrambe le parti²⁶. Come da taluni suggerito, il mancato riferimento all'esclusività del motivo illecito si presta a due possibili soluzioni interpretative²⁷. Da un lato, si potrebbe ritenere che tale elemento, anche se non espressamente indicato, sia implicitamente necessario per dichiarare la nullità del licenziamento, poiché già contenuto nell' art. 1345 c.c. che viene richiamato nel nuovo art. 18; dall'altro, si potrebbe rovesciare il ragionamento, in modo da considerare il licenziamento determinato da motivo illecito come nullo di per sé, anche se non esclusivo, e dunque “anche in presenza di altri motivi concorrenti posti dal datore di lavoro a fondamento della risoluzione del contratto”²⁸. In ogni caso, resta fermo il principio per cui grava sul lavoratore l'onere della prova del motivo illecito da lui invocato nell'atto introduttivo del giudizio²⁹.

Da ultimo, vi è una terza e ampia ipotesi i cui confini non sono chiaramente individuati dal legislatore che ricomprende “altri casi di nullità previsti dalla legge”, diversi dal motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c.. Riprendendo una certa impostazione, a tale previsione potrebbe, per esempio, ricondursi il licenziamento intimato in frode alla legge, allo scopo di eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.)³⁰.

2. Conseguenze del licenziamento nullo: la tutela reintegratoria piena

Quanto alla sanzione prevista per le ipotesi sopra richiamate, nella sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento, il giudice ordina al datore di lavoro (imprenditore o

²⁶ In materia di licenziamento, sul motivo illecito esclusivo e determinante cfr., tra le altre, C. Cass., 9 marzo 2011, n. 5555, in NGL, 2011, 400; Cass. 26 giugno 2009, n. 15093, in MGC, 2009, 6, 933; Cass. 26 maggio 2001, n. 7188, in NGL, 2001, 795; Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, cit.; Cass., 11 febbraio 1989, n. 851, in MGL, 1989, 205.

²⁷ In argomento, e più ampiamente sulle possibili interpretative circa il riferimento all'art. 1345 c.c., cfr. C. Cester, *op. cit.*, p. 18.

²⁸ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP Massimo D'Antona, sez. *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, disponibile al sito http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf, 5, il quale precisa che, seguendo questa linea interpretativa, sarebbe possibile superare l'orientamento giurisprudenziale che, con particolare riferimento al licenziamento, richiede l'efficacia determinativa ma anche esclusiva dell'*animus nocendi* “rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di un provvedimento legittimo di licenziamento”, cfr. Cass., 9 marzo 2011, n. 5555, in MGC, 2011, 3, 377; Cass. 5 agosto 2010, n. 18283, in MGC, 2010, 9, 1188; Cass., 25 maggio 2004, n. 10047, in MGC, 2004, 751.

²⁹ Cass. 3 maggio 1997, n. 3837, in MGL, 1997, 614; Cass. 16 dicembre 1997, n. 12710, in MGL, 1998, 197; Cass. 8 agosto 2011, n. 17087. A tale riguardo cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 51-52.

³⁰ Cfr. in particolare L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-24 maggio 2007*, Giuffrè, 2008, spec. 65-66; C. Zoli, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, 31 e ss., spec. 51; G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge*, Giuffrè, 2011, 214 ss.

non imprenditore) la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e lo condanna, altresì, al risarcimento del danno, “stabilendo a tal fine un’indennità commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione”, superiore a cinque mensilità, dedotto quanto effettivamente percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è inoltre obbligato a versare, per lo stesso periodo di riferimento, i contributi previdenziali e assistenziali. Resta ferma la facoltà, per il lavoratore, di sciogliere il rapporto richiedendo al datore un’indennità pari a quindici mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, in sostituzione della reintegrazione.

Al di là delle modifiche nella formulazione letterale, occorre domandarsi se la riforma abbia apportato cambiamenti sostanziali rispetto alla vecchia tutela reale.

A tale riguardo, v’è anzitutto da considerare che, oltre alla reintegrazione nel posto di lavoro, il lavoratore ha diritto ad un’indennità³¹ commisurata non più alla “retribuzione globale di fatto”, ma precisamente all’“ultima retribuzione globale di fatto”. Pertanto, la retribuzione che costituisce il parametro per determinare l’indennità risarcitoria è ora l’ultima, cioè “riferita al rapporto come cristallizzato al momento del licenziamento”³². Questa previsione induce a ritenere che, ferma restando la rivalutazione monetaria e gli interessi sulla somma rivalutata sin dalla data del licenziamento (art. 429 c.p.c.)³³, la somma non dovrebbe comprendere anche gli eventuali aggiornamenti retributivi che il lavoratore avrebbe percepito dopo il licenziamento³⁴. Così, il criterio per quantificare l’importo risarcitorio diviene lo stesso previsto dall’art. 8 della legge n. 604 del 1966, con la differenza

³¹ Come autorevolmente sostenuto da M. D’Antona, *Tutela reale del posto di lavoro*, in Enc. Giur. Trecc., Vol. XXXI, 1994, ora anche in M. D’Antona, *Opere* (a cura di B. Caruso e S. Sciarra), Vol. III, Giuffrè, 2000, 429 ss., “l’articolo 18 adotta una tecnica di riequilibrio patrimoniale che non è risarcitoria in senso proprio ma piuttosto indennitaria”, dovendosi precisare che “la nozione di indennità comprende precisamente quelle tecniche di riparazione del pregiudiziopatrimoniale che derogano al principio risarcitorio della compensazione integrale del danno per euivalente”, spec. 447-448.

³² C. Cester, *op. cit.*, 8.

³³ Così, C. Cester, *op. loc. ult. cit.*. Avanza dubbi circa l’applicabilità della regola del cumulo di interessi e rivalutazione monetaria all’importo risarcitorio M. Marazza, *op. cit.*, 8.

³⁴ Al contrario, la giurisprudenza aveva precisato che “L’indennità risarcitoria di cui all’art. 18, comma quarto, della legge n. 300 del 1970, come sostituito dall’art. 1 della legge n. 108 del 1990, deve essere commisurata alla retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore al tempo del licenziamento, nella quale, in relazione alla natura risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore in seguito all’illegittimo licenziamento, vanno inclusi gli aggiornamenti delle retribuzioni medesime che, di detta natura, costituiscono espressione” (Cass. 22 settembre 2011, n. 19285, in MGC, 2011, 9, 1320). Al riguardo, si veda inoltre Cass. 16 settembre 2009, n. 19956, in MGC, 2009, 1321, secondo cui “l’indennità risarcitoria di cui all’art. 18 della legge 20 maggio 1970, n.300 deve essere liquidata in riferimento alla retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore al tempo del licenziamento, comprendendo nel relativo parametro di computo non soltanto la retribuzione base, ma anche ogni compenso di carattere continuativo che si ricolleggi alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento”.

che in quest'ultima ipotesi “il rapporto si è definitivamente estinto con il licenziamento e il parametro retributivo non può essere diverso, mentre nella tutela reale il rapporto prosegue nonostante il licenziamento, e dovrebbe essere garantito nella sua effettiva evoluzione”³⁵.

Inoltre, si osserva che l'indennità risarcitoria è calcolata dedotto quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (cd. *aliunde perceptum*), e non anche quanto egli avrebbe potuto percepire secondo l'ordinaria diligenza (cd. *aliunde percipiendum*)³⁶. La mancata previsione della detraibilità dell'*aliunde percipiendum* potrebbe ricollegarsi alla gravità del vizio – di nullità – del licenziamento disposto per le ragioni di cui al primo comma (ed anche di quello intimato oralmente e, pertanto, inefficace): in tali casi l'atto datoriale realizza interessi così riprovevoli per l'ordinamento, da giustificare la garanzia di un risarcimento pieno a favore del lavoratore, che non può essere ridotto neppure per l'operatività del generale principio di diligenza di cui all'art. 1227, 2 c., c.c.³⁷. D'altra parte, resta da chiarire se l'espressa formulazione della regola della detraibilità di quanto effettivamente percepito dal lavoratore *medio tempore*, possa imporre al giudice l'adozione di provvedimenti istruttori necessari per svolgere tale accertamento, anche d'ufficio³⁸. Così ragionando, risulterebbe superato l'orientamento per cui il datore di lavoro ha l'onere di provare l'*aliunde perceptum*, pur con l'ausilio di presunzioni semplici, a nulla rilevando la difficoltà di tale tipo di prova o la mancata collaborazione del dipendente estromesso dall'azienda, posto che il giudice avrebbe l'obbligo di operare la detrazione d'ufficio³⁹. Per le conseguenze che implicherebbe una siffatta interpretazione, appare più ragionevole concordare con chi preferisce la soluzione negativa, a meno di non voler ritornare ad processo di stampo inquisitorio⁴⁰.

³⁵ C. Cester, op. loc. ult. cit.

³⁶ Più ampiamente, in relazione alla detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, cfr., L. Ratti, Rimedi contro il licenziamento illegittimo, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, spec. 205-206.

³⁷ C. Cester, op. cit., 9, il quale precisa che “il principio di solidarietà cui è informato l'art. 1227, comma 2, c.c. non ha ragione di essere applicato allorché l'autore del danno abbia pesantemente violato principi di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà”. Per l'Autore, una conferma di questa interpretazione potrebbe rinvenirsi nella previsione espressa della regola della detraibilità dell'*aliunde percipiendum* dove sia applicata la cd. “tutela reintegratoria attenuata” (cfr. retro nt. 2), nell'ipotesi in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa.

³⁸ Più ampiamente, sul punto v. M. Marazza, op. cit., 7-8, secondo il quale la previsione in esame, potrebbe, peraltro, spingere al superamento del regime delle preclusioni della deducibilità dell'*aliunde perceptum*, con conseguente possibilità di operare la detrazione in appello in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione della sentenza di primo grado o per rilevare la tardività della deduzione proposta per la prima volta in appello.

³⁹ Cfr. espressamente in tal senso, Cass. 17 novembre 2010, n. 23226, in MGC, 2010, 11, 1461.

⁴⁰ In tal senso, C. Cester, op. cit., 9.

Il nuovo testo dell'art. 18 mantiene, invece, la possibilità per il lavoratore di richiedere l'indennità, in alternativa alla reintegrazione, pari a quindici mensilità⁴¹. Si precisa che il lavoratore deve richiedere tale indennità entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se antecedente. Quest'ultima precisazione chiarisce che i due termini operano alternativamente, talché il termine di trenta giorni dal deposito della sentenza deve intendersi come limite temporale massimo, oltre il quale il lavoratore perde la facoltà di commutare la reintegrazione con il pagamento della somma stabilita dalla legge⁴².

Per quanto attiene al momento di cessazione del rapporto, si prevede espressamente che la richiesta dell'indennità sostitutiva “determina la risoluzione del rapporto di lavoro” (art. 18, comma 3, nuovo testo). Secondo la lettera della legge, dunque, la questione relativa al momento di cessazione del rapporto di lavoro deve essere risolta in modo difforme rispetto a quanto asserito dalla giurisprudenza di Cassazione, che riteneva il rapporto estinto non già al momento della richiesta dell'indennità sostitutiva, bensì allorché il datore di lavoro avesse effettivamente corrisposto tale somma al lavoratore⁴³. Questa conclusione era giustificata dal fatto che “fino a quando permane l'obbligo del datore di lavoro di reintegrare, egli è tenuto al risarcimento del danno cui il lavoratore ha parimenti diritto”, posto che l'art. 18 vecchio testo “attribuisce al lavoratore la facoltà di optare per l'indennità sostitutiva, fermo restando il diritto al risarcimento del danno [...], e che il diritto a far valere quale titolo esecutivo la sentenza che, nel disporre la reintegrazione del lavoratore licenziato, ha attribuito a titolo risarcitorio le retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quella della riassunzione, non viene meno per effetto della dichiarazione di opzione per le quindici mensilità comunicata al datore di lavoro, sino a quando quest'ultimo non abbia eseguito la suddetta prestazione”⁴⁴. Al contrario, secondo la formulazione letterale del nuovo testo, deve ritenersi che il contratto sia risolto al momento della richiesta

⁴¹ In relazione a tale previsione, come noto introdotta dalla l. 103/1990, v. M. D'Antona, *op. cit.*, 455-457.

⁴² Prima dell'espressa previsione contenuta nel nuovo art. 18, riteneva che i due termini operassero alternativamente, decorrendo il primo dall'invito del datore di lavoro e il secondo dal deposito della sentenza P. Tosi, *L'indennità “in sostituzione della reintegrazione” tra diritto speciale e diritto comune delle obbligazioni*, in ADL, 2006, 418 ss., spec. 431. Cfr., inoltre, C. Cester, *op. cit.*, 10. Critico al riguardo è M. Marazza, *op. cit.*, 9, che ritiene la previsione discutibile “se si pensa che il lavoratore potrebbe trovarsi nella condizione di dover optare per le 15 mensilità sostitutive della reintegrazione prima di aver letto le motivazioni della sentenza che ha dichiarato l'invalidità del licenziamento e, cioè, prima di poter compitamente valutare il rischio che la sentenza venga riformata in appello”.

⁴³ Cfr. al riguardo Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, in NGL, 2004, 73; Cass. 2 febbraio 2007 n. 2262, in MGC, 2007, 7.

⁴⁴ Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, cit.

dell'indennità, con la conseguenza che il lavoratore, dal giorno successivo, non avrà più diritto al risarcimento del danno⁴⁵.

Da ultimo, si può osservare che, come già accaduto nel con la riforma del 1990, nel nuovo art. 18 non viene affrontato il problema dell'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione. Come è stato rilevato, questa poteva essere, invece, l'occasione per estendere a tale ipotesi forme di coercizione indiretta come quelle di cui all'art. 614*bis* c.p.c., a tenore del quale il giudice, nel provvedimento di condanna, fissa – su richiesta di parte – la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento⁴⁶. Per espressa previsione, quest'ultima norma non è, infatti, applicabile “alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409” c.p.c..

3. Prime riflessioni sulle novità introdotte dalla riforma

Ad una prima analisi dell'art. 18, commi 1-3, sembra possibile individuare almeno due rilevanti elementi di novità.

Una prima novità consiste nell'espressa applicazione della tutela reintegratoria piena anche ai casi di licenziamento disposto a causa di matrimonio o in violazione dei divieti posti a tutela della lavoratrice madre e dei lavoratori che hanno richiesto il congedo parentale. Occorre infatti considerare che, prima della riforma, per queste ipotesi non era prevista l'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18, bensì interveniva a favore del lavoratore illegittimamente licenziato la cd. tutela reale di diritto comune. Quest'ultima implica che il licenziamento non estingua il rapporto e, pertanto, permane in capo al datore di lavoro l'obbligazione retributiva, fino a che non sopraggiunge una causa che legittima la cessazione del rapporto⁴⁷. In particolare, anche ammettendo che resti salva “la facoltà di

⁴⁵ In argomento, cfr. M. Marazza, *op. cit.*, p. 9; C. Cester, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶ In tal senso, cfr. M.T. Carinci, *op. cit.*, 20, nt. 162. Sul tema, si rinvia inoltre M. Pedrazzoli, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in LD, 1988, 79 ss., il quale, sulla base di una ricostruzione del (precedente) testo dell'art. 18 anche alla luce dei lavori preparatori, ritiene che “fino alla reintegrazione effettiva le retribuzioni operano come astreinte legale perché si aggiungono al risarcimento del danno; dopo la reintegrazione costituirebbero invece il corrispettivo della prestazione di lavoro concretamente ripresa”, spec. 95.

⁴⁷ Cfr. P. Tullini, *La cd. tutela reale di diritto comune*, in QDLRI, 1990, 103 ss., spec. 105. Va precisato che, quanto all'ipotesi di licenziamento a causa di matrimonio, è espressamente previsto il diritto della lavoratrice alla retribuzione globale di fatto sino al giorno della riammissione in servizio (senza alcuna decurtazione); mentre, per il licenziamento della lavoratrice madre, si ritiene che il recesso sia privo di efficacia risolutiva, con conseguente ripristino del rapporto e mantenimento (ex tunc) dell'obbligo della retribuzione”, che permane fino alla sentenza che accerta il diritto alla prosecuzione del rapporto, cfr. *Ibidem*, spec. 113-114. In

chiedere, in alternativa e in luogo della ripresa del lavoro, il risarcimento del danno subito”⁴⁸, laddove era disposta l’applicazione della tutela reale di diritto comune il lavoratore non poteva richiedere l’indennità sostitutiva della reintegrazione prevista invece dall’art. 18. Limitatamente a questo profilo, la riforma sembra riportare coerenza logica e sistematica nella disciplina dei licenziamenti nulli, posto che ora si commina la stessa sanzione in corrispondenza del medesimo vizio dell’atto datoriale. Questa innovazione è ancor più giustificata se si considera che la particolare protezione apprestata per le ipotesi del licenziamento della lavoratrice madre o per causa di matrimonio o fruizione dei congedi parentali costituisce il nucleo originario della tutela antidiscriminatoria, in quanto essa opera in corrispondenza di specifici fattori di rischio di discriminazione, quali il sesso (della lavoratrice) e la condizione genitoriale del prestatore di lavoro⁴⁹. Per questa ragione, già nel sistema rimediabile previgente, poteva ritenersi per lo meno “eccentrica” l’esclusione della tutela reale di cui all’art. 18 St. Lav. per ipotesi astrattamente riconducibili alla più ampia fattispecie discriminatoria, per la quale, invece, tale tutela era (ed è) prevista⁵⁰.

Il secondo elemento di novità riguarda l’espressa estensione della tutela reintegratoria di cui all’art. 18, comma 2 e 3 anche al licenziamento “determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’articolo 1345 del codice civile”. Ciò che rileva è, in particolare, il fatto che il licenziamento per motivo illecito sia espressamente richiamato come ipotesi di nullità distinta e separata rispetto a quella del licenziamento discriminatorio.

Come già ricordato (*retro* § 1.), prima della riforma, la giurisprudenza maggioritaria richiedeva la prova del motivo illecito (*rectius*: discriminatorio), esclusivo e determinante ex art. 1345 c.c., per accertare la nullità del licenziamento discriminatorio. In buona sostanza, il motivo discriminatorio veniva considerato come elemento qualificante del licenziamento discriminatorio, in mancanza del quale era impedita la declaratoria di nullità. Al contrario, pur senza volersi addentrare in interpretazioni che richiederebbero una visione d’insieme del nuovo sistema sanzionatorio previsto dall’art. 18 St. Lav.⁵¹, nel nuovo testo si potrebbe

giurisprudenza, tra le tante, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620, in RCDL, 2007, 497, nt. Perone; Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, in GC, 2005, I, 1553; Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in RCDL, 200, 449, nt. Messina; Cass. 13 febbraio 1998 n. 1526, in MGC, 1998, 330.

⁴⁸ Cfr. P. Tullini, *op. cit.*, 105, precisa che in questi casi il risarcimento, considerata la difficoltà di esatta determinazione, sarà presumibilmente liquidato in via equitativa dal giudice.

⁴⁹ In questo senso G. De Simone, *op. cit.*, 52 ss.

⁵⁰ Per A. Lassandari, *op. cit.*, 168, nelle ipotesi in esame “appare incoerente l’esclusione di operatività dell’art. 18. In senso critico rispetto all’inapplicabilità della tutela reale, v. anche L. Calafà, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in GDLRI, 2003, 499 ss.

⁵¹ Si veda al riguardo, l’interpretazione di M.T. Carinci, *op. cit.*, la quale sostiene che “licenziamento discriminatorio e ingiustificato coincidono e beneficiano in conseguenza della medesima “tutela reale piena”,

leggere una conferma, seppur indiretta, di quell'orientamento dottrinale che aveva asserito l'autonomia del licenziamento discriminatorio dal licenziamento per motivo illecito. Secondo questa tesi, il licenziamento discriminatorio di cui all'art. 3 della l. 108 del 1990 dovrebbe intendersi in senso oggettivo (*retro* § 1), ossia come ipotesi nella quale "l'elemento qualificante (ovviamente in negativo) è costituito da un *quid pluris*, che non è individuabile nel motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c., come ritiene la giurisprudenza, bensì nella violazione della disciplina antidiscriminatoria, che ha carattere imperativo"⁵².

Da questa affermazione derivano ulteriori conseguenze applicative.

Anzitutto, se è vero che la distinzione tra licenziamento per motivo illecito e discriminatorio non comporta conseguenze sotto il profilo della tutela applicabile, atteso che in entrambi i casi si applica la tutela reintegratoria cd. "piena" di cui all'art. 18, comma 2 e 3, essa rileva sotto il profilo dell'onere della prova. Nella prima ipotesi, il lavoratore dovrà provare in giudizio la sussistenza dell'elemento soggettivo del motivo illecito (sia o meno da considerarsi esclusivo, v. *retro* § 1), mentre nella seconda sarebbe lecito prescindere dall'ardua prova dell'intenzione di discriminare del datore di lavoro. In quest'ultimo caso, l'onere della prova in ordine alla discriminazione, oggettivamente considerata, grava pur sempre sul lavoratore, il quale può tuttavia avvalersi di presunzioni semplici ed anche della prova statistica, ove possibile (art. 40 d.lgs. 198/2006)⁵³.

Pertanto, quanto al licenziamento discriminatorio, potrebbe ora essere sufficiente provare l'oggettiva violazione della disciplina antidiscriminatoria per ottenere la declaratoria di nullità. Ciò consente, oltre ad un alleggerimento dell'onere della prova della discriminazione, di superare quell'orientamento giurisprudenziale che, appellandosi all'esclusività del motivo illecito, impediva l'accertamento della discriminazione in presenza di una delle cause che giustificano il recesso del datore di lavoro. In altre parole, dopo la riforma, anche in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (soggettivo o

posto che "il licenziamento non è discriminatorio – non è, cioè, connotato da causa illecita – solo se il datore di lavoro persegue l'unica finalità tipica ammessa nel sistema: l'interesse, di rilievo costituzionale *a disporre di un'organizzazione* in vista dello svolgimento di un'attività, che si specifica poi ulteriormente *nell'interesse a modificare* (giustificato motivo oggettivo di tipo economico) e *a garantire la funzionalità dell'organizzazione [...]*"; *mentre al di fuori* delle ragioni specificamente ammesse dalla legge – che costituiscono cause in senso tecnico e individuano, declinandolo al suo interno, l'unico interesse protetto dall'ordinamento – l'atto di licenziamento è discriminatorio". Come precisato dall'Autrice, questa interpretazione "toglie con tutta evidenza spazio alle tutele minori previste dall'art. 18, cc. 4-7 ("tutela reintegratoria attenuata" e "tutela indennitaria forte")", v. spec. 24-25.

⁵² G. Bolego, *op. cit.*, 687. In questo senso, cfr. anche A. Lassandari, *op. cit.*.

⁵³ Più ampliamento, sull'onere della prova in materia di licenziamento discriminatorio, v. A. Vallebona, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, LD, 1989, 332 ss. Più di recente, M.T. Carinci, *op. cit.*, 27 ss.

oggettivo) il giudice potrebbe dichiarare la nullità del licenziamento, una volta accertata la discriminazione.

Inoltre, volendo mantenere distinte le due ipotesi, occorre chiedersi quale sia l'ambito di applicazione del licenziamento nullo ex art. 1345 c.c.. A tale riguardo, si possono avanzare due interpretazioni: o l'articolo 1345 c.c. è richiamato dalla legge di riforma allo scopo di estendere la tutela antidiscriminatoria anche ai licenziamenti intimati per ragioni che non sono espressamente previste dall'art. 3 della l. 108 del 1990; oppure vi rientrano le ipotesi in cui il licenziamento sia stato intimato per un motivo illecito, che non sia anche discriminatorio.

Per quanto sia difficile immaginare che il licenziamento sia determinato da un motivo solo illecito e non anche discriminatorio, potrebbero rientrare in questa distinta categoria i licenziamenti disposti dal datore di lavoro per mero arbitrio o capriccio, in relazione a fatti attinenti la vita privata del lavoratore (ti licenzio perché utilizzi un'automobile prodotta da un'impresa concorrente) oppure per motivi del tutto futili (ti licenzio perché mi hai battuto ad una partita a scacchi)⁵⁴.

In conclusione, pare che i primi commi del nuovo art. 18, che sembrano a prima vista riepilogare quanto già acquisito in precedenza, abbiano invece una notevole portata innovativa. In particolare, l'alleggerimento dell'onere della prova e la possibilità di dichiarare la nullità del licenziamento discriminatorio anche in presenza di giusta causa o giustificato motivo sono elementi di novità che paiono poter consentire, nella prassi, una riduzione dei casi di discriminazione occulta e non accertata (o accertabile) in giudizio. Ad ogni modo, in attesa delle interpretazioni giurisprudenziali in materia, è lecito prevedere un aumento massivo delle domande di nullità del licenziamento, atteso che nel nuovo assetto rimediale previsto dall'art. 18 solo queste ultime ipotesi sono ancora fermamente ancorate alla tutela reintegratoria piena⁵⁵.

⁵⁴ Cfr., circa il licenziamento per mero arbitrio o capriccio del datore di lavoro equiparato al motivo illecito e per gli esempi qui riportati, P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Vol II, in P. Schlesinger (diretto da), *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, Giuffrè, Milano 433.

⁵⁵ Così A. Vallebona, *op. cit.*, p. 54.

IL RITO SPECIALE IN TEMA DI LICENZIAMENTI: UNA TUTELA RAPIDA ED EFFICACE?

Maria Barberio
Dottoranda Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Rito urgente: ambito di applicazione. - 2. La fase a cognizione sommaria. - 3. Opposizione: primo grado a cognizione piena o impugnazione a carattere sommario dell'ordinanza di primo grado, entrambe o nessuna delle precedenti? - 4 Il reclamo in corte d'appello e ricorso per Cassazione.

1. Rito urgente: ambito di applicazione.

La legge n. 92 del 28 giugno 2012, rubricata “disposizioni in materia di lavoro in una prospettiva di crescita”, si inserisce nella stratificazione alluvionale¹ di riforme che ha caratterizzato la scena legislativa lavorista sostanziale e processuale degli ultimi anni.

Sul versante processuale la riforma del lavoro ha coniato un nuovo rito speciale in tema di licenziamenti. Si tratterebbe di “un rito particolarmente snello, che prevede l’eliminazione delle formalità non essenziali all’instaurazione di un pieno contraddittorio”², creato, quindi, con l’obiettivo di ottenere una tutela rapida ed efficace in materia dei licenziamenti³.

L’ambito di applicazione del rito in esame, individuato dall’art.1 comma 47 della suddetta legge, è circoscritto alle sole ipotesi di impugnazione dei licenziamenti disciplinate dall’art. 18 St.Lav. e successive modifiche, “anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro”. La qual cosa significa che l’ambito di applicazione del rito speciale è il medesimo del titolo III St.Lav. e che, quindi, si senta l’eco

¹ L’espressione è di GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli '80*, DLRI, 1982,375.

² Relazione illustrativa del governo, disponibile su www.senato.it.

³ Per i primi commenti alla creazione di questo rito, si veda BENASSI, *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in LG, 749 ss; BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamenti*, in *La nuova riforma del lavoro*, a cura di MAGNANI-TIRABOSCHI, Milano, 2012, 314 ss; BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n.92/2012 e Legge n.134/2012)*, a cura di Carinci-Miscione, 14 ss; CIRIELLO-LISI, *Disciplina processuale*, in *Riforma lavoro*, a cura di PELLACANI, Milano, 2012, 279 ss.; DE ANGELIS, *Licenziamenti, Riforma Fornero e tormento del processo*, in <http://csdile.lex.unict.it>; IDEM, *Art.18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in <http://csdile.lex.unict.it>; TREGLIA, *Brevi note sul nuovo processo per i licenziamenti introdotto dalla riforma del lavoro*, in LG, 763 ss; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 72 ss.

delle ben note accuse di incostituzionalità inerenti le differenze di tutela connesse alla stabilità reale rispetto a quella obbligatoria⁴. Orbene, non volendo in alcun modo disquisire sulla giustificatezza o meno delle differenze strutturali di tutela che si dispiegano a seconda della tipologia di licenziamento, risulta difficile comprendere per quale motivo solo nell'alveo dell'art. 18 St.Lav. si possa ricorrere alla tutela urgente, con conseguente emersione di un nuovo profilo di incostituzionalità rispetto all'art. 24 Cost., oltre alla già nota incompatibilità con l'art. 3 Cost. Ancora, nel momento stesso in cui il rito speciale concerne non solo i licenziamenti ma anche i profili che attengono alla qualificazione del rapporto di lavoro, seppur nel contenzioso sul licenziamento, l'ambito di applicazione si amplia notevolmente, senza considerare che l'istruttoria necessaria ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro si dimostra spesso assai complessa e non facilmente adattabile ad un rito così come ideato dal legislatore.

2. La fase a cognizione sommaria

Il rito in esame si articola in quattro gradi di giudizio, di cui il primo a cognizione sommaria e gli altri tre a cognizione piena, anche con qualche perplessità.

La fase a cognizione sommaria, disciplinata dall'art.1 comma 48 della legge n.92/12, prevede che la domanda si proponga con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro e che tale ricorso presenti i requisiti dell'art. 125 c.p.c. (e non quelli delineati dell'art. 414 c.p.c.). La domanda del ricorso concerne il licenziamento, anche se possono essere proposte altre domande purché fondate su identici fatti costitutivi. Difficile ipotizzare, in concreto, quali possano essere le domande che siano fondate su identici fatti costitutivi e non su fatti collegati a quelli dedotti in causa (escludendo, interpretando alla lettera, le eccezioni e le riconvenzionali). Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di risarcimento del danno conseguente all'accertamento della legittimità di un licenziamento disciplinare od alle differenze retributive e alla regolarizzazione derivanti dall'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro. Sebbene quest'ultimo caso potrebbe essere più facilmente ricondotto al medesimo fatto costitutivo, la prima ipotesi, invece, merita un ulteriore approfondimento. Il fatto costitutivo affermato o allegato dal ricorrente in questo

⁴ Tali differenze, peraltro, sono state accentuate dalla riforma Fornero, al punto da rendere obsoleta la granitica distinzione tra tutela obbligatoria e reale. Il nuovo articolo 18, infatti, prevede quattro diversi step di tutela parametrati alla gravità del licenziamento. Per una analisi del contenuto del nuovo articolo 18 si veda il contributo di MISCIONE, *Il diritto del lavoro nella "Riforma Monti-Fornero"* ma soprattutto "Art.18", LG, 2012,329 ss.

caso è il licenziamento. Può, dunque, il datore di lavoro chiedere, in via riconvenzionale, il risarcimento del danno relativo al comportamento posto in essere dal lavoratore che ha determinato il licenziamento disciplinare? La risposta pare negativa nella misura in cui la domanda necessita di altra allegazione per un fatto costitutivo non identico, individuato nel danno⁵. In buona sostanza, i due fatti costitutivi, seppur collegati in termini riconvenzionali, non sono identici. Ciò che può fare il convenuto è, eventualmente, sulla base di un giudicato che accerti la legittimità del licenziamento, proporre, in un giudizio separato, una richiesta di risarcimento del danno con conseguente allegazione del fatto costitutivo posto a base della domanda. La qual cosa si traduce in una inevitabile proliferazione di contenziosi, peraltro già paventata, a mio avviso, nelle ipotesi in cui ulteriori domande, pur fondate sui medesimi fatti costitutivi, richiedano un'istruttoria non sommaria, con conseguente trattazione separata e mediante rito ordinario, così come accade per il procedimento sommario di cui all'art. 702 *ter* c.p.c., comma quarto (optando per l'applicazione del rito "ordinario" del lavoro).

La materia del contendere è cristallizzata dalla domanda attorea, perciò non sono ammesse domande riconvenzionali né chiamate in causa di terzo, residuano, quindi, solo le eccezioni.

Dopo aver individuato l'oggetto del ricorso, occorre analizzare la scansione di termini che regolerà lo svolgimento delle fasi sommarie, dal momento che la maggiore celerità, rispetto al rito ordinario, dovrebbe rappresentare la principale novità del nuovo rito.

La versione originale del decreto non prevedeva alcun termine, se non quello di fissazione dell'udienza da parte del giudice entro trenta giorni. Gli emendamenti approvati al Senato hanno innalzato il termine per la fissazione dell'udienza a (*rectius*: l'udienza deve essere tenuta entro) quaranta giorni e dettato i termini processuali relativi alla notifica del ricorso e per successiva costituzione del convenuto, senza, tuttavia, sopperire alla mancanza di un termine entro cui il giudice debba emettere il decreto di fissazione dell'udienza. Si può validamente supporre che il termine sia almeno il medesimo previsto nel rito del lavoro, ossia cinque giorni dal deposito del ricorso. Si tratta di un termine non perentorio, come d'altronde tutti i termini che cadenzano l'attività dell'autorità giudiziaria e rispetto ai quali, come panacea di ogni lungaggine processuale, è stata ipotizzata, in maniera più o meno

⁵ In tal senso si esprime anche VALLEBONA, *op.cit.*, 73-74; BORGHESI, *op.cit.* 16; V. *contra* BENASSI, *op.cit.*, 753; CIRIELLO-LISI, *op.cit.*, 287.

condivisibile, una declaratoria di perentorietà⁶. Quel che è certo è che il legislatore mediante la previsione di questo rito sembra aver costruito un mini-codice di procedura civile *ad hoc* il quale stabilisce, una volta emesso il decreto di fissazione dell'udienza, che il giudice assegni un termine per la notificazione di quest'ultimo, unitamente al ricorso, non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza (trenta giorni nel rito del lavoro *ex art.* 415 c.p.c.), e che il resistente debba costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza (dieci giorni prima è il termine previsto per il processo "ordinario" del lavoro a norma dell'art. 416 c.p.c.). Dal confronto tra la scansione temporale degli adempimenti processuali del nuovo rito urgente e quella del processo del lavoro "ordinario" emerge come non vi sia stata un'accelerazione significativa. In buona sostanza, il vantaggio del rito urgente si riduce alla fissazione di udienza che deve avvenire entro quaranta giorni, piuttosto che nei sessanta giorni ordinari. I termini che regolamentano la procedura, com'è noto, non sono previsti a pena di decadenza, dunque, il vantaggio, a mio avviso già effimero, di svolgere l'udienza venti giorni prima, risulta vanificato. D'altronde risulta difficile giungere ad una conclusione diversa innanzi all'ennesima riforma a "costo zero"⁷, da cui "non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ovvero minori entrate" (art. 1 comma 69 l.92/12).

Nulla viene detto sulla forma di costituzione del convenuto, ma dovendosi proporre ricorso a norma dell'art. 125 c.p.c., per uniformità di disciplina, si potrebbe concludere che la costituzione avvenga a norma dell'art. 166 c.p.c. e non *ex art.* 416 c.p.c.⁸.

L'art. 1 comma 49 della legge in analisi prevede che il giudice "sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti e disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 del codice di procedura civile". La rubrica "tutela urgente" (relativa all'art 17 del d.d.l. 3249/12, scomparsa poi nell'art.1 comma 49 della l.92/2012) potrebbe indurre a pensare che si tratti di un procedimento da sussumere nei procedimenti cautelari,

⁶ Al riguardo si veda il contributo di MISCIONE, *Proposte per il mercato e interventi sul processo del lavoro*, in *LG*, III, 2012, 216 e ss, in cui l'autore sostiene che la deflazione del contenzioso e l'efficienza del processo possano essere realizzate attraverso un ritorno al codice di procedura civile, affermando, però, la perentorietà delle norme che regolamentano il processo.

⁷ Al riguardo, potrebbe tornare utile l'analisi della realtà degli uffici giudiziari rispetto alla proposizione di termini processuali così ristretti, come quelli del rito urgente, operata nel Parere sul ddl 3249, reso da ANM, reperibile sul sito www.associazionenazionalemagistrati.it

⁸ V. *contra* BENASSI, *op. cit.*, 753; CIRIELLO-LISI, *op.cit.*, 289. Al riguardo si pone la problematica relativa alla disciplina applicabile in caso di lacuna nella procedura del nuovo rito. A mio avviso, fatta eccezione per la costituzione del convenuto, a norma dell'art. 166 c.p.c. e non 416 c.p.c., deve ritenersi applicabile la disciplina del rito del lavoro. V. in tal senso, DE ANGELIS, *Art.18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, *cit.*, 10.

in cui l'urgenza si identifichi nel requisito del *periculum in mora*. Così non è, non essendo richiesta, ai fini dell'accesso al rito in oggetto, alcuna *probatio del periculum in mora*, ma l'urgenza è intrinseca, quasi ontologicamente legata, a parere del legislatore, al licenziamento (e se si prosegue in tal senso, l'urgenza dovrebbe essere connaturata ad ogni forma di licenziamento e non solo nelle ipotesi ex art 18 St.Lav., e dunque, *a fortiori* non si comprende la limitazione dell'oggetto realizzata all'art.1 comma 47 della l.92/2012).

Anche rispetto a questo profilo può eccepirsi che, in termini di efficienza, non tutti i licenziamenti necessitano di un intervento urgente. Sarebbe opportuna una valutazione operativa caso per caso dell'urgenza, perché vista la garanzia, reale o meno, di riservare alle udienze di rito urgente particolari giorni nel calendario giudiziario, un ulteriore ingolfamento della macchina giudiziaria potrebbe essere dietro l'angolo.

Nel testo originario del decreto legislativo mancava ogni riferimento all'art. 421 del c.p.c. L'introduzione del riferimento codicistico è, probabilmente, finalizzato all'apposizione di limiti legali, all'attività discrezionale del giudice nella gestione dell'istruttoria. Dal dato prettamente testuale emergeva un'attività puramente discrezionale che cozzava con le norme del giusto processo, disciplinato all'art. 111 Cost. Orbene, rispetto a quest'attività discrezionale, prevista con identico dato letterale anche negli artt. 702 *bis* e 669 *sexies* c.p.c. (quasi identico in quest'ultimo articolo, in cui si parla di "atti rilevanti" e non di "atti" indispensabili) nonché nell'art. 28 St.Lav. (è proprio con questo procedimento che il rito urgente mostra maggiori punti di contatto⁹), non si poteva negare, a mio avviso, che il giudice nell'esercizio dell'attività giurisdizionale incontrasse comunque il limite della

⁹ Concordano con questa riconduzione BORGHESI, op.cit. 18 ; CIRIELLO-LISI, op.cit., 281; Cfr. BOLLANI, op.cit. 318, il quale afferma la natura cautelare dell'accertamento e la natura sommaria della cognizione. V. *contra* TREGLIA, op.cit., 768, il quale sostiene che si tratti di un rito a natura cautelare e di conseguenza, esclude la possibilità di un ricorso ex art. 700 c.p.c. Ad una conclusione diametralmente opposta giungono BOLLANI, op.cit., 320; BORGHESI, op.cit., 20; VALLEBONA, op.cit., 74-75, il quale riconosce la natura non cautelare del rito sui licenziamenti e sostiene, pertanto, che potrebbe essere compatibile con un ricorso ex art. 700 c.p.c. stante comunque l'improbabilità che il pericolo imminente, posto a base del ricorso, generi un pregiudizio irreparabile che non possa essere evitato "con un provvedimento emesso in un paio di mesi". Non si ritiene di concordare con quest'ultima valutazione per un duplice ordine di ragioni: 1) i termini che scandiscono il procedimento in esame sono ordinatori, per cui, la previsione che si giunga in un paio di mesi alla definizione della fase sommaria è forse un po' troppo ottimista; 2) l'efficacia dell'ordinanza che chiude la fase sommaria non può essere sospesa fino alla pronuncia della sentenza che definisce il giudicato (art.1, commi 49-50 l.92/12), pertanto, il *periculum* potrebbe protrarsi oltre alla definizione della fase sommaria. V. inoltre BENASSI, op.cit., 752, in cui l'autore ritiene che il nuovo rito sia ispirato a tre distinte tipologie di procedimenti, ossia il procedimento sommario di cognizione a norma degli artt. 702 *bis* e ss, i procedimenti cautelari ex artt. 669 *bis* e ss e, infine, il procedimento di repressione della condotta antisindacale previsto all'art. 28 della l. n.300/1970.

legge¹⁰. Anche nel processo del lavoro, tipicamente più snello rispetto al processo ordinario, il giudice omette ogni formalità non essenziale nell'ambito di un sistema inquisitorio attenuato¹¹.

Si disquisisce, quindi, di un rito a cognizione sommaria in quanto superficiale dal momento che è alla discrezionalità del giudice che si affida lo svolgimento del rito e dell'istruttoria. Non si tratterebbe, pertanto, di cognizione sommaria perché parziale poiché non è stata in alcun modo omessa la preventiva instaurazione del contraddittorio come avviene, ad esempio, nel caso del procedimento di ingiunzione. Si sviluppa, dunque, un contraddittorio "essenziale", in cui è il giudice a stabilire cosa possa essere utile ai fini del giudizio e cosa invece costituisca un onere sovrabbondante. La cognizione sommaria, quindi, *prima facie*, si porrebbe in contrasto con l'art. 111 Cost. sia nella misura in cui questo imponga una regolamentazione legale della procedura (e non una discrezionale definizione affidata all'autorità giudiziaria), il pieno contraddittorio e la parità delle armi delle parti¹². Un'interpretazione costituzionalmente orientata induce a ritenere che nel procedimento sommario la discrezionalità del giudice incontri sempre il limite della legge e che il contraddittorio, destrutturato e compresso, torni a riespandersi in una fase di cognizione piena, in cui le parti esercitano il loro diritto di difesa compiutamente, in una logica di equilibrio tra esigenze di maggiore garantismo e snellimento delle forme.

Il problema di costituzionalità, rispetto al nuovo rito, si risolve positivamente innanzi al ripristino della cognizione piena, anche se circoscritta alla domanda proposta nella fase

¹⁰ In merito occorre ricordare che la dottrina maggioritaria tende ad individuare nella formulazione di un giusto processo come processo regolato dalla legge, non una riserva di legge assoluta (nella cognizione piena il processo è interamente regolato dalla legge) ma un processo in cui il giudice possa, in nome di un altro principio, quello della ragionevole durata del processo, decidere di omettere formalità non essenziali, che nulla aggiungerebbero alla sua cognizione, senza che ciò costituisca una lesione del principio di parità delle armi delle parti e del contraddittorio tra le stesse. Per tutti CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, in RTPC, 2000, 1010 e ss; *contra v.* GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in RTPC, 2009, 152, in cui l'autore giunge alla conclusione che "l'art. 111, comma 1 °, cost., nel richiamare la legge come unica fonte regolatrice del processo, ha voluto costituzionalizzare il valore della cognizione piena, intesa come massima predeterminazione legale di tutte le scansioni processuali e delle attività ivi compiute dalle parti e dal giudice".

¹¹ In merito, la Cass. Sez. lav. n.9034/2000, ha chiarito come l'attribuzione al giudice del lavoro di poteri istruttori officiosi incontri il duplice limite del rispetto del principio della domanda e dell'onere di deduzione in giudizio dei fatti costitutivi, impeditivi o estintivi del diritto controverso, e del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice.

¹² Il ricorso ai procedimenti a cognizione sommaria nel nostro ordinamento costituisce un trend costante delle riforme legislative recenti, tanto da indurre autorevole dottrina a parlare di un sovvertimento del rapporto di residualità della cognizione sommaria rispetto alla cognizione piena, v. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in FI, 2006, V, c.53.

sommatoria, all'interno del giudizio di opposizione, così come previsto dall'art. 1 comma 51 della legge in commento di cui si discorrerà nel prosieguo della trattazione.

Tale procedura si chiude con un'ordinanza immediatamente esecutiva che mantiene la sua efficacia fino "alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio [di opposizione]" (art.1 comma 50). Non si comprende dall'analisi del dettame testuale della norma se per definizione del giudizio di opposizione si intenda l'emissione della sentenza o il passaggio in giudicato della stessa. Questa problematica si era posta anche rispetto all'art. 28 St.Lav. ed era stata risolta in favore del passaggio in giudicato della sentenza¹³. Questa soluzione, in linea con la tutela inibitoria, relativa alla cessazione di condotte antisindacali, potrebbe essere giudicata discutibile rispetto alla tutela risarcitoria e/o ripristinatoria connessa ai licenziamenti.

In ultimo, dopo aver descritto la procedura prevista dall'art.1 comma 48 e 49 della l.92/12, si possono ancora esprimere delle perplessità relative a quanto possa essere definita rapida ed efficace una tutela che aggiunge una fase processuale ai tre classici gradi di giudizio, specie in considerazione del fatto che l'ordinanza che chiude la fase urgente, per le modalità con cui viene emanata, seppur dotata di una stabilità intrinseca (è immediatamente esecutiva), potrebbe essere oggetto di impugnazione quasi automatica.

3. Opposizione: primo grado a cognizione piena o impugnazione a carattere sommario dell'ordinanza di primo grado, entrambe o nessuna delle precedenti?

L'ordinanza con cui si chiude la prima fase del rito urgente può essere impugnata, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla notificazione o comunicazione se anteriore. Ciò significa che l'ordinanza, frutto di un procedimento a cognizione sommaria, è idonea ad assumere forza di giudicato, con conseguente scure di incontrovertibilità della pronuncia.

Non vi è alcun riferimento al c.d. termine lungo per l'impugnazione e difficilmente si potrebbe prospettare l'applicazione dell'art. 327 c.p.c. perché, interpretando *a contrario*, nei commi successivi, disciplinanti l'opposizione, il reclamo in corte d'appello e il ricorso in Cassazione, è stato espressamente richiamato l'art. 327 c.p.c.

¹³ "E' inammissibile l'istanza di sospensione degli effetti del decreto con cui sia stato accolto un ricorso per la soppressione di condotta antisindacale, ex art. 28 St.Lav., poiché tale sospensione si porrebbe in contrasto con il principio espressamente affermato da questa stessa norma, secondo il quale l'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui viene deciso il giudizio di merito". (Trib. Lodi 19/10/2005) , con nota di L. Valente, "*Sull'inammissibilità dell'istanza di sospensione dell'efficacia del decreto ex art. 28 St. Lav. nelle more del giudizio di merito*", RIDL, 2006, 210)

Il contraddittorio tra le parti nella prima fase a cognizione sommaria è compreso, epurato da ogni formalità non essenziale e il giudice dirime lo svolgimento dell'istruttoria, con la precisazione che una lettura costituzionalmente orientata tollera questa compressione unicamente in nome di un'opposizione in cui il contraddittorio torni ad espandersi pienamente. L'opposizione, dunque, dovrebbe istituire il primo grado di giudizio a cognizione piena "aperta", tenendo presente che si tratta comunque di una opposizione. L'art. 1 comma 51, che disciplina per l'appunto l'opposizione, prevede che non possano essere proposte domande che non siano fondate "sugli identici fatti costitutivi o si siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti", così come l'art.1 comma 56 statuisce che "quando la causa relativa alla riconvenzionale non è fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale ne dispone la separazione" (anche se la collocazione sistematica del comma, dopo la disciplina dell'intervento del terzo, porta a pensare che si tratti della riconvenzionale del terzo chiamato¹⁴). Ciò significa che la costituzionalmente orientata riesplorazione del contraddittorio si realizza nell'ambito del primo grado di giudizio ma che tuttavia, trattandosi di una opposizione la materia del contendere è già stata individuata nella fase sommaria e che per un ampliamento della medesima al di fuori dei limiti individuati dall'art.1 comma 51 non resta che percorrere altre strade "ordinarie" o ad esempio, ricorrere al procedimento di cognizione sommaria individuato dagli art. 702 *bis* e ss c.p.c, con la ipotizzata e conseguente proliferazione di riti.

Avverso l'ordinanza che chiude il rito sommario può essere proposta opposizione con ricorso a norma dell'art. 414 c.p.c. (e non più *ex art.*125 c.p.c.) entro 30 giorni dalla notificazione o dalla comunicazione se anteriore a pena di decadenza. Il ricorso, secondo quanto stabilito dall'art.1 comma 52 della legge in commento, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza (anche in questo caso non è previsto un termine per l'emissione del decreto da parte del giudice ma l'udienza deve tenersi non oltre i sessanta giorni successivi) deve essere notificato dall'opponente, anche mediante posta elettronica certificata almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione (quindi, almeno quaranta giorni

¹⁴ Riguardo alla chiamata in causa del terzo, l'ipotesi più plausibile riguarda la chiamata in garanzia che secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (si veda per tutte: Cass. n. 12917/97) concerne sia le ipotesi di garanzia propria che impropria. Ed è in questo secondo caso che la separazione dei processi diventa necessaria se il giudice competente a conoscere la causa principale non sia competente a conoscere anche l'altra perché non riconducibile ad uno dei rapporti di cui agli artt. 409 e 442 c.p.c. tuttavia, il comma 56 va oltre. Infatti il giudice potrebbe essere competente a conoscere la causa ma poiché fondata su fatti costitutivi diversi da quelli della domanda principale, deve disporre la separazione.

prima della data d'udienza: si tratta dell'unica differenza, nei tempi processuali, rispetto al processo "ordinario" del lavoro). L'opposto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza e mediante "deposito in cancelleria della memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'art. 416 del codice di procedura civile" (art. 1 comma 53). Nella memoria difensiva, a pena di decadenza, l'opposto deve palesare la sua intenzione di chiamare in causa un terzo e la chiamata in causa del terzo si regola a norma dei commi 9 e 10 dell'art. 420 c.p.c., "osservati i termini di cui al comma 52" (art.1 comma 54).

All'udienza "il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 del codice di procedura civile"(art.1 comma 57). Rimane nella gestione discrezionale del giudice l'assunzione di nuovi mezzi di prova, come previsto a norma dell'art. 420 comma quinto c.p.c., nel caso in cui le parti non abbiano potuto proporle prima. Sembra quindi, trovare spazio la c.d. *emendatio libelli* che a norma dell'art. 420 c.p.c. rimane, comunque, subordinata all'esistenza di gravi motivi¹⁵.

Conclusa l'istruttoria, il giudice "provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive, fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione" (art. 1 comma 57). In riferimento a questa disposizione sorge spontaneo chiedersi se, visti i connotati di speditezza e semplificazione del rito urgente, la previsione delle note difensive sia o meno coerente con la dichiarazione di intenti appena richiamata. *A fortiori*, questo ragionamento, accresce in rilevanza laddove si preveda che "la sentenza completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione" (comma 57) senza fare cenno in alcun modo alla lettura del dispositivo¹⁶, prevista nell'art. 429 c.p.c. a pena di nullità insanabile della sentenza. Tale previsione ben si conciliava in un rito come quello del lavoro, ispirato ai principi dell'oralità, immediatezza e ufficialità del processo e a maggior ragione si sarebbe ben inserita nel nuovo rito urgente.

In conclusione sull'opposizione all'ordinanza, decisa con sentenza provvisoriamente esecutiva che costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, si può solo aggiungere

¹⁵ La valutazione dei gravi motivi è discrezionale non censurabile in sede di legittimità (Cass. n. 6700/82).

¹⁶ Cfr., DE ANGELIS, *L'art.18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, cit., 12, in cui l'autore, pur ammettendo che si tratta di una lettura in cui il dato letterale della norma viene forzato, riconosce l'applicabilità della lettura del dispositivo, in quanto non espressamente derogata ma al contrario, più congeniale alla celerità del rito stesso.

che sarebbe stato, a mio avviso, più opportuno un rinvio al processo ordinario del lavoro, piuttosto che creare *ex novo* un mini-codice di procedura civile¹⁷. Infatti, la creazione di un rito urgente in tema di licenziamenti rappresenta l'ennesimo esempio di rito speciale, disciplinato fuori dal codice di rito e che ha la pretesa, almeno in linea teorica, di prescindere completamente. Il legislatore ha inteso riscrivere la procedura nell'ambito dell'impugnazione dei licenziamenti di cui all'art. 18 St.Lav, con l'obiettivo di semplificare ulteriormente il ricorso, rispetto al processo del lavoro "ordinario", mediante un procedimento a cognizione sommaria che si aggiunge ai tre gradi di giudizio classici. Orbene: prima di creare un rito *ex novo*, espressione forse di mero frenetico consumismo legislativo, che, tra l'altro, nel riscontro pratico non offre moltissimi margini di celerità, non si potevano riciclare, nel processo del lavoro, strumenti già noti e collaudati come ad esempio l'art. 702 *bis ss* c.p.c.?

4. Il reclamo in corte d'appello e ricorso per Cassazione

La sentenza che decide sull'opposizione può essere reclamata¹⁸ davanti alla corte d'appello, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla notificazione o dalla comunicazione se anteriore (art. 1 comma 58). Si tratta di un appello che in quanto tale incontra il limite del divieto dei *c.d. nova* che prevede che possano essere ammessi nuovi mezzi di prova o documenti qualora il collegio "li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero che la parte dimostri di non averli potuti produrre in primo grado per causa ad essa non imputabile" (art.1 comma 59). Questa disposizione rivela, *expressis verbis*, come l'opposizione costituisca il primo grado di giudizio.

La corte d'appello può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se sussistono gravi motivi (e dunque, sorge spontaneo chiedersi, perché in primo grado, il giudice, non possa sospendere l'efficacia dell'ordinanza impugnata, tanto più se si considera la sommarietà della cognizione alla base del provvedimento e probabilmente la risposta va ricercata nella volontà di dare stabilità al provvedimento emesso).

Per quanto attiene alla procedura, si assiste alla stessa epurazione di ogni formalità non essenziale al contraddittorio, alla stessa valutazione di opportunità da parte del giudice per

¹⁷ Infatti, l'art. 28 St. Lav., i cui tratti essenziali, in termini di cognizione sommaria e irrevocabilità dell'ordinanza sino alla definizione del giudizio di merito, sono comuni al rito urgente in oggetto, prevede attraverso l'opposizione all'ordinanza, la riattivazione del rito ordinario (art.28, comma III).

¹⁸ L'utilizzo del termine reclamo "richiama" i procedimenti cautelari, tuttavia, qui si è alla presenza di un vero e proprio appello. V. in tal senso BENASSI, op.cit., 757; BORGHESI, op.cit., 20;

L'ammissione degli atti istruttori. Così come per il primo grado, il giudice può assegnare termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione, non è prevista la lettura del dispositivo e la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione (art.1 comma 60). Valgono dunque, le considerazioni operate in precedenza in relazione alla perdita del vantaggio della lettura del dispositivo in udienza.

Avverso la sentenza della corte d'appello è ammesso ricorso in Cassazione entro sessanta giorni dalla comunicazione della stessa o dalla notificazione se anteriore a pena di decadenza (art.1 comma 62). Sulla richiesta di sospensione della sentenza di appello provvede il giudice *a quo*, ossia, la corte d'appello a norma dell'art.1 comma 60 e non viene in alcun modo richiamato l'art. 373 c.p.c.

L'udienza di discussione deve essere fissata entro 6 mesi dalla proposizione del ricorso (art.1 comma 63) e la presenza di questo termine, rappresenta un *unicum* nell'ambito processuale *tout court* e rispetto al quale diventa difficile prognosticarne l'osservanza.

In conclusione, il nuovo rito urgente in materia di licenziamenti è frutto della battaglia che il legislatore ha intrapreso da alcuni anni contro le lungaggini processuali che mal si conciliano con il giusto processo delineato all'art.111Cost, con le previsioni delle tempistiche processuali europee, con le esigenze di tutela rapida espresse dal mondo dell'impresa per la quale la lentezza della macchina processuale italiana diventa un pesante handicap nel mercato globale. Da anni il legislatore per combattere l'ingolfamento della giustizia italiana predilige riforme processuali, che talvolta trovano spazio fuori dal codice di rito, improntate sulla semplificazione e sommarietà. Non sembra compatibile, quindi, con la dichiarazione di intenti del legislatore concernente la semplificazione dei riti, contenuta nel d.lgs 150/2011 (la costruzione di un nuovo rito sui licenziamenti che si connota per il suo carattere di specialità, oltre che obbligatorietà).

Nel processo del lavoro però la scansione dei ritmi processuali era già abbastanza serrata e, dunque, si fatica a comprendere questa ulteriore abbreviazione¹⁹, seppur limitata come si già detto, anche perché il problema del processo del lavoro e più in genere del processo civile non riguarda la previsione *ex* codice di rito di tempistiche processuali inaccettabili ma prassi giudiziarie che dilatano tali previsioni in maniera del tutto inammissibile. Questo è noto anche al legislatore che, nell'ottica di una riforma che non prevede in alcun modo un

¹⁹ Al riguardo VALLEBONA, op.cit., 77, ritiene che “la nuova disciplina processuale, pur sovrabbondante costituisce un fondamentale complemento di quella sostanziale e concorre all'equilibrio della riforma”.

potenziamento delle forze giudiziarie, pensa di ottemperarvi con la previsione ai commi 65 e 66 dell'art.1 della suddetta legge, ossia “la garanzia che i tempi processuali verranno rispettati dovrebbe essere legata alla riserva di particolari giorni nel calendario delle udienze per la trattazione delle controversie afferenti al rito urgente e alla conseguente vigilanza che i capi degli uffici giudiziari potranno in essere al fine di assicurare l'effettività di questa riserva”. Il condizionale, a questo punto, è d'obbligo.

LA RIFORMA DEI LICENZIAMENTI IN GERMANIA NOVE ANNI DOPO: IMPARARE PIUTTOSTO CHE IMITARE?

Sabrina Grivet Fetà
Dottoranda Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La riforma dei licenziamenti in Germania - 2.1 Modifica dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. 2.2 - Modifica del requisito dimensionale di applicazione del *Kündigungsschutzgesetz*. - 2.3 Modifica del termine di impugnazione giudiziale del licenziamento. - 2.4 Il nuovo § 1 a KSchG - 3. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Gli stati europei impegnati in riforme del lavoro, considerate necessarie per superare il presente momento di crisi e mantenersi competitivi sul mercato globale, hanno guardato spesso ad un modello nazionale ben preciso, che sembra essere in grado di affrontare e superare le difficili congiunture attuali con successo: il modello tedesco.

Il bilanciamento attuato dalla Germania tra flessibilità e sicurezza è stato infatti definito “vincente”, perché in grado di “introdurre forme di flessibilità idonee a stimolare l'efficienza e la produttività del lavoro [... e in grado], al contempo, di mantenere saldo il legame tra lavoratori e imprese, valorizzando il capitale umano”¹.

In effetti, la Germania è l'unico paese europeo ad aver mantenuto alta la produttività e aver abbassato costantemente il tasso di disoccupazione. Il picco più alto degli ultimi anni si è toccato nel difficilissimo anno 2009, con una percentuale di disoccupati “solo” del 8,1%; in assoluta controtendenza rispetto a tutti gli altri stati europei, tale dato è poi costantemente sceso, fino al 6,5% del mese di settembre 2012².

Non stupisce dunque che molti stati europei abbiano visto nel diritto del lavoro tedesco un modello positivo, degno di essere imitato, tanto “al fine di fornire effetti giuridici adeguati ad un cambiamento sociale che viene condiviso dal paese straniero e dal proprio”

¹ Così il recente intervento di M.T. Carinci al XVII Congresso Nazionale AIDLASS, Pisa, 7-9 giugno 2012. www.aidlass.it/convegni. Cfr. anche, tra gli altri, P. Ichino in www.pietroichino.it, 15 marzo 2012

² Tutti i dati citati provengono dalla *Bundesagentur für Arbeit, statistik.arbeitsagentur.de*

quanto per “produrre in patria un mutamento sociale che il diritto 'estero' è destinato o a esprimere o a produrre”³.

A prima vista, parrebbe che la Germania sia uscita indenne dalla crisi senza necessità di riforme né di aggiustamenti, in virtù della semplice esistenza di un vincente “modello tedesco”. Ciò a cui spesso non si dedica sufficiente attenzione è però che la Germania ha già vissuto in passato una “propria crisi”, una difficile (e lunga) congiuntura negativa che ha messo in forte discussione le sue strutture economiche e produttive. A partire dalla riunificazione tra l'ex Repubblica Democratica Tedesca e la Repubblica Federale Tedesca, il tasso di disoccupazione aveva infatti iniziato a crescere vertiginosamente, passando dal 7,3% del 1991 al picco del 12,7% del 1997. Dopo un leggero calo negli anni a cavallo del 2000, nel 2004 i disoccupati erano ancora quasi 4 milioni e mezzo, pari al 11,7% della popolazione attiva.

Simili dati non potevano che preoccupare la Germania, il paese più popoloso ed economicamente forte dell'Unione Europea che, a fronte di un'alta competitività produttiva, non riusciva ad avere tassi di occupazione soddisfacenti.

Per questo motivo, nel 1996, il Governo di centro-destra di Helmut Kohl promosse una riforma del mercato del lavoro⁴ in senso parzialmente “deregolativo” e riduttivo delle tutele del lavoratore a favore della flessibilità del lavoro nell'impresa⁵. Dopo una campagna elettorale incentrata sull'opposizione a queste linee di riforma, la vittoria del partito social-democratico di Gerhard Schröder nel 1998 portò all'immediata abrogazione della legge in questione e al ritorno alle vecchie regole⁶.

Per porre rimedio a questo “zigzagante andamento normativo”⁷, nonché ai perduranti problemi del mercato del lavoro tedesco, all'inizio del 2002 il Governo Schröder istituì la Commissione per la Modernizzazione del Mercato del Lavoro, formata da esperti di tematiche del lavoro provenienti dal mondo politico ma soprattutto industriale e produttivo, presieduta da Peter Hartz, membro del consiglio di amministrazione della Volkswagen.

In breve tempo, la Commissione Hartz elaborò una serie di profonde riforme del mercato del lavoro – dalle prestazioni di sostegno al reddito agli ammortizzatori sociali,

³ O. KAHN-FREUND, *Sull'uso ed abuso del diritto comparato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, 1, 786. Si noti, peraltro, che già Kahn-Freund riportava i tentativi di “trapianto” nel Regno Unito delle regole tedesche sul licenziamento individuale, *ibidem*, 807

⁴ *Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung*, 25 settembre 1996

⁵ Cfr. R. BUSCHMANN, *Vorwärts Kameraden, es geht zurück! Neue alte gesetzliche Regelungen ab 1.1.2004*, in *AnR*, 2004, 1, 1

⁶ *Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte*, 19 dicembre 1998

⁷ J.F. LINDNER, *Grundrechtsfestigkeit des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes?*, in *RdA*, 2005, 3, 166

dalle nuove forme di lavoro flessibile alla tutela della genitorialità – contenute in quattro leggi promulgate tra il 2003 e il 2005⁸.

In questo contributo, si è scelto di concentrarsi soltanto sulle riforme della disciplina del licenziamento in Germania, dato che proprio in riferimento a questo tema il “modello tedesco” è stato più spesso richiamato nel dibattito politico e dottrinale italiano degli ultimi mesi (cfr. *supra*).

Aspetto ben più importante, le soluzioni che il legislatore tedesco elaborò nove anni fa appaiono confrontabili con quelle da poco introdotte nel nostro paese. In tema di riforma delle norme sul recesso, infatti, tanto il legislatore tedesco quanto quello italiano hanno riconosciuto valore positivo a meccanismi che permettano da una parte una maggiore “semplicità” del licenziamento sorretto da motivi economici, e dall'altra la calcolabilità *ex ante* dei costi sopportati dal datore di lavoro per la cessazione del rapporto. Come si vedrà, nonostante l'identità dei fini, i mezzi sono stati sensibilmente diversi (*infra*, § 2.4).

Anche dal punto di vista processuale entrambi i legislatori sono intervenuti sulla disciplina del licenziamento, col medesimo obiettivo di favorire la certezza del diritto e la rapida definizione di giudizi considerati particolarmente importanti per la rilevanza dei diritti in gioco: anche qui, i mezzi appaiono molto diversi, dato che la riforma tedesca si è limitata ad una riduzione del termine di impugnazione giudiziale del licenziamento senza istituire alcuna “corsia preferenziale” come quella prevista dalla legge 92/2012, art. 1, commi 48 e ss. (*infra*, § 2.3).

Infine, la riforma delle conseguenze del licenziamento illegittimo in Italia non è stata accompagnata da una modifica dell'art. 35, legge 300/1970, riguardo il campo di applicazione della legge stessa, cosa che invece è apparsa necessaria in Germania nel 2003, con un innalzamento della soglia dimensionale al raggiungimento della quale si applica il regime di cui alla Legge di Protezione contro il Licenziamento (*infra*, § 2.2).

La Riforma italiana è entrata in vigore da pochi mesi, quella tedesca, così simile nei fini ma non poco diversa nei mezzi prescelti, si avvia a compiere dieci anni: un'analisi delle questioni pratiche emerse e delle criticità evidenziate può servire a comprendere meglio punti di forza e di debolezza della nuova disciplina del recesso in Italia.

⁸ Cfr. A. SÖLLNER – R. WALTERMANN, *Arbeitsrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2009, 19 e ss.; 130 ss.

2. La riforma dei licenziamenti in Germania

La Legge per la Riforma del Mercato del Lavoro del 24 dicembre 2003, entrata in vigore il 1 gennaio 2004, contiene importanti novità in materia di licenziamento. Il Ministero del Lavoro e della Sicurezza Sociale affermò che “nell'interesse della crescita e dell'occupazione devono essere favorite nuove assunzioni, soprattutto nelle piccole imprese e in quelle di nuova formazione, e i costi del lavoro devono essere abbassati. In questo modo viene salvaguardato il bilanciamento tra interessi dell'impresa, interessi del lavoratore e interessi di coloro che sono in cerca di lavoro”⁹.

In realtà, la riforma del 2003 è stata duramente criticata per la sua scarsa innovatività, in quanto sarebbe stata sostanzialmente riprodottriva dei contenuti della riforma del 1996 (vedi *supra*, § 1), abrogata poi nel 1998, tanto che, si disse, “commentari vecchi è già un po' impolverati ora possono essere nuovamente tirati fuori dagli archivi per scambiarsi di posto con quelli del primo periodo della legislatura rosso-verde [la coalizione di Governo che riuniva il partito social-democratico (SPD) e quello dei Verdi (*Grüne*), *N.d.A.*]”¹⁰.

Questo è sicuramente vero per alcuni contenuti della legge, ma non per altri, che invece si pongono come vere e proprie novità assolute all'interno della disciplina dei licenziamenti vigente in Germania. Le novità introdotte dalla legge di riforma del 2003 sono sostanzialmente quattro:

- Nuove regole di cui il datore di lavoro deve tenere conto nella scelta dei dipendenti da licenziare per motivi economici in situazioni di crisi dell'impresa;
- Modifica dell'ambito di applicazione del *Kündigungsschutzgesetz* (la legge di tutela contro il licenziamento illegittimo, d'ora in poi KSchG), con innalzamento della soglia dimensionale dell'impresa;
- Imposizione al lavoratore di un termine decadenziale di sole tre settimane per impugnare il licenziamento ritenuto viziato per qualunque ragione;
- Possibilità per il datore di lavoro di scongiurare l'impugnazione da parte del lavoratore del licenziamento per motivi economici mediante la corresponsione immediata di un'indennità¹¹.

⁹ Sito del *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, www.bmas.de, dove si trova anche il testo completo della legge.

¹⁰ R. BUSCHMANN, *Op. cit.*, 1. Il titolo di questo contributo, tradotto in italiano, sarebbe del resto “Avanti compagni, si torna indietro! Nuove vecchie regole giuridiche dal 1 gennaio 2004”

¹¹ Cfr. M. QUECKE, *Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 1.1.2004*, in *RdA*, 2004, 2, 87

2.1 Modifica dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare

Per il § 1 KSchG, un licenziamento è legittimo soltanto se “socialmente giustificato” perché sorretto da determinate ragioni attinenti alla situazione dell'impresa, alla persona o alla condotta del lavoratore.

In caso di licenziamento per motivi economici, legati dunque ad un momento di difficoltà dell'impresa che ha bisogno di ridurre la propria forza lavoro, il datore deve scegliere quali lavoratori licenziare e quali invece mantenere in servizio¹². Questa scelta, ai sensi del § 1 KSchG, deve essere, al pari del licenziamento in sé, “socialmente giustificata”.

Negli anni, dottrina e giurisprudenza avevano individuato elementi di cui tener conto ed elaborato criteri per la loro valutazione, al fine di rendere socialmente giustificata la scelta da parte del datore di lavoro dei lavoratori da licenziare. La riforma del 2003, riprendendo sostanzialmente quella del 1996, ha individuato *ex lege*, riducendoli a quattro, i criteri di cui il datore di lavoro deve necessariamente tenere conto nella scelta dei lavoratori da licenziare: essi sono l'anzianità di servizio, l'età anagrafica, i carichi di cura e la disabilità (§ 1 comma 3 KSchG).

In altre parole, il legislatore del 2003 ha imposto quattro criteri di pari importanza che devono essere valutati congiuntamente per poter scegliere correttamente i lavoratori da licenziare. Poiché, in base alla nuova lettera della legge, il datore di lavoro non è tenuto a valutare alcun ulteriore elemento oltre questi quattro, la dottrina si è subito interrogata sulla possibilità per l'imprenditore di prendere liberamente in considerazione anche altri aspetti per effettuare la scelta¹³.

La soluzione più convincente pare quella per cui, salva la corretta e piena considerazione dei quattro criteri legali, il datore di lavoro è libero di prendere in considerazione altri elementi ai fini della scelta. Tuttavia, da una parte i criteri volontari hanno funzione meramente sussidiaria, e non devono modificare, ma al limite integrare, la scelta compiuta sulla base dei soli criteri legali; dall'altra, mentre il non corretto utilizzo dei criteri legali può portare ad un sindacato della scelta del datore di lavoro da parte del giudice, la valutazione del datore di lavoro compiuta su altri elementi non può in alcun modo essere oggetto di impugnazione o censura giudiziale¹⁴.

Libera e insindacabile resta invece, salvo errori grossolani, la scelta delle modalità con cui il datore di lavoro bilancia i quattro criteri legali in relazione tra loro, ma se esistono

¹² Ovviamente, si parla del caso di licenziamenti individuali plurimi in cui non si raggiungano i requisiti numerici per l'applicazione della specifica disciplina dei licenziamenti collettivi *ex* § 17 KSchG.

¹³ H.J. WILLEMSSEN – G. ANNUB, *Kündigungsschutz nach der Reform*, in *NJW*, 2004, 4, 177

¹⁴ *Op. ult. cit.*, 178 e s. ; M. QUECKE, *op. cit.*, 87 ss.

accordi collettivi che dettino particolari linee di valutazione congiunta il datore di lavoro è obbligato ad attenersi (§ 1 comma 4 KSchG).

Tra gli elementi di cui il datore di lavoro vorrebbe tenere conto nella scelta del lavoratore o dei lavoratori da licenziare c'è sicuramente l'interesse dell'impresa in sé: è ovvio che determinati dipendenti siano considerati più affidabili, produttivi ed efficienti e che proprio quelli il datore di lavoro non vorrebbe licenziare. Come si pone questo interesse dell'impresa a mantenere in servizio “i migliori” nei confronti della vincolante valutazione dei quattro criteri normativi introdotta dalla riforma?

La medesima legge del 2003, uniformandosi anche sul punto alla soluzione già presentata nel 1996, ha introdotto al § 1, comma 3, KSchG un secondo capoverso, che permette di escludere in radice dal novero dei lavoratori licenziandi tra cui effettuare la scelta coloro “la prosecuzione del cui rapporto di lavoro sia di particolare legittimo interesse per l'impresa, soprattutto in virtù delle loro conoscenze, abilità e prestazioni”. Come correttamente notato dalla dottrina, l'esclusione di un lavoratore dalla scelta per il licenziamento si pone come assoluta eccezione alla regola per cui tutti i dipendenti devono entrare in tale novero, perché le loro posizioni siano poi valutate alla luce dei quattro criteri legali¹⁵. Consentire infatti al datore di lavoro di sottrarre a priori determinati lavoratori all'applicazione dei quattro criteri legali di scelta significherebbe da una parte vanificare gran parte della portata innovativa della riforma, dall'altra aprire la strada a trattamenti discriminatori difficilmente perseguibili¹⁶.

2.2 Modifica del requisito dimensionale di applicazione del Kündigungsschutzgesetz

Il *Kündigungsschutzgesetz*, promulgato nel 1951 e più volte modificato e riformato, è la legge fondamentale sui licenziamenti, in quanto comprende tutte le norme che disciplinano la legittimità del recesso, i vari ordini di conseguenze di un licenziamento illegittimo, nonché i licenziamenti collettivi. Ad eccezione di alcune norme a vigenza generale, il § 23 KSchG restringe l'ambito di applicazione della legge stessa: prima della riforma, il *Kündigungsschutzgesetz* era applicabile in tutte le imprese¹⁷ che impiegassero di norma più di cinque dipendenti.

¹⁵ M. QUECKE, *op. cit.*, 88 s.

¹⁶ H.J. WILLEMSSEN – G. ANNUB, *op. cit.*, 179

¹⁷ Si noti che la legge tedesca, a differenza di quella italiana, parla di “impresa” e non di “unità produttiva”, malgrado la censura sul punto della Corte Costituzionale Tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) con sentenza 27 gennaio 1998.

La riforma del 2003, anche qui ricalcando il dettato normativo introdotto nel 1996¹⁸, aggiunge invece un terzo capoverso in cui si afferma che “nelle imprese, in cui di regola sono impiegati fino a dieci dipendenti esclusi gli apprendisti, non valgono le regole della Prima e della Seconda Sezione [... si tratta, in buona sostanza, delle norme che danno stabilità reale al rapporto, imponendo la reintegrazione sul posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato. *N.d.A.*] per quei lavoratori il cui rapporto di lavoro abbia avuto inizio dopo il 31 dicembre 2003; questi lavoratori non devono essere inseriti nel computo dei dipendenti ai sensi del secondo capoverso [cioè ai fini del raggiungimento del numero minimo dei sei dipendenti. *N.d.A.*] nelle imprese che occupano meno di undici dipendenti.”

Questa norma, cosiddetta “*Kleinbetriebsklausel*” (clausola della piccola impresa) ha suscitato non poche critiche, anche in direzioni opposte. I partiti politici al tempo all'opposizione (i cristiano-democratici della CDU e i liberali del FDP) hanno infatti attaccato lo scarso coraggio della riforma, che avrebbe dovuto innalzare il requisito minimo dimensionale a venti dipendenti, eventualmente non facendo salvi nemmeno i diritti di dei lavoratori assunti prima del 2004 o sospendendo l'applicazione del *Kündigungsschutzgesetz* per i primi quattro anni di rapporto alle dipendenze dell'impresa¹⁹.

D'altra parte, la dottrina lavoristica ha puntato il dito soprattutto contro i probabili effetti distorsivi di una tale riforma, che mantiene all'interno della stessa impresa lavoratori sottoposti a regimi giuridici completamente diversi. In effetti, è possibile che, a fronte di due licenziamenti parimenti illegittimi all'interno di un'impresa con meno di undici dipendenti, il lavoratore assunto prima del 31 dicembre 2003 venga reintegrato sul posto di lavoro (oppure opti per la risoluzione giudiziale del rapporto dietro pagamento di un'indennità sostitutiva che di solito va dalle sei alle dodici mensilità retributive ai sensi dei §§ 9-10 KSchG, su cui *infra*, § 2.4), mentre a quello assunto a partire dal 1 gennaio 2004 spetti soltanto un risarcimento economico.

L'assottigliamento delle tutele potrebbe essere ancora più esteso qualora si consideri che, per il § 23 KSchG, il requisito minimo dei sei nelle imprese con meno di undici dipendenti deve essere soddisfatto soltanto dai “vecchi” lavoratori, quelli assunti prima del 31 dicembre 2003. Poiché da questo requisito minimo dipende l'applicabilità del *Kündigungsschutzgesetz* a tutti i dipendenti dell'impresa, se, a fronte di un totale di undici dipendenti, di cui sei assunti prima del 2004, il rapporto di lavoro di uno di questi ultimi cessasse, egli verrebbe sostituito

¹⁸ Nel 1996, la riforma ebbe come effetto di far rientrare nell'alveo della stabilità obbligatoria circa 8 milioni di lavoratori in più nell'80% delle imprese. R. BUSCHMANN, *Op. cit.*, 3

¹⁹ Cfr. J.F. LINDNER, *op. cit.*, 166

da un “nuovo” assunto, per cui, pur restando inalterato il numero dei dipendenti, l'intera impresa verrebbe sottratta all'applicazione della disciplina di tutela del *Kündigungsschutzgesetz*²⁰.

Ovviamente, tale stato di cose può facilmente prestare il fianco ad abusi, in quanto il datore di lavoro avrebbe tutto l'interesse a licenziare un vecchio dipendente per sostituirlo con uno nuovo, potendo così lasciare inalterate le dimensioni della propria impresa riducendo al contempo in modo quanto mai rilevante il costo dei licenziamenti. L'illegittimità di questo “licenziamento di scambio” è stata ricostruita dalla dottrina tedesca, immediatamente dopo l'entrata in vigore della riforma del 2003, sulla base dei principi generali del diritto delle obbligazioni: per il § 162, comma 2, del Codice Civile (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB), “se la realizzazione della condizione che opera a vantaggio di una parte viene favorita dalla parte stessa in modo contrario a buona fede, la condizione si considera come non realizzata”.

Dunque, se il datore di lavoro licenzia un “vecchio” dipendente per assumerne uno “nuovo”, ha agito a proprio vantaggio sulla condizione di applicabilità del *Kündigungsschutzgesetz*: se questo licenziamento non ha altra ragione se non quella di modificare la disciplina di tutela goduta dai dipendenti, il datore ha sicuramente agito in modo contrario a buona fede e la condizione si ha come non realizzata²¹.

Questa elegante ricostruzione sistematica non risolve però tutti i problemi: è infatti piuttosto difficile dimostrare che il datore di lavoro, nell'intimare il licenziamento, non aveva altro scopo o ragione se non la “fuga dalla protezione contro il licenziamento illegittimo”²².

Altro aspetto preoccupante che è stato evidenziato è il criterio di computo dei dipendenti assunti a tempo parziale che, sempre ai sensi del § 23 KSchG, “devono essere considerati come 0,5 lavoratori se il loro orario settimanale non supera di regola le 20 ore, come 0,75 dipendenti se non supera le 30 ore”. In questo modo, il *Kündigungsschutzgesetz* potrebbe risultare inapplicabile anche in un'impresa con 20 dipendenti, tutti assunti a tempo parziale, che invece ben potrebbe sopportare, per le sue effettive dimensioni, i costi del licenziamento legati ad una tutela di tipo reale.

Per questo motivo, parte della dottrina propone di abbandonare il tradizionale legame tra numero di dipendenti e tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo, per

²⁰ Cfr. H.J. WILLEMSSEN – G. ANNUß, *op. cit.*, 184

²¹ M. QUECKE, *op. cit.*, 104 s.

²² *Op. ult. cit.*, 104

spostare l'attenzione sull'effettiva capacità di un'impresa di “sostenere” l'applicazione del *Kündigungsschutzgesetz*, capacità che forse potrebbe essere meglio verificata sulla base di indici economico-produttivi, come il volume di fatturato o l'entità del bilancio²³.

2.3 Modifica del termine di impugnazione giudiziale del licenziamento

Il vecchio testo del § 4 KSchG imponeva al lavoratore che volesse impugnare il licenziamento ritenuto illegittimo perché socialmente ingiustificato (vedi *supra*, § 2.1) un termine di sole tre settimane dalla sua intimazione per rivolgersi al Tribunale del Lavoro.

La riforma del 2003 è intervenuta su questa norma estendendone la portata, imponendo il breve termine decadenziale di cui al § 4 KSchG per far valere in giudizio qualunque vizio del licenziamento, ordinario o straordinario, anche nelle piccole imprese in cui il resto del *Kündigungsschutzgesetz* non trova applicazione. Il termine decadenziale è inoltre indipendente dalla durata del preavviso nel licenziamento ordinario (che può arrivare fino a 7 mesi, *ex* § 622 BGB), per cui il lavoratore si trova quasi sempre nella condizione di dover impugnare il licenziamento mentre ancora sta lavorando.

Lo scopo della riforma è chiaramente quello di una maggiore certezza nei rapporti giuridici, in modo che, in seguito al recesso, il lavoratore debba decidere molto in fretta se far valere un qualunque vizio del licenziamento oppure no, senza esporre il datore di lavoro al pericolo di doglianze tardive.

L'unica eccezione alla generale applicabilità della norma è costituita dal licenziamento orale, che non deve essere impugnato entro tre settimane: il § 4 KSchG afferma infatti che il termine decadenziale decorre “dall'intimazione del licenziamento scritto”, per cui, a fronte di un licenziamento orale (peraltro illegittimo ai sensi del § 623 BGB, che impone la forma scritta a pena di nullità), il termine nemmeno inizia a decorrere e quindi non può esaurirsi²⁴.

La dottrina ha poi elaborato un elenco di altri casi in cui non può pretendersi l'applicazione del § 4 KSchG, a pena di grave lesione del diritto di difesa del lavoratore: così è nel caso di licenziamenti che siano privi dei requisiti essenziali non solo di forma, ma anche di sostanza. Un licenziamento non chiaro, non preciso, intimato da soggetto privo della capacità di agire o nullo in base alle norme generali sui negozi giuridici non può nemmeno considerarsi un licenziamento, per cui deve negarsi l'applicabilità del § 4 KSchG²⁵.

²³Ibidem

²⁴H.J. WILLEMSSEN – G. ANNUB, *op. cit.*, 183

²⁵A. GENENGER, Die beschränkte Reichweite der einheitlichen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG, in RdA, 2010, 5, 276 ss.

A parte l'esclusione di questi casi, si teme che un termine di impugnazione così ridotto possa ledere le possibilità di difesa del lavoratore, che in pochissimo tempo deve decidere se impugnare o meno il licenziamento. Può infatti accadere che il lavoratore, al momento dell'intimazione del licenziamento, ritenga legittimo e fondato il recesso, per poi rendersi conto, a distanza di poco tempo ma comunque dopo decorse tre settimane, che la situazione è diversa. Così ad esempio nel caso in cui il lavoratore sia licenziato per una riduzione di personale nell'impresa che poi, a distanza di oltre tre settimane, non ha ancora avuto luogo; oppure nel caso in cui una lavoratrice licenziata scopra dopo oltre tre settimane una gravidanza già in corso al momento del recesso²⁶.

In tutti questi casi, trovano applicazione i successivi §§ 5 e 6 KSchG: il § 5 ammette un'impugnazione tardiva del licenziamento (comunque entro sei mesi dalla scadenza del termine di cui al § 4) qualora il lavoratore, nonostante la sua diligenza e non per fatto a lui imputabile, non abbia potuto impugnare il recesso entro il termine di tre settimane. Il § 6 ammette invece, in caso di tempestiva impugnazione del licenziamento *ex* § 4, di allegare in giudizio, fino alla trattazione orale di prima istanza, ulteriori motivi e circostanze di illegittimità del licenziamento, anche non menzionati nell'iniziale impugnazione.

La dottrina prevede dunque un sempre più massiccio utilizzo del termine, in linea di principio eccezionale, di cui al § 5 e della possibilità di cui al § 6: con un termine di impugnazione così breve riguardo tutti i possibili motivi di illegittimità del licenziamento, è infatti probabile che molto spesso il lavoratore non riesca a rispettarlo malgrado la propria diligenza, potendo giustamente ricorrere ad un'impugnazione tardiva²⁷.

La critica della dottrina su questo punto della riforma è che, con l'intento di aumentare la certezza del diritto dando applicazione generale al ridotto termine di impugnazione, si sia sortito l'effetto opposto di far diventare regola l'eccezione di un termine di impugnazione lungo²⁸.

2.4 Il nuovo § 1 a KSchG

La novità assoluta, e senza dubbio più rilevante, introdotta dalla riforma del 2003 è l'aggiunta, dopo il § 1 KSchG, di un § 1 a, rubricato "Diritto ad un indennizzo per licenziamento dovuto a motivi attinenti all'impresa" che recita "(1) Se il datore di lavoro licenzia a causa di impellenti necessità aziendali ai sensi del § 1 comma 2, 1° capoverso, e il lavoratore, fino allo scadere del termine di cui al § 4, comma 1, non solleva alcuna doglianza

²⁶ M. QUECKE, *op. cit.*, 101

²⁷ A. GENENGER, *op. cit.*, 279

²⁸ M. QUECKE, *ibidem*

circa la non idoneità del licenziamento ad estinguere il rapporto di lavoro, decorso il termine il lavoratore ha diritto ad un indennizzo. Il diritto all'indennizzo presuppone che nell'esposizione dei motivi del licenziamento il datore di lavoro abbia dichiarato che esso è dovuto a ragioni attinenti all'impresa e che il lavoratore può pretendere l'indennizzo dopo aver lasciato decorrere inutilmente il termine di impugnazione. (2) L'ammontare dell'indennizzo consiste in 0,5 retribuzioni mensili per ogni anno di durata del rapporto di lavoro. E' applicabile il § 10 comma 3. Nel calcolare la durata del rapporto di lavoro, un periodo lavorato di più di sei mesi viene computato come un intero anno.”

Innanzitutto, bisogna brevemente precisare che la conseguenza generale dell'accertamento giudiziale circa l'illegittimità del licenziamento, nelle imprese in cui si applica il *Kündigungsschutzgesetz*, è la reintegrazione del lavoratore sul posto di lavoro, con corresponsione di tutte le mensilità retributive arretrate non percepite dal momento del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra (§ 9 KSchG). Tuttavia, sia il lavoratore sia il datore di lavoro possono chiedere al giudice di risolvere comunque il rapporto di lavoro, presentando le ragioni a sostegno di questa pretesa: il giudice, se ritiene la richiesta fondata e legittima, risolve il rapporto ordinando al datore di lavoro di corrispondere al lavoratore un'indennità che può arrivare fino a dodici mensilità, o anche fino a diciotto nel caso di particolare anzianità anagrafica e di servizio (§§ 9 e 10 KSchG).

Come notato da autorevole dottrina, la rivoluzionaria novità del § 1 a consiste nell'introduzione, per la prima volta in caso di licenziamento, di un diritto ad un'indennità del tutto individuale, di cui titolare è il solo lavoratore in quanto tale, a prescindere da qualunque intervento e coinvolgimento dell'autorità giudiziaria o degli organi di rappresentanza collettiva²⁹.

La fattispecie del § 1 a si applica al ricorrere congiunto di tre presupposti di fatto: il datore di lavoro deve licenziare il lavoratore per impellenti necessità aziendali; deve darne conto nella lettera di licenziamento, avvertendo il lavoratore della possibilità di ricevere l'indennità di cui al § 1 a KSchG in caso di non impugnazione del recesso; il lavoratore deve lasciar decorrere il termine di tre settimane di cui al § 4 KSchG (vedi *supra*, § 2.3) senza impugnare il licenziamento. Il diritto del lavoratore all'indennità sorge infatti non nel momento del licenziamento per motivi economici, ma soltanto dopo decorso inutilmente il termine di tre settimane per l'impugnazione del licenziamento stesso³⁰.

²⁹ T. RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1 a KSchG*, in RdA, 2005, 1, 1

³⁰ H.J. WILLEMSSEN – G. ANNUß, *op. cit.*, 181

Questo fatto ha causato diversi problemi alla dottrina, che si è interrogata sulla natura negoziale o legale dell'obbligazione indennitaria del datore di lavoro a favore del lavoratore. Se infatti è chiaro che il licenziamento (inclusa l'individuazione dei suoi motivi e il relativo avvertimento al lavoratore) è un'espressione di volontà negoziale del datore di lavoro, non altrettanto può dirsi del comportamento del lavoratore che semplicemente lasci decorrere il termine di impugnazione rimanendo inattivo. Questa condotta non solo non è una manifestazione di volontà reale, ma nemmeno può essere qualificata come una finzione di volontà negoziale, dato che da un comportamento omissivo non possono farsi derivare gli effetti e le conseguenze dell'accettazione di una proposta negoziale³¹.

Per questo motivo, autorevole dottrina ha sostenuto che il meccanismo introdotto dal § 1 a KSchG non sia di tipo negoziale, ma legale: in altre parole, la manifestazione di volontà del datore di lavoro si incontrerebbe con un mero fatto (l'inerzia del lavoratore fino al decorso del termine decadenziale di cui al § 4 KSchG) e dal semplice verificarsi congiunto di queste condizioni la legge farebbe sorgere in capo al lavoratore il diritto all'indennità. In questo modo, non avrebbe alcuna importanza la ragione per cui il lavoratore non impugna il licenziamento e d'altra parte alla mancata impugnazione, mero atto e non espressione di volontà, non si potrebbero applicare le regole generali sui contratti, ad esempio quelle sui vizi del consenso³².

Per quanto attiene ai presupposti di fatto del § 1 a KschG, è essenziale che il datore di lavoro intimi il licenziamento per motivi attinenti all'impresa³³, esplicitando tali ragioni nella comunicazione scritta del recesso. Rimanendo all'interno della fattispecie di cui al § 1 a KSchG, la dichiarazione dei motivi da parte del datore di lavoro è di fatto insindacabile: se infatti il lavoratore impugna il licenziamento affermando che alla base non vi sono ragioni economiche, ma soggettive, o addirittura illecite, secondo la lettera della legge egli decade immediatamente dal diritto all'indennità. Per questo motivo, il legislatore è stato accusato di aver creato una norma volta a “blindare” la validità del licenziamento: se infatti da una parte si restringe l'ambito di applicazione del nuovo meccanismo ai soli recessi per motivi economici, dall'altra il datore di lavoro può dichiarare che qualunque licenziamento è

³¹ R. GIESEN – N. BEGEN, Fallstricke des neuen gesetzlichen Abfindungsanspruchs, in NJW, 2004, 4, 185

³² T. RAAB, op. cit., 3 ss.

³³ E' opinione comune della dottrina che il § 1 a KSchG si applichi solo ai licenziamenti ordinari (con preavviso) e non anche a quelli straordinari (per “motivo importante”, in tronco). Cfr. M. QUECKE, op. cit., 95

dovuto a ragioni attinenti all'impresa, perché la contestazione di queste ragioni da parte del lavoratore porta quest'ultimo a perdere il diritto all'indennità³⁴.

Altra parte della dottrina, ammettendo tale dato di fatto, afferma però che questo è esattamente lo scopo del legislatore, che ha voluto dare piena libertà alle parti anche nel disporre dei propri diritti: l'accettazione dell'indennità da parte del lavoratore non è infatti un obbligo, ma una mera possibilità. Il lavoratore, se ritiene che il licenziamento non sia fondato su ragioni economiche o comunque che tali ragioni siano insufficienti, può scegliere se rimanere comunque inerte e ricevere l'indennità oppure rinunciare ad essa e percorrere la via della tutela giudiziale dei propri diritti³⁵.

Ci si è poi chiesti se l'offerta da parte del datore di lavoro di un'indennità di importo diverso da quello prescritto dal § 1 a, comma 2, KSchG possa ugualmente fondare l'applicazione del meccanismo legale. Problema parzialmente collegato è quello del paradosso per cui, se il lavoratore ritenesse l'indennità offerta dal datore di lavoro troppo bassa, non potrebbe contestarla perché altrimenti perderebbe l'intero diritto a riceverla.

Una parte della dottrina sostiene che la determinazione *ex lege* dell'importo dell'indennità deve considerarsi assolutamente vincolante, dato che la *ratio* del legislatore è proprio quella di fornire alle parti uno strumento rapido, semplice e non burocratico per concludere il rapporto di lavoro senza incorrere in alcuna controversia, nemmeno riguardo l'entità dell'indennità³⁶.

Altra parte della dottrina afferma invece che l'importo di cui al § 1 a KSchG deve considerarsi soltanto un valore minimo, al di sotto del quale l'offerta del datore di lavoro non può scendere, ma al di sopra del quale può salire³⁷. D'altra parte, sembra che una certa elasticità nella determinazione dell'indennità debba essere riconosciuta, perché un calcolo meramente meccanico sulla base degli anni lavorati nell'impresa potrebbe portare il datore di lavoro a preferire sempre il licenziamento del lavoratore giovane, cui deve essere corrisposta un'indennità più bassa³⁸.

Gli scopi dell'introduzione del § 1 a KSchG sono stati, al tempo, chiaramente la deflazione del contenzioso e la certezza nella determinazione dei costi del licenziamento. L'offerta immediata di un'indennità dovrebbe rendere per il lavoratore piuttosto appetibile

³⁴ R. GIESEN – N. BESGEN, *op. cit.*, 187

³⁵ T. RAAB, *op. cit.*, 2

³⁶ *Op. ult. cit.*, 6

³⁷ R. GIESEN – N. BESGEN, *op. cit.*, 186

³⁸ M. QUECKE, *op. cit.*, 98. La retribuzione cui si fa riferimento come base di calcolo è “ciò che il lavoratore ha guadagnato in base al suo normale orario di lavoro nel mese in cui è cessato il rapporto di lavoro”, *ex* § 10, comma 3, KSchG, esplicitamente richiamato dal § 1 a, comma 2.

la rinuncia all'impugnazione giudiziale del licenziamento, che apre la strada ad un processo (relativamente) lungo e dall'esito sempre incerto. D'altra parte, il datore di lavoro non può che essere avvantaggiato da una tale prevedibilità dei costi del licenziamento, per cui, a fronte di un esborso dal carattere quasi di risarcimento sociale, è certo di non dover sostenere l'incertezza di un giudizio e soprattutto di non essere esposto al pericolo, in caso di reintegrazione del lavoratore, di corresponsione di tutte le mensilità retributive arretrate. Il meccanismo, come è stato correttamente notato, si fonda sulla piena autonomia e libertà delle parti, che possono concludere definitivamente il proprio rapporto di lavoro senza bisogno di ricorrere ad alcun organo o soggetto esterno³⁹.

Gli scopi di questo punto della riforma sembrano raggiunti nella pratica: oggi, la maggior parte dei lavoratori accetta l'indennità del § 1 a KSchG e rinuncia all'impugnazione del licenziamento. D'altra parte, anche nei casi in cui non si applica il § 1 a KSchG (cioè in tutti i casi di licenziamento straordinario o non fondato su motivi economici), imprenditore e lavoratore finiscono per mettersi d'accordo, prima del giudizio o nelle fasi iniziali di esso, concludendo il proprio rapporto stragiudizialmente con la corresponsione di un'indennità. In altre parole, non solo il numero di impugnazioni del licenziamento è decisamente basso in Germania, ma anche la conclusione del giudizio con reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro è eventualità del tutto marginale e quasi “lettera morta” della legge⁴⁰.

La critica più frequente e pesante rivolta all'introduzione del § 1 a KSchG è la “trasformazione della protezione della stabilità in protezione dell'indennità”⁴¹. Il diritto avrebbe abdicato alla sua funzione di protezione della persona che si realizza nel proprio lavoro per ripiegare su una posizione di tutela meramente economico-obbligatoria.

Autorevole dottrina ha perciò auspicato un ritorno del diritto del lavoro alla sua vocazione di tutela del lavoratore in quanto essere umano, nel proprio posto di lavoro, non suscettibile di monetizzazione. In relazione a ciò, una proposta originale ed interessante va nel senso del tutto opposto rispetto a quanto realizzato dal legislatore con il § 1 a KSchG: preservare la stabilità reale in quanto tale, in quanto valore in sé. Mentre il nuovo § 1 a KSchG elimina in radice la reintegrazione per corrispondere al lavoratore un'indennità economica, si dovrebbe al contrario mantenere la reintegrazione nel posto di lavoro come conseguenza generale del licenziamento viziato, abolendo però l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al dipendente le retribuzioni arretrate. In questo modo, si sortirebbe

³⁹ T. RAAB, *op. cit.*, 1

⁴⁰ Cfr. M. WEISS, *L'effettività del diritto del lavoro: alcune riflessioni sull'esperienza tedesca*, in RIDL, 2006, 2, 148

⁴¹ W. BOECKEN – H. TOPF, *Kündigungsschutz: zurück zum Bestandsschutz durch Ausschluss des Annahmeverzuges*, in RdA, 2004, 1, 19 s.

il duplice effetto di mantenere intatto il valore intrinseco e non monetizzabile della stabilità del posto di lavoro, al contempo non sovraccaricando l'imprenditore di costi incerti e potenzialmente molto elevati⁴².

3. Considerazioni conclusive

Nelle pagine precedenti, senza alcuna pretesa di completezza, si è voluto parlare della riforma della materia dei licenziamenti avvenuta in Germania nel 2003, ritenendo che, con nove anni di anticipo, questo stato si sia trovato a vivere un dibattito politico e dottrinale molto simile a quello che si è svolto (e continua a svolgersi, nonostante la riforma sia ormai legge) adesso in Italia (e anche in altri paesi europei, ad esempio la Spagna).

Anche la Germania, di fronte ad un momento di crisi economica, ha ritenuto opportuno intervenire sulla materia dei licenziamenti per rendere più competitivo ed elastico il proprio mercato del lavoro. Tuttavia, come si è visto, mentre alcune novità introdotte dalla riforma paiono aver raggiunto il proprio scopo, altre hanno ricevuto pesanti critiche e mostrato punti di debolezza, rivelandosi a volte pressoché inutili nella sostanza e negli effetti pratici.

La riforma della disciplina del licenziamento individuale introdotta in Italia con legge 28 giugno 2012, n. 92, nel perseguire il fine della “maggiore flessibilità in uscita” per dare dinamismo e respiro al mercato del lavoro nazionale, ha identificato come efficace mezzo la liberazione dell'imprenditore dall'obbligo di reintegrazione del lavoratore in alcuni casi di licenziamento sì illegittimo, ma dovuto a motivi “economici”⁴³; d'altra parte, nei medesimi casi, il legislatore italiano ha perseguito il fine della prevedibilità dei costi del licenziamento⁴⁴.

Tale regime normativo esiste nell'ordinamento tedesco, come detto (*supra*, § 2.4), per mezzo di un meccanismo *ex ante*, che elimina in radice la necessità di qualsivoglia accertamento sulla fondatezza del licenziamento e “accetta il rischio” di riconoscere l'indennità *ex § 1 a KSchG* anche a lavoratori legittimamente licenziati.

Il legislatore italiano, invece, forse per scarso coraggio, non è riuscito a prevedere un meccanismo che escluda in radice ogni tipo di accertamento circa la fondatezza del licenziamento: la riforma è incentrata sul regime delle conseguenze, articolato ora in un numero di ipotesi maggiore rispetto alla disciplina precedente. Probabilmente, è stata mancata la realizzazione di una riforma organica fondata sulle ragioni poste a base del

⁴² *Op. ult. cit.*, 24 ss.

⁴³ Si precisa, per correttezza e completezza, che la nuova disciplina esclude la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro anche in alcune ipotesi di licenziamento illegittimo non fondato su motivi economici (cfr. L. 92/2012, art. 1, comma 42).

⁴⁴ Cfr., per tutti, S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, 1. *csdle.lex.unict.it*

licenziamento e non soltanto su una moltiplicazione delle conseguenze sanzionatorie della sua illegittimità⁴⁵.

Anche se deve essere apprezzato lo sforzo di differenziare per la prima volta il regime delle conseguenze del licenziamento per motivo oggettivo e per motivo soggettivo, forse si è persa l'occasione di rendere realmente centrale questa distinzione, fondando l'apparato sanzionatorio dell'illegittimità del recesso sui valori volta per volta coinvolti⁴⁶.

Si segnala inoltre, sempre per quanto attiene ad un (necessariamente basilare) confronto tra la riforma tedesca e quella italiana, che il nuovo 7° comma dell'art. 18, nel qualificare esplicitamente come licenziamento economico quello dovuto a superamento del periodo di comporto o a sopravvenuta inabilità del lavoratore, estende necessariamente anche a questi ultimi casi ogni presente e futura disciplina del licenziamento per motivi economici. Laddove invece in Germania, grazie ad una tripartizione che, all'interno del licenziamento “per giustificato motivo oggettivo”, distingue quello per motivi inerenti all'impresa da quello per motivi inerenti alla persona del lavoratore, è applicabile solo al primo e non al secondo la disciplina di cui al § 1 a KSchG. Il fatto che, nel diritto tedesco, l'ipotesi di licenziamento per motivi inerenti all'impresa sia così chiaramente distinta da ogni altra fattispecie di motivazione posta a base del recesso è probabilmente uno dei fondamenti della particolare disciplina (che prescinde da ogni accertamento *ex post*) che ad esso viene applicata.

Pare opportuno concludere con una riflessione della dottrina tedesca sul fondamento costituzionale della tutela reale contro il licenziamento illegittimo: così come le norme costituzionali (tedesche in questo caso, ma molto simili a quelle italiane) non postulano il diritto di ogni cittadino ad ottenere un posto di lavoro, nemmeno possono postulare il diritto di ogni cittadino alla stabilità reale del proprio posto di lavoro. Tuttavia, l'ordinamento costituzionale contiene il principio fondamentale dello stato sociale, che ha il dovere di garantire la tutela e la realizzazione di tutti i cittadini, lavoratori e in cerca di occupazione, promuovendo un diritto incentrato sulla persona e non sul valore meramente economico-produttivo del lavoro⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in *I Quaderni di Wikilabour. Guida alla Riforma Fornero*, 79 *csdle.lex.unict.it*

⁴⁶ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Generalizzazione dell'art. 18 vs indennità transattiva quando il licenziamento ha ragioni economiche*, in *Nel merito*, 9 dicembre 2011. www.nelmerito.com

⁴⁷ J. F. LINDNER, *op. cit.*, 169 s.

Espressioni del principio costituzionale dello stato sociale nell'ordinamento lavoristico tedesco ben possono riscontrarsi nelle forme di partecipazione e co-determinazione (*Mitbestimmung*) dei lavoratori nella gestione dell'impresa, nel ruolo fondamentale del Consiglio d'Impresa (*Betriebsrat*), nella diffusione degli accordi di solidarietà che flessibilizzano il lavoro all'interno dell'impresa per evitare licenziamenti.

Queste condizioni, così peculiari del modello tedesco, sviluppatasi all'interno della storia sociale e politica della Germania, ben potrebbero essere enumerate tra le nuove “forze resistenti al trapianto” di cui parla la scuola classica del diritto comparato⁴⁸.

Ciò a cui, forse, tutti gli stati potrebbero guardare con interesse, con la spinta ad una vera realizzazione e non ad una semplice imitazione (il più delle volte riuscita a metà, cioè non riuscita), non è dunque un isolato “licenziamento alla tedesca”, quanto piuttosto “l'inaspettata nascita di un nuovo modello [sociale?] tedesco”⁴⁹. Questo stato sociale, caratterizzato dalla peculiare gestione dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali, è difficilmente esportabile mediante mere opzioni tecniche di scelta legislativa e risponde con ogni probabilità ad un modello socio-culturale radicato nello stato tedesco per ragioni storico-evolutive di fatto irripetibili. Si potrebbero a tal proposito recuperare alcune risalenti, eppure sempre attuali, considerazioni di un grande studioso italiano, che evidenziava come il peculiare rapporto, esistente solo nella cultura tedesca, tra il singolo e la collettività, in cui il primo trova insieme annullamento e piena realizzazione nella seconda, fosse l'imprescindibile base socio-culturale di tutti gli istituti di cogestione e partecipazione dei lavoratori nell'impresa presenti in Germania⁵⁰.

E' impensabile che questo sostrato culturale possa essere altrove trapiantato o riprodotto con azioni, per quanto ampie e complesse, a livello legislativo: il modello tedesco dunque non si può imitare, ma, di certo, molto si può imparare.

⁴⁸ O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, 794

⁴⁹ Questo il titolo di un recente contributo di W. EICHHORST, *The unexpected appearance of a new German model*, in *IZA Discussion Papers*, Giugno 2012, n. 6625, www.iza.org

⁵⁰ L. SPAGNUOLO-VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, pagg. 10 ss.

I TIROCINI FORMATIVI E DI ORIENTAMENTO: EVOLUZIONE NORMATIVA E NOVITÀ DELLA RIFORMA FORNERO

Fabrizio Pirelli
Dottorando Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il percorso normativo della disciplina dei tirocini formativi e di orientamento. – 3. Le novità della legge di riforma n. 92 del 28 giugno 2012.

1. Introduzione

La legge 28 giugno 2012 n. 92, recante “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, è entrata in vigore il 18 luglio 2012. Le disposizioni in essa previste rappresentano il frutto di un *iter* normativo che ha tratto origine dal precedente disegno di legge n. 3249/2012 approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 23 marzo 2012. Tale disegno, secondo quanto emerge dal relativo documento di presentazione, si proponeva l'obiettivo di creare un mercato del lavoro più dinamico e flessibile, in grado di assecondare le esigenze di crescita e di creazione di nuova occupazione, rinsaldando la connessione tra flessibilità del lavoro e tutele contributivo-assicurative.

Le finalità giuridiche e sociali che la legge di Riforma intende realizzare, permeate dal predetto disegno, sono rivolte ad incentivare l'instaurazione di rapporti di lavoro sempre più stabili, perseguendo l'uso distorto delle forme contrattuali esistenti ed il mancato adempimento delle obbligazioni contributive e fiscali. Si dispongono, pertanto, misure ed interventi “*intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione*”.

In particolare, così come si evince dalla lettura del comma 1, lett. b) dell'art. 1 della legge n. 92/2012, il Governo è intenzionato a predisporre tutti gli accorgimenti normativi possibili per valorizzare l'istituto dell'apprendistato quale *modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro*. Occorre, quindi, tenere in doverosa considerazione questa iniziale scelta di campo per capire al meglio le intenzioni di riforma indirizzate all'intero mondo del lavoro e, per quanto qui interessa, alla fattispecie dei tirocini formativi e di orientamento, la cui disciplina ha subito nel corso del tempo un'evoluzione normativa di primo rilievo.

2. Il percorso normativo della disciplina dei tirocini formativi e di orientamento

I tirocini formativi e di orientamento si inseriscono nell'alveo della disciplina giuridica dell'alternanza tra formazione e lavoro¹. I ccdd. *stages* trovano la loro prima compiuta definizione nell'art. 18 della legge n. 196 del 1997, meglio nota come “pacchetto Treu”, e nel successivo Regolamento di attuazione ad opera del Decreto ministeriale n. 142 del 1998. Per espressa previsione normativa², e secondo quanto confermato da diverse pronunce giurisprudenziali intervenute sulla questione³, tale fattispecie contrattuale non configura un'ipotesi di rapporto di lavoro subordinato, quanto piuttosto un inserimento temporaneo del soggetto tirocinante all'interno di una compagine lavorativa⁴. Dalle prescrizioni contenute nelle due predette fonti normative, emerge chiaramente la finalità sottesa alla regolamentazione di tale disciplina, rappresentata dalla volontà di realizzare “momenti di alternanza tra studio e lavoro nell'ambito dei processi formativi e di agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro”, predisponendo l'instaurazione di tirocini formativi e di orientamento “a favore di soggetti che abbiano già assolto all'obbligo scolastico”.

Si suole distinguere la fattispecie giuridica in esame in tirocini “curricolari” e tirocini “non curricolari”: i primi, risultano inseriti in programmi di alternanza scuola-lavoro o legati alle attività di istituti professionali; in altre parole, secondo la definizione fornita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sono i tirocini “inclusi nei piani di studio dell'Università e degli istituti scolastici sulla base di norme regolamentari ovvero altre esperienze previste all'interno di un *percorso formale di istruzione o di formazione*, la cui finalità non sia direttamente quella di favorire l'inserimento lavorativo, bensì quella di affinare il processo di apprendimento e di formazione con una modalità di cosiddetta alternanza”⁵. I tirocini non curricolari, invece, sono previsti e realizzati al fine di agevolare le scelte professionali attraverso la conoscenza diretta del mondo del lavoro e la creazione di un'opportunità concreta per acquisire una specifica professionalità.

¹ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del Lavoro*, 2. *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2008, 389.

² Art. 18, comma 1, lett. d) della l. n. 196/1997 in materia di “durata dei rapporti”; art. 1, comma 2, del DM 142/1998.

³ Cass. 23 gennaio 1998, n. 630, DPL, 1998, 1560; Cass. 1 febbraio 1994, n. 987, OGL, 1994, 757; Cass. 13 giugno 1990, n. 5731, DPL, 1990, 2563.

⁴ L. Montuschi, *Il Tirocinio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XV, t. I, Utet, Torino, 1986, 197 e ss.

⁵ Nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali prot. n. 13/Segr./0004746 del 14 febbraio 2007.

Il tirocinio si instaura sulla base di una convenzione tra un soggetto pubblico o privato (ospitante) e soggetti od enti promotori indicati dalla legge (agenzie regionali per l'impiego, università, scuole pubbliche e private, cooperative sociali, provveditorati agli studi, etc..)⁶. Occorrerà, altresì, la predisposizione di un “progetto formativo e di orientamento” inerente ogni singolo tirocinante e contenente gli obiettivi, i tempi e le modalità di svolgimento del tirocinio. Concluso il periodo previsto, il soggetto ospitante sarà tenuto solamente a certificare le attività svolte dal soggetto tirocinante, provvedendo ad attribuire loro valore di credito formativo⁷, utile per la futura accensione di un rapporto di lavoro. Non esistono altre obbligazioni del soggetto ospitante al momento conclusivo del tirocinio: non è tenuto, infatti, ad assumere il tirocinante, né a provvedere ad alcuna retribuzione o contribuzione in suo favore non trattandosi, come si diceva, di un rapporto di lavoro subordinato. Tuttavia, può accadere che venga prevista in favore del tirocinante la corresponsione di una borsa di studio, quale rimborso spese per gli oneri sostenuti nell'esecuzione del tirocinio, assimilabile al reddito da lavoro dipendente così come disciplinato dall'art. 50, comma 1 lett. c) del TUIR, da assoggettarsi alla tassazione IRPEF ordinaria, anche alla luce di quanto previsto dalla risoluzione delle Agenzia delle Entrate n. 95/e del 21 marzo 2002.

Rispetto alla prima e compiuta trattazione dell'istituto dei tirocini formativi, contenuta nel citato “pacchetto Treu” e successivo regolamento di attuazione, occorre attendere ben 13 anni prima che il legislatore intervenga nuovamente sulla materia. Il D.l. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011, con la previsione dell'art. 11 che disciplina i “*livelli di tutela essenziali per l'attivazione dei tirocini*”, dispone alcune rilevanti novità in tema di soggetti promotori, beneficiari e durata dei tirocini. L'idea di fondo che ha permeato lo spirito riformatore del legislatore si può riscontrare, secondo l'opinione dottrina più accreditata, nella volontà di rendere “meno appetibile” il tirocinio formativo a fronte di altre tipologie contrattuali più stabili e remunerative per i giovani, prime fra tutte l'apprendistato. Un

⁶ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *op.cit.*, 389.

⁷ In passato il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, con la Circolare n. 52 del 9 luglio 1999, aveva definito i confini per il riconoscimento degli stages produttivi di crediti formativi “**Stage in azienda - Con riferimento agli stages effettuati presso le aziende da giovani che svolgono attività di formazione professionale nell'ambito di progetti cofinanziati dal Fondo Sociale Europeo, si precisa che gli stessi non rientrano nel campo di applicazione del D.M. 25/3/98, n.142 recante norme sui tirocini formativi e di orientamento. Ciò dal momento che lo stage, in ambito corsuale, costituisce semplicemente un modulo, peraltro di durata assai limitata, di un più articolato percorso formativo volto a sperimentare una fase di alternanza tra teoria e pratica. Comunque, per le attività stagierali nell'ambito dei Programmi Operativi Multiregionali (P.O.M.) e delle Iniziative Comunitarie (Adapt e Occupazione), si rileva che per i soggetti attuatori permane l'obbligo della copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e i danni civili, nonché quello di comunicare alle Direzioni Provinciali del lavoro l'avvio delle stesse, che dovranno essere regolate da apposita convenzione o da lettera d'incarico, controfirmata per accettazione tra soggetto attuatore e soggetto ospitante. La presente circolare annulla e sostituisce ogni altra precedente disposizione in materia**”.

intervento diretto a reprimere l'uso sproporzionato e non corretto dei tirocini, molto spesso utilizzati per mascherare rapporti di lavoro subordinato a costo zero per le aziende e a reddito zero per i tirocinanti.

In particolare, le novità contenute nell'art. 11 citato prevedono che attualmente i tirocini formativi e di orientamento “non curriculari” possono essere proposti solo a neolaureati o neo diplomati e solo entro un anno dal conseguimento del rispettivo titolo di studio, per una durata massima di sei mesi, proroghe comprese. Alla scadenza di tali periodi, l'azienda che abbia interesse ad investire sulla professionalità di uno stagista dovrà proporgli un vero e proprio contratto di lavoro.⁸ Inoltre, tali tirocini possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti “preventivamente determinati dalle normative regionali”, al fine di garantire un idoneo espletamento delle iniziative formative promosse. Ai sensi del comma 2 del predetto art. 11, in assenza di regolamentazioni regionali, continueranno a trovare applicazione i criteri di selezione dei soggetti promotori individuati dall'art. 18 della legge n. 196 del 1997 e dal relativo regolamento di attuazione, in quanto compatibili con la nuova disciplina analizzata.

Restano esclusi dalla portata innovativa dell'art. 11 del Decreto legge 13 agosto 2011 n. 138 i tirocini “curriculari” ed i tirocini di reinserimento o inserimento al lavoro svolti a favore dei disoccupati e dei lavoratori in mobilità, e altre esperienze a favore degli inoccupati, la cui regolamentazione rimane integralmente affidata alle Regioni, fermo restando, per quanto attiene alla durata massima, il disposto di cui all'art. 7, comma 1, lett b), del D.M. n. 142/1998. Sono esclusi, altresì, i tirocini a favore dei disabili, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, per i quali resta in vigore la specifica disciplina prevista dall'art. 11, comma 2, della legge n. 68/1999; quelli promossi in favore dei soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti e i condannati ammessi a misure alternative di detenzione; quelli promossi a favore degli immigrati, nell'ambito dei decreti flussi, dei richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale, nonché quelli rivolti a ulteriori categorie di soggetti svantaggiati, destinatari di specifiche iniziative di inserimento o reinserimento al lavoro promosse dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, dalle Regioni e dalle Province.⁹

⁸ M. Mazzeo, *Tirocini formativi e di orientamento: controlli ed assicurazioni*, in RCP, Lavoro, 2011, 12.

⁹ Circolare n. 24 del 12 settembre 2011 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138, livelli essenziali di tutela in materia di tirocini formativi: primi chiarimenti; Risposta ad interpello n. 7 del 2010 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

3. Le novità della legge di riforma n. 92 del 28 giugno 2012

Le novità in materia di tirocini formativi e di orientamento sono contenute ai commi 34, 35 e 36 dell'art. 1 della legge in commento.

Un primo intervento, sulla falsariga di quanto previsto all'art. 12 del precedente disegno di legge, riguarda il riferimento esplicito ai tirocini “di orientamento”. Un'aggiunta all'apparenza semplicemente formale, ma che racchiude in sé una notevole rilevanza sostanziale, derivante dall'estensione della nuova regolamentazione anche a quei tirocini che, diversamente, non avrebbero potuto far parte delle finalità rinnovatrici che animano la riforma del mercato del lavoro, rimanendo in balia di una conseguente incertezza giuridica e normativa.

Il punto cruciale in cui il testo della riforma raggiunge un obiettivo chiarificatore è quello relativo alla *vexata quaestio* della discussa competenza statale in materia.

La questione sorge da una pronuncia della Corte Costituzionale che, con la sentenza del 28 gennaio 2005 n. 50, aveva ritenuto incostituzionale l'art. 60 del d.lgs. n. 276/2003 (riforma Biagi) in materia di tirocini estivi, dal momento che “*la disciplina, dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro, e non preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni, attiene alla formazione professionale di competenza esclusiva delle Regioni?*”, palesando una violazione dell'art. 117, commi 3 e 4, della Costituzione. Se nel primo intervento normativo in materia successivo alla data della sentenza, il legislatore aveva riconosciuto la competenza regionale, prevedendo al comma 1 dell'art. 11 del d.l. 138/2011 (cd. manovra estiva bis) che “i tirocini formativi e di orientamento possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti preventivamente determinati dalle normative regionali”, con la pubblicazione del Disegno di legge n. 3249/2012, all'art. 12, si prevedeva, nella sua prima formulazione, il riconoscimento di una futura delega al Governo ad adottare “uno o più decreti legislativi finalizzati ad individuare principi fondamentali e requisiti minimi dei tirocini formativi e di orientamento”. Si potrebbe dire di aver assistito ad un passo indietro ed all'ennesima interferenza per materia, tra l'altro attuata per il tramite di una legge delegata, ma pur sempre orientata alla definizione di una disciplina uniforme a livello nazionale. Il Governo, in altre parole, avrebbe predisposto tale proposta di riforma per tentare di avocare a sé la formazione di una disciplina comune dell'istituto dei tirocini, al fine di colmare la lacunosa e perdurante inerzia delle Regioni, nell'intenzione di determinare “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, così come previsto dall'art. 117, comma 2 lett. m) della Costituzione.

A voler giustificare l'intervento governativo in materia, si sarebbe potuto obiettare che la pronuncia della Corte Costituzionale del 2005 fosse rivolta esclusivamente ai tirocini estivi e che, stante la delicatezza della materia trattata, non si sarebbe potuto estendere tale assunto a tutta la disciplina dei tirocini, indistintamente considerati.

Al fine di risolvere definitivamente la questione relativa alla competenza per materia dibattuta tra Stato e regioni, la legge di riforma del mercato del lavoro, ricalcando il testo inviato dal Senato alla Camera dei Deputati per la definitiva approvazione, ha preferito tralasciare ogni riferimento al concetto di delega al Governo, per evitare di far emergere nuovamente tutte le conseguenti questioni costituzionali succedutesi nel corso degli anni, percorrendo la strada dell'accordo tra Stato e regioni¹⁰.

Nel testo di legge si prevede che “entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Governo e le regioni concludono in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano un accordo per la definizione di linee-guida condivise in materia di tirocini formativi e di orientamento (...)”. La modalità dell'accordo, che deve essere raggiunto nei tempi indicati, sembra voler dare rilevanza di legge al contenuto di quegli accordi già avvenuti il 27 ottobre 2010 tra Governo, regioni e parti sociali, e l'11 luglio 2011 tra Governo e parti sociali¹¹. Nel primo è emersa la necessità di pervenire ad un quadro più razionale ed efficiente di utilizzo dei tirocini formativi e di orientamento, per valorizzarne le potenzialità in termini di occupabilità dei giovani e prevenire gli abusi e un loro utilizzo distorto. Il secondo, invece, ha posto le basi per la riforma dell'apprendistato quale canale privilegiato di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro.¹²

L'intento è, pertanto, quello di dare maggiore certezza al lacunoso e frammentato quadro legale di riferimento, nel pieno rispetto delle competenze assegnate dalla Costituzione alle Regioni, soggetti cui è affidata la regolamentazione della materia. Uno strumento flessibile come l'accordo dovrebbe, infatti, consentire di raggiungere e statuire definitivamente quelle linee-guida condivise in grado di uniformare, a livello nazionale, la disciplina dei tirocini formativi e di orientamento.

¹⁰ Carminati E., Facello S., Tiraboschi T., *Le linee guida sui tirocini formativi e di orientamento*, in *La nuova riforma del lavoro*, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, Milano, 2012, p. 127.

¹¹ Maiani B., *Verso la definizione di linee guida per i tirocini formativi e di orientamento*, in *Riforma del lavoro*, Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, a cura di Giuseppe Pellacani, Milano, 2012, p. 211

¹² Circolare n. 24 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, op. cit.

I quattro criteri necessari al predetto scopo sono così enunciati al comma 34 dell'art.1 della legge n. 92/2012:

“a) *revisione della disciplina dei tirocini formativi, anche in relazione alla valorizzazione di altre forme contrattuali a contenuto formativo*”. Questa prima indicazione rappresenta la finalità principe della riforma, volta a rivedere la materia in esame nell'ottica di valorizzare l'apprendistato, ritenuto istituto cardine tra le forme contrattuali a contenuto formativo.

“b) *previsione di azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto, anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività*”. La determinazione di questo criterio racchiude le intenzioni della riforma, volte ad attuare una politica preventiva in fase di corretta instaurazione dei tirocini, ed una politica repressiva delle condotte illecite in fase di non corretto utilizzo dell'istituto. Dovranno essere fornite le modalità operative che il tirocinante deve rispettare nello svolgimento della sua attività, consentendogli così la possibilità di una verifica in itinere del suo operato e fornendo, altresì, ai servizi ispettivi, deputati al controllo del rispetto della disciplina contrattuale, parametri certi ed oggettivi per valutare la genuinità del tirocinio instaurato. Anche al soddisfacimento di tali esigenze è pure improntato il contenuto del criterio successivo:

“c) *individuazione degli elementi qualificanti del tirocinio e degli effetti conseguenti alla loro assenza*”. Il più volte citato fine sotteso alla riforma del mercato del lavoro emerge in tale criterio come volontà di definire correttamente i confini di qualificazione dell'istituto in esame, individuando, altresì, le conseguenze in caso di violazione o assenza degli stessi.

Sarebbe stato forse auspicabile che i criteri di cui alle lettere b) e c) venissero specificati in maniera dettagliata sin dal precetto della riforma, definendo concretamente le modalità operative che il tirocinante dovrà seguire per porre in essere correttamente la sua attività a livello nazionale, e prevedendo analiticamente gli elementi qualificanti la genuinità di un tirocinio, con l'indicazione delle precise conseguenze in caso di loro assenza. La previsione immediata delle promesse puntualizzazioni avrebbe forse scongiurato il perdurante abuso dei tirocini e ridotto sensibilmente l'instaurazione di cause per il riconoscimento di un rapporto di lavoro.¹³

“d) *riconoscimento di una congrua indennità, anche in forma forfetaria, in relazione alla prestazione svolta*”. L'ultimo dei criteri proposti dal testo di riforma fornisce lo spunto per ribadire che i tirocini non comportano l'instaurazione di un rapporto di lavoro, dal momento che non si fa cenno né al concetto di retribuzione né a quello di corrispettivo, normativamente

¹³ A. Vallebona, *La Riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pp. 35 e 36.

previsti rispettivamente per rapporti di lavoro subordinato ed autonomo. La congrua indennità potrebbe avere, pertanto, il valore di un rimborso delle spese sostenute dal tirocinante per lo svolgimento della prestazione assegnatagli, quasi a voler riproporre a livello nazionale ed unitario quanto disciplinato dal comma 1, lett. g) dell'art. 18 della legge n. 196 del 1997 per i giovani del Mezzogiorno¹⁴. La corresponsione di tale contributo, presumibilmente da parte dell'impresa ospitante, potrebbe avvenire anche in forma forfetaria, purché risulti congruo alla prestazione concretamente resa dal tirocinante.

La mancata corresponsione di tale indennità comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa a carico del trasgressore disciplinata dal comma 35, a norma del quale la violazione del criterio di cui alla lettera d) prevede una sanzione *“il cui ammontare è proporzionale alla gravità dell'illecito commesso, in misura variabile da un minimo di 1.000 ad un massimo di 6.000 euro, conformemente alle previsioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.”* A ben vedere si tratta di una sanzione che, nei procedimenti ispettivi che si instaureranno, afferisce ad una violazione non sanabile e che, pertanto, dovrà essere contestata nelle forme dell'illecito amministrativo, non potendosi applicare in questo caso l'istituto premiale della diffida di cui all'art. 13 del D.lgs n. 123 del 2004. Per la quantificazione della sanzione da comminare, occorrerà applicare la legge cui l'art. 12 in commento fa esplicito riferimento, ossia la legge n. 689 del 1981. In particolare, si potrà fare riferimento all'art. 16, rubricato *“Pagamento in misura ridotta”*, secondo cui, nelle ipotesi in cui è previsto un minimo ed un massimo edittale, verrà comminato l'importo più favorevole tra il doppio del minimo ed un terzo del massimo, nella fattispecie pari a 2.000 euro.

Infine, il comma 36 dell'art. 1 della legge in commento, secondo cui *“Dall'applicazione dei commi 34 e 35 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”*, pur nella sua ridotta formulazione, potrebbe rappresentare la concreta applicazione del principio della *“spending review”*, ritornato agli onori della cronaca grazie alla politica del Governo Monti. Si attuerebbe per tale via quel processo di revisione della spesa pubblica, diretto a migliorare l'efficienza e l'efficacia dello Stato nella gestione della stessa, verificando ogni possibile spreco o inefficienza nei capitoli di spesa dei ministeri, e provvedendo, se del caso, ai relativi ed opportuni tagli.

¹⁴ *“possibilità di ammissione (...) al rimborso totale o parziale degli oneri finanziari connessi all'attuazione di progetti di tirocinio (...) a favore dei giovani del Mezzogiorno presso imprese di regioni diverse da quelle operanti nella predetta area, ivi compresi (...) gli oneri relativi alla spesa sostenuta dall'impresa per il vitto e l'alloggio del tirocinante”*.

In conclusione, questa appendice normativa di chiusura, prevista dal comma 36, contestualizza perfettamente la volontà rinnovatrice sottesa alla riforma del mercato del lavoro nel tessuto politico-economico del Paese, ormai permeato da una costante ricerca di deflazionare la spesa pubblica da inutili costi ed oneri.

IL LAVORO A TEMPO PARZIALE TRA CANCELLAZIONI E REINTRODUZIONI

Ada Napolitano
Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il part-time dall'assetto originario alla riforma. - 3. Il lavoro a tempo parziale dopo la L 92/2012.

1. Premessa

Nell'ultimo decennio il lavoro a tempo parziale ha assunto sempre maggiore importanza, non tanto per l'aumento considerevole del numero di lavoratori che ne hanno usufruito, quanto per una serie di fattori più ampi e complessi che lo hanno portato ad assumere un ruolo centrale volto ad incrementare l'occupazione di categorie di lavoratori che, altrimenti, sarebbero potenzialmente esclusi dal mercato del lavoro. Ci si riferisce in particolare ai giovani, ma soprattutto alle donne, che nell'istituto in parola, hanno trovato un sistema di bilanciamento tra la vita lavorativa e quella familiare.

Il presente lavoro si pone come obiettivo quello di delineare sommariamente i tratti essenziali del contratto, per poi passare all'analisi delle numerose modifiche legislative che sono intervenute nella regolamentazione di tale istituto; in particolar modo, si analizzeranno le evoluzioni che hanno subito le norme inerenti alle clausole flessibili ed elastiche, da ultimo oggetto di modifica anche da parte dell'articolo 1, comma 20 della Legge 28 giugno 2012 n. 92.

Il lavoro a tempo parziale è un rapporto di lavoro subordinato, il quale si caratterizza per il fatto che il contratto individuale stabilisce un orario di lavoro inferiore a quello normale, pari a 40 ore settimanali o al minor orario previsto dalla contrattazione collettiva. Esso è disciplinato da un'apposita normativa a cui si aggiungono le norme sul lavoro a tempo pieno in quanto compatibili; dall'esame della disciplina, quindi, risulta che il part-time rappresenta una particolare modalità di svolgimento del rapporto di lavoro.

Per comprendere appieno le novità introdotte dalla riforma Fornero non si può prescindere dall'effettuare un breve excursus storico delle numerose modifiche che hanno interessato l'istituto in parola, perché, a parere di chi scrive, solo una panoramica storico-

giuridica delle norme sul part-time consente di comprendere fino in fondo i cambiamenti previsti dalla legge di riforma appena entrata in vigore.

Prima di procedere con tale excursus, pare comunque opportuna una rassegna generale delle novità previste dalla riforma.

L'articolo 1, comma 20 della L. 92/2012 aggiunge due commi all'articolo 3 del D.Lgs. 61/2000.

Al comma 7, dopo il numero 3, è inserita la previsione che i contratti collettivi, oltre ad indicare le condizioni e le modalità con cui il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale della prestazione lavorativa o variarne in aumento la durata, devono specificamente indicare le condizioni e le modalità con le quali il lavoratore può richiedere l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole elastiche e flessibili stabilite dal comma 7 dello stesso articolo 3.

Al comma 9 è aggiunta la facoltà, *ex lege*, di revocare il consenso prestato allo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale con la stipula di clausole elastiche e/o flessibili per quei lavoratori che si trovino nelle condizioni di cui all'articolo 12 bis (lavoratori affetti da patologie oncologiche) e per quelli di cui all'articolo 10, primo comma, legge n.300/1970 (studenti iscritti e frequentanti regolari corsi di studio in scuole di istruzione primaria, secondaria e di qualificazione professionale abilitate al rilascio di titoli di studio legali).

L'incidenza di dette modifiche sarà affrontata nel prosieguo del presente lavoro. Ai fini che in questa fase interessano, basta sottolineare l'intento del riformatore di disciplinare l'istituto del "diritto al ripensamento" da parte del lavoratore in merito al patto di flessibilità e l'ampio margine di autonomia riconosciuto alla contrattazione collettiva in materia di clausole elastiche e flessibili, materia, quanto meno ad una prima lettura, sottratta agli accordi datore-lavoratore.

2. Il part-time dall'assetto originario alla riforma

Analizzando le numerose modifiche che hanno interessato la regolazione del contratto in parola, si può cominciare con l'affermare che il tempo parziale è stato introdotto in Italia solo negli anni settanta, esclusivamente nella forma orizzontale ed a discrezionalità dell'azienda, a fronte di situazioni gravi e documentate. Il primo intervento legislativo concreto risale al 1984, con la legge 863, con la quale si è tentato di disciplinare compiutamente l'istituto, ma che non ha introdotto quei necessari elementi di flessibilità che ne permettessero di sfruttare a pieno le potenzialità. La legge conteneva il divieto

esplicito di introdurre sia le clausole elastiche che il lavoro supplementare. In fase di attuazione della direttiva dell'UE 97/81 del 15 dicembre 1997, è stato emanato il D.Lgs. 61/2000, il quale ha introdotto numerosi cambiamenti ed ha fornito un inquadramento sistematico del lavoro a tempo parziale in stretto riferimento con quello a tempo pieno. Al fine di far collimare le esigenze dei lavoratori con quelli delle aziende, quest'ultimo decreto ha apportato importantissime innovazioni in materia di lavoro supplementare e clausole elastiche. Nel febbraio 2003, con la definitiva approvazione della Legge Biagi, si è cercato di introdurre la tanto auspicata flessibilità. In particolare, in tema di lavoro a tempo parziale, la legge si poneva come obiettivo l'abrogazione e l'integrazione di ogni disposizione che contrastasse l'incentivazione di questa tipologia di rapporto di lavoro, ampliando la flessibilità in favore delle imprese per accrescerne la domanda, con lo scopo di favorire l'occupazione, soprattutto quella femminile. Nell'ottobre 2003, con il decreto legislativo 276, si è aumentata ulteriormente la flessibilità e l'elasticità dell'istituto, prevedendo l'applicazione del part-time anche ai contratti a tempo determinato e ampliando i settori di attività. Il decreto, inoltre, ha eliminato l'obbligo di comunicazione alla allora DPL e, per quello che maggiormente attiene al presente lavoro, ha ammesso la possibilità di modificare, nel corso del tempo, l'orario originariamente pattuito, di effettuare lavoro supplementare nei limiti del tempo pieno e di poter addirittura effettuare lavoro straordinario.¹ La previsione più innovativa apportata dal D.Lgs. 276/03 è stata sicuramente la possibilità per le parti di stipulare clausole elastiche e flessibili in assenza di previsioni "autorizzatorie"² dei contratti collettivi, introdotta con la modifica dell'articolo 8, comma 2 ter, del D.Lgs. 61/2000. La versione ante riforma del D.Lgs. 61/2000, nel rispetto del principio che ogni modifica inerente alla collocazione della prestazione lavorativa deve essere consensuale, aveva, infatti, introdotto la possibilità che il lavoratore potesse concedere, in via preventiva, la sua disponibilità alla variazione e che il datore potesse esercitare tale facoltà solo nei limiti e con le modalità stabilite dai contratti collettivi. La novella del 2003 rimuove il "doppio filtro" di garanzia che caratterizzava la disciplina antecedente, consentendo all'autonomia

¹ Quintano C., Castellano R. e Rocca A. (2007), L'evoluzione del part-time in Italia negli anni della flessibilità del

lavoro: le differenze tra occupazione maschile e femminile e tra le diverse regioni del Paese, in Quintano C. (a cura di), *Scritti di Statistica economica* 14, Quaderni di discussione, Dipartimento di Statistica e Matematica per

la Ricerca Economica, Università degli Studi di Napoli "Parthenope", n. 30, Napoli.

² Contra S. SCARPONI "Rapporti di lavoro ad orario ridotto e promozione dell'eguaglianza", *Lavoro e Diritto*, 2005, secondo la quale "...il rinvio ai contratti collettivi per la determinazione delle condizioni e modalità relative all'effettuazione delle variazioni non comporta una funzione autorizzatoria del contratto collettivo, in quanto, in difetto della disciplina collettiva, le parti sono libere di pattuire al riguardo"

individuale di pattuire clausole elastiche flessibili in assenza della contrattazione collettiva e vincolandola alle sole previsioni inderogabili di legge³. Viene, inoltre, eliminato il “diritto di ripensamento”. E’ chiaro ed evidente quanto la previsione apportata dal D.Lgs 276/03 sia stata innovativa ed abbia favorito l’utilizzazione dell’istituto che, in quel momento storico, poteva essere considerato, vista la sua ampia flessibilità, uno dei più validi strumenti a disposizione delle imprese ed in grado di favorire l’occupazione di quella fascia di lavoratori, giovani e donne che, come si è detto innanzi, risultavano potenzialmente esclusi dal mercato.

Fin dall’inizio, il legislatore ha avuto nei confronti del part-time un atteggiamento contraddittorio creando una sorta di fisarmonica che ha visto allargarsi le maglie della disciplina per poi restringersi nuovamente; purtroppo, la nuova riforma del mercato del lavoro, appena approvata, si colloca perfettamente in questo filone e successivamente si vedrà il perché.

Nella trattazione, sebbene sommaria, dell’evoluzione normativa dell’istituto che si sta cercando di delineare non si può prescindere dalle modifiche apportate al part-time dalla legge 247/07. Ad opinione di chi scrive questa legge ha rappresentato un punto di svolta, sebbene involutivo, in merito alla costruzione di una compiuta disciplina del lavoro a tempo parziale. La normativa da ultimo citata sottrae all’autonomia individuale la possibilità di definire nel contratto di lavoro individuale a tempo parziale, in assenza di posizioni da parte della contrattazione collettiva, clausole che consentano al datore di variare la collocazione e la durata della prestazione lavorativa. Con il comma 44 dell’art. 1 della legge 247/07 il legislatore ripristina sostanzialmente il ruolo e le attribuzioni della contrattazione collettiva al riguardo, riscrivendo il comma 7 dell’art. 3 del decreto 61/2000 e abroga l’innovazione di cui all’art. 8 comma 2 ter. In altre parole nei settori non regolamentati dalla contrattazione collettiva, non è stato più possibile avere quella sorta di “consenso preventivo” del lavoratore alla variazione; se il datore di lavoro avesse avuto necessità di modificare sia la collocazione che la quantità della prestazione, avrebbe dovuto, di volta in volta, chiederlo al lavoratore, il quale poteva concedere o negare il consenso. Tali clausole contrattuali potevano essere pattiziamente previste, anche preventivamente, in quei settori già disciplinati dalla contrattazione collettiva. Quest’ultima si riappropria, dunque, di quel ruolo

³ M. BROLLO “Lavoro a tempo parziale dopo la l. n. 92/ 2012: meno flex, più security” , Il lavoro nella giurisprudenza n. 10/2012 pag. 968 e ss. e M. LANOTTE “ Le modifiche alla disciplina delle clausole elastiche e flessibili nel part-time” in G PELLACANI, (a cura di), La riforma del lavoro, Giuffrè, Milano, 2012, 119 ss..

di filtro di cui si è detto poc'anzi. Sempre in tema di clausole elastiche e flessibili viene, inoltre, modificato il termine di preavviso entro cui il lavoratore deve essere informato della variazione, che passa da due a cinque giorni lavorativi, fatta salva la possibilità, ad opera delle parti, di disporre in maniera diversa.⁴ Ancora un cambiamento alla disciplina del part-time si ha con la legge di stabilità 2012, la legge 183/2011 pubblicata nel novembre 2011. Obiettivo dichiarato dal legislatore è l'incentivazione all'uso del contratto a tempo parziale: il comma 4 dell'art. 22 della legge di stabilità per il 2012 vuol favorire -sempre nel rispetto dei contratti collettivi nazionali di lavoro- l'utilizzo, nella disciplina dei singoli rapporti di lavoro a tempo parziale, delle c.d. clausole flessibili e delle c.d. clausole elastiche. Tali clausole devono essere previste in un patto scritto a sé stante che può essere anche non contestuale al contratto di lavoro. Con la legge di stabilità si è reintrodotta la possibilità per il datore di variare l'orario di lavoro e di modificare la collocazione della prestazione in base alle esigenze organizzative datoriali previa concordata informativa del lavoratore, esattamente come era stato previsto e disciplinato dal D.Lgs 276/03, attenuando in tal modo il ruolo della contrattazione collettiva e comportando una sorta di resurrezione delle pattuizioni individuali previste dalla riforma Biagi.⁵ E' pure abrogata la norma che subordinava l'efficacia dell'accordo scritto tra le parti di trasformazione del full-time in part-time alla convalida da parte della allora Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio. Viene pure nuovamente ridotto da cinque giorni lavorativi a due giorni lavorativi il periodo minimo di preavviso che deve essere rispettato dal datore di lavoro che intenda avvalersi in concreto della clausola elastica o flessibile. Pertanto, dalla data di entrata in vigore della legge di stabilità per il 2012 (1/01/2012) riacquistano efficacia le disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo parziale di cui all'articolo 3, commi 7 e 8, del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, nel testo recato dall'articolo 46 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; c'è, quindi, un ritorno al passato. Questo breve excursus permette di comprendere appieno le novità che la riforma del mercato del lavoro ad opera della legge 92/2012 ha posto in essere; le modifiche apportate al part-time riguardano, infatti, le clausole elastiche e flessibili.

⁴ Forum lavoro 2008, Nevio Bianchi "Le modifiche al contratto part-time e contratto a chiamata", Roma, 20 febbraio 2008

⁵ M. BROLLO *op. cit.*

3. Il lavoro a tempo parziale dopo la L 92/2012

La relazione illustrativa spiega chiaramente la volontà del legislatore di “incentivare l’impiego virtuoso dell’istituto ostacolandone l’utilizzo quale copertura di utilizzi irregolari di lavoratori” e di “contrastare un esercizio distorto della facoltà riconosciuta al datore di lavoro di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa originariamente stabilita”.

L’articolo 1, comma 20, lett. *a*, della Legge 92/2012, aggiunge una nuova disposizione al comma 7 dell’art. 3 del D.Lgs 61/2000 così come modificato da ultimo dalla legge di Stabilità 2012 e rinvia alla contrattazione collettiva la disciplina circa le condizioni e le modalità con le quali il lavoratore può chiedere “l’eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili ed elastiche”. Sebbene la normativa prevista dalla riforma non stravolge il sistema di regole già previste per il contratto di lavoro a tempo parziale, introduce modifiche volte a rafforzare gli strumenti di tutela del lavoratore che abbia concordato clausole elastiche o flessibili, la norma, in precedenza, contemplava detta possibilità solo per il datore di lavoro.

L’intervento del riformatore non è volto, infatti, ad ampliare gli strumenti di gestione flessibile dei tempi di lavoro, ma incide direttamente sui rapporti tra le fonti di regolamentazione dell’istituto ed, in particolare, sul delicato equilibrio tra contrattazione collettiva ed autonomia individuale.⁶

Nella nuova formulazione spetta, infatti, alla contrattazione collettiva individuare non solo le condizioni e modalità che consentano al datore di lavoro di modificare la prestazione lavorativa, ma anche quelle che consentano al lavoratore di chiedere l’eliminazione o la modifica delle clausole elastiche e flessibili già stipulate.

La lettera *b* inserisce all’art 3, comma 9, la previsione secondo la quale sia i lavoratori affetti da patologie oncologiche che i lavoratori studenti -iscritti e frequentanti corsi regolari di studio in scuole di istruzione primaria, secondaria e di qualificazione professionale abilitate al rilascio di titoli di studio legali- possono revocare il consenso alle clausole elastiche. Quindi, in presenza di particolari condizioni soggettive, il diritto al ripensamento è riconosciuto *ex lege* senza alcuna necessità di passare attraverso la contrattazione collettiva; ciò gli conferisce natura di vero e proprio diritto di revoca con riferimento alle clausole elastiche e flessibili. Detta previsione, a differenza di quanto già previsto da alcuni contratti collettivi, non stabilisce un termine per l’esercizio di tale diritto e ciò potrebbe comportare

⁶ M. LANOTTE *op. cit.*

un uso distorto dell' istituto a danno del datore di lavoro che potrebbe vedersi revocato il consenso alle clausole elastiche e/o flessibili nel momento stesso in cui richiede la prestazione pattuita e senza particolari modalità, ciò potrebbe comportare una serie di difficoltà nell' organizzazione delle attività lavorative.⁷

Dal testo normativo si evince chiaramente la rottura con il precedente indirizzo legislativo ed in particolare con l'art 46 del decreto legislativo 276/03 confermato dalla legge 183/2011, entrambi aventi come obiettivo principale quello di incentivare, con un sistema flessibile, l'occupazione di lavoratori e lavoratrici a tempo parziale. In questo senso la legge 92/2012 perde l'occasione per sviluppare l'istituto in parola, incentivandone la flessibilità, continuando così un percorso ripreso a sua volta solo pochi mesi fa dalla legge 183/2011 e si inserisce in una disciplina del part-time che continua ad essere estremamente contraddittoria, come si è precisato in precedenza.

A conferma di ciò basti pensare che un "diritto al ripensamento" aveva già trovato una sua precipua collocazione all'interno della disciplina del part-time; detto comma è stato modificato nel 2001 ad opera del D.Lgs n. 100.

La norma riconosceva al lavoratore la facoltà di denunciare il patto relativo alla clausola elastica, in costanza di rapporto di lavoro a tempo parziale, a condizione che la denuncia fosse accompagnata dalla documentata sussistenza di ragioni previste dalla legge e ampliabili dalla contrattazione collettiva. Per la dottrina che si è occupata della problematica, l'eliminazione dello *ius poenitendi* andava ad intaccare il principio di volontarietà, elemento portante della disciplina del part-time.⁸

Di diverso avviso un altro Autore, per il quale, l'abrogazione del diritto al ripensamento si inquadra nella rimodulazione generale degli equilibri tra contrattazione collettiva e contrattazione individuale di lavoro nella definizione del regime di lavoro a tempo parziale, nell'ambito della quale il legislatore ha inteso mettere in risalto l'autonomia individuale anche attraverso la previsione che solo in virtù del reciproco consenso le parti potranno recedere dal patto di flessibilità ed elasticità.⁹

La novella eleva sicuramente il diritto di garanzia dei lavoratori part-time impegnati nel difficile bilanciamento dei tempi di vita e di lavoro attraverso la reintroduzione del diritto

⁷ P.RAUSEI, R. SCOLASTICI " Il lavoro a tempo parziale" in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, La nuova riforma del lavoro, Giuffrè, Milano, 2012, 138 ss..

⁸ BANO, *Il lavoro a tempo parziale*, in PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli editore, 2004.

⁹ FERRARESI, *Part-time*, in MAGNANI-VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli editore, 2004.

di ripensamento che, come peraltro era già previsto nella versione antecedente all'abrogazione del 2003, è soggetto a dei limiti anche se muta la fonte che li stabilisce: dalla legge si passa all'autonomia collettiva che, in tal modo, vede accresciuto il proprio ruolo integrativo, fatta salva la deroga prevista per le ipotesi di denuncia del patto *ex lege*.

La formulazione definitiva delle Legge 92/2012, nonostante il rinvio alla contrattazione collettiva per la disciplina di una sorta di "*ius poesonitendi*" al consenso prestato dal lavoratore in materia di clausole elastiche o flessibili, è comunque più snella di quella approvata dal Consiglio dei Ministri il 23 marzo 2012. Quest'ultima prevedeva a carico dei datori di lavoro che intendessero avvalersi delle clausole elastiche e flessibili, di procedere ad una comunicazione amministrativa contestuale al preavviso da rendere a favore del lavoratore interessato dalla variazione della prestazione lavorativa, al fine di favorire un utilizzo "virtuoso" del contratto. La stesura definitiva non prevede più tale comunicazione, che sarebbe stato un ulteriore aggravio per il datore di lavoro e un ulteriore forte disincentivo all'utilizzo del contratto di lavoro tempo parziale.

Con la novella si è sicuramente recuperato il carattere originario dell' istituto così come delineato nel D. Leg 61/2000 volto più alla security che alla flexibility attraverso un riequilibrio delle posizioni del datore e del lavoratore, la storia del contratto in parola, così come sommariamente delineata in precedenza, porta però ad interrogarsi sulla effettiva stabilità e durata nel tempo di queste modifiche.

IL LAVORO INTERMITTENTE: UN'OCCASIONE MANCATA

Ada Napolitano
Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1.Premessa. - 2. Il lavoro intermittente: causali oggettive e soggettive ante e post riforma. - 3. Obblighi di comunicazione e sanzioni. - 4.Conclusioni

1.Premessa

La pratica degli ultimi anni ha sperimentato svariate forme di flessibilità dell'orario di lavoro, regolate su base pattizia, prevedendo la variabilità unilaterale della collocazione temporale della prestazione, sia a discrezione del lavoratore che del datore di lavoro (c.d. flexi-time). Tra queste ultime c'è il lavoro intermittente (detto anche a chiamata o job on call). Questa fattispecie ha avuto un curioso percorso di vigenza normativa; introdotta nel 2003 dal D.Lgs. 276, è stata abrogata totalmente dalla L. 247/07 ed integralmente ripristinata dal decreto legislativo 25 giugno 2008, n.112 convertito con la legge 133/08.

Il contratto di lavoro intermittente¹ è il contratto mediante il quale il lavoratore si mette a disposizione del datore di lavoro e, quest'ultimo, potrà decidere di usufruire o meno della prestazione lavorativa, se e quando lo ritiene opportuno con tre modalità espressamente indicate dalla legge. La prima disciplinata dall' art. 33 D.Lgs. 276/2003, in cui il lavoratore non è obbligato a rispondere alla chiamata; la seconda nella quale è, invece, pattiziamente previsto un obbligo di risposta da parte del lavoratore, il quale, riceve in corrispettivo dello stare a disposizione un'indennità di disponibilità per i periodi di attesa regolata dall'articolo 36, sesto comma; e, infine, una terza, in cui la chiamata può avvenire solo in periodi predeterminati della settimana, del mese, dell'anno² e il pagamento dell'indennità avviene solo se la chiamata è accettata (art. 37).

¹ P. BELLOCCHI, Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito, in M.T. CARINCI (a cura di), La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro, Ipsoa, Milano, 2003; D. GOTTARDI, Lavoro intermittente, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Cedam, Padova, 2004

² La nota amministrativa del Dicastero del Welfare n. 4/2005 ha specificato quali sono alcuni periodi predeterminati individuando alcune fattispecie come i week-end, le vacanze natalizie, le vacanze pasquali e le ferie estive, ed ha rinviato alla contrattazione collettiva di individuarne degli altri a seconda delle esigenze

Prima di comparare la disciplina del lavoro intermittente nella sua versione ante e post riforma, al fine di evidenziarne luci ed ombre, si ritiene necessario accennare brevemente al dibattito che ha caratterizzato e fortemente influenzato l'evoluzione della fattispecie in parola nel nostro ordinamento.

I sindacati hanno da sempre avversato la diffusione del lavoro intermittente in quanto lo considerano uno strumento di estrema flessibilità inadatto a garantire un "minimum" di tutela nei confronti dei lavoratori, i quali possono lavorare solo se interpellati dal datore. Da qui i motivi della forte opposizione delle organizzazioni sindacali che, di fatto, ha costituito un blocco alla diffusione del contratto che aveva, nell'intenzione del legislatore che lo ha mutuato da alcune esperienze straniere, il fine di far emergere alcuni rapporti di lavoro che, specialmente in alcuni settori come quello turistico, erano totalmente "in nero".

2. Il lavoro intermittente: causali soggettive e oggettive ante e post riforma

Nel definire il lavoro intermittente l'articolo 33 del D.Lgs. 276/03 rinvia l'indicazione dei limiti di utilizzo della prestazione all'articolo 34, il quale, stabilisce che le esigenze per le quali può essere stipulato detto contratto devono essere stabilite dalla contrattazione collettiva o per i periodi predeterminati di cui all'articolo 37³. Si tratta delle ipotesi di lavoro intermittente giustificato dalle ragioni cosiddette oggettive⁴. Si parla invece di applicazione cosiddetta soggettiva nei casi in cui la figura contrattuale in parola è fruibile da parte di soggetti che hanno meno di 25 anni e di soggetti che ne hanno più di 45, senza che assuma rilevanza lo stato di disoccupazione, requisito presente nella prima versione ed eliminato dal D.Lgs. 251/04 così come, per gli "over 45", è scomparso il riferimento al fatto che si dovesse trattare di soggetti disoccupati, in mobilità o espulsi da processo produttivo.

La prima novità introdotta dalla riforma Fornero sarebbe stata l'abolizione dei suddetti limiti di età; l'articolo 7 del DDL, nella prima versione, abrogava, infatti, il secondo

specifiche di ogni settore. La circolare ha poi precisato che i periodi individuati non sono immodificabili, ma possono essere cambiati ed adeguati alle esigenze dei vari settori.

³ La dottrina definisce la fattispecie come "lavoro intermittente e ipotesi vietate" così M. G. MATTAROLO, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati, sub art. 37*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, cit., 57

⁴ M. G. MATTAROLO, *Casi di ricorso al lavoro intermittente e ipotesi vietate*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 25; CARDARELLO, *Lavoro intermittente e certificazione*, *D&G*, n. 46, 2004, 64; A. VALLEBONA, *Lavoro intermittente e discontinuo: i sinonimi e la norma "a orecchio"*, *DL*, 2004, I, 249.

comma dell'articolo 34, ma un emendamento all'articolo, ha reintrodotto il lavoro intermittente per esigenze soggettive che, nella versione definitiva, trova la sua disciplina all' art 1, comma 21, letta a n.2 della legge 92/2012.

La ratio sottesa a tale abrogazione, così come a tutte le modifiche che hanno interessato il lavoro intermittente, era quella di voler delimitare l'utilizzo fraudolento di tale contratto e di ripristinarne la funzione originaria così come espressamente indicato nella Relazione Illustrativa di accompagnamento al DDL (commento art. 7). In realtà la previsione di quelle fasce di età aveva lo scopo di portare alla luce i numerosi rapporti di lavoro sommerso effettuati da pensionati e dai giovani studenti⁵, soprattutto universitari fuori sede, che cercavano lavoro nei week-end o nelle vacanze estive. Ad onor del vero, dati alla mano, bisogna riconoscere che il precedente legislatore aveva correttamente interpretato le esigenze sociali: infatti, soprattutto in settori come il turismo o il commercio, c'è stato un significativo aumento dei contratti a chiamata.⁶ Con questo certo non si vuole affermare che è emerso tutto il lavoro “nero” presente in quei settori o che non ci siano stati degli usi fraudolenti del contratto, ma sicuramente l'utilizzo del contratto di lavoro intermittente ha permesso a molti lavoratori di prestare la propria attività lavorativa sotto idonea copertura assicurativa e previdenziale, sebbene solo per i periodi lavorati.

Come si diceva poco sopra, con un emendamento al DDL il lavoro intermittente per esigenze soggettive è stato reintrodotto al secondo comma dell'articolo 34, il quale testualmente recita: “il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di cinquantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età”. C'è stato, quindi, un ravvedimento del riformatore che ha riammesso la possibilità che, in presenza di determinati limiti di età, il contratto possa essere stipulato anche al di fuori delle ipotesi previste dalla contrattazione collettiva. Tale interpretazione è stata condivisa ante riforma dal Ministero del Lavoro, secondo cui, in questo caso si ha riguardo al ricorso al lavoro intermittente di tipo a-causale, in funzione

⁵ In tal senso Nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 12 luglio 2004 che si riporta nella parte che interessa “...per essi ancorché in via sperimentale l'istituto è da subito utilizzabile, consentendo così di raggiungere immediatamente quelle finalità anche di ordine sociale che chiaramente la legge si propone.”

⁶ MANDRONE Emiliano, *La riclassificazione del lavoro tra occupazione standard e atipica: l'indagine Isfol Plus 2006*, collana Studi Isfol, numero 2008/1 – marzo, pag. 4 secondo la quale “... Le rilevazioni eseguite dall'ISFOL nella seconda metà del 2006, hanno accertato che all'epoca lo 0,7% dei lavoratori italiani era occupato con contratto di lavoro intermittente o a chiamata, per circa centosessantamila lavoratori intermittenti su un totale di ventidue milioni lavoratori, dipendenti ed autonomi. La diffusione dell'istituto registrava un' incidenza ancora maggiore al sud (1,41%) e tra le donne (1,22%). L'ISFOL rileva altresì che il trend d'utilizzo del lavoro intermittente è in rapida crescita.”

cioè delle sole condizioni soggettive del prestatore di lavoro⁷. Inoltre, l'emendamento risolve anche il problema nato dalla precedente formulazione dell'articolo circa la stipula del contratto per gli "under 25". Nella precedente versione il Ministero del Lavoro aveva inteso le parole "fino a" (termine ultimo) come il giorno del compleanno; inoltre, si intendeva che il giovane che avesse stipulato il contratto prima del compimento dei venticinque anni di età, avrebbe potuto fornire le prestazioni anche ben oltre detto limite. Una siffatta lettura, seppur compatibile con il testo della disposizione, non appariva condivisibile a causa degli effetti paradossali che era suscettibile di comportare. Infatti, se tale tesi fosse stata accolta, il contratto di lavoro intermittente a tempo indeterminato stipulato da un soggetto con meno di venticinque anni avrebbe potuto proseguire *sine die*, sino all'età della pensione. Correttamente la norma riformata risolve detto problema ponendo il termine ultimo delle prestazioni contrattuali, comunque entro il venticinquesimo anno di età.

Ulteriori modifiche concernono l'abrogazione dell' articolo 37 del D.Lgs. 276/03, in un primo momento risultava abrogato anche l'articolo 40, ma nella stesura definitiva della Legge 92/2012 non vi è più traccia di tale abrogazione.

Come si è avuto modo di precisare, il contratto "a chiamata" può essere stipulato con o senza l'obbligo di risposta alla stessa. Qualora le parti stabiliscano che il lavoratore debba garantire la propria disponibilità in caso di chiamata il datore deve corrispondere, oltre al normale trattamento economico per i periodi lavorati, anche un'indennità mensile per i periodi di inattività, detta indennità di disponibilità.

Nell'ipotesi di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi nel fine settimana, nonché negli altri periodi predeterminati ed indicati all'art 37, l'indennità va corrisposta solo in caso di effettiva chiamata. In tal caso, fatta salva una diversa disciplina prevista dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere l'indennità precedente e posteriore alla chiamata stessa⁸. Abrogando tale previsione, l'indennità sarà dovuta, se pattuita, anche se non vi è un'effettiva chiamata del lavoratore nell'arco dei periodi predeterminati.

Anche se tale norma andrà ulteriormente ad incidere sull'utilizzo dell'istituto da parte delle aziende, visto il favor per il lavoratore, la modifica appare coerente con il sistema,

⁷ Ministero del Lavoro, nota 12 luglio 2004; Ministero del Lavoro, decreto 23 ottobre 2004; Ministero del Lavoro, circolare 3 febbraio 2005, n. 4. L'esistenza di specifici requisiti soggettivi rende possibile la conclusione di un contratto di lavoro intermittente indipendentemente dalla verifica delle esigenze aziendali.

⁸ Circolare Ministero del Lavoro n. 4/2005

l'indennità è dovuta se il lavoratore è “obbligato” a rimanere a disposizione. Nelle ipotesi di cui all'articolo 37 il lavoratore, nei periodi predeterminati, deve rimanere a disposizione ed ha l'obbligo di risposta e, pertanto, appare adeguato riconoscergli tale indennità.

Come si è avuto modo di vedere, al di là dell'essenziale definizione, il legislatore ha dettato una scarna disciplina di carattere generale, che ha bisogno di essere integrata dalla contrattazione collettiva⁹. Inoltre, all'articolo 40, il legislatore ha affidato al Ministero del Lavoro, seppure in ipotesi limitate, di regolare il contratto “a chiamata” ed il Ministero è intervenuto, con un apposito decreto¹⁰, in via provvisoriamente sostitutiva delle determinazioni della contrattazione collettiva. Sono stati, in tal modo, individuati i casi nei quali è ammessa la stipulazione di contratti di lavoro intermittente, identificabili nelle tipologie di attività elencate nel Regio Decreto 6 dicembre 1923, n. 2657. Si tratta, precisamente, delle «occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia, alle quali non è applicabile la limitazione dell'orario di lavoro sancita dall'art. 1 del decreto - legge 15 marzo 1923, n. 692»¹¹. Nonostante la circostanza che tale norma più che “sostegno e valorizzazione dell'autonomia collettiva” ha comportato un'effettiva sostituzione e compresso molto la contrattazione collettiva¹², la sua abrogazione avrebbe cancellato le attività individuate con il decreto ministeriale del 2004, che, a sua volta, ha rinviato alla tabella allegata al Regio Decreto 6 dicembre 1923, n.2657 e si sarebbe dovuto fare riferimento esclusivamente alle esigenze individuate dalla contrattazione collettiva che, al momento, ricoprono solo in minima parte le esigenze del mercato. Probabilmente, al fine di evitare gli evidenti effetti negativi che, nell'immediato, avrebbe comportato l'abrogazione dell'articolo 40, il legislatore ha deciso di non procedere più in tal senso. Ciò trova esplicita conferma in entrambe le Circolari Ministeriali emanate subito dopo l'entrata in vigore della riforma.

Le suddette circolari hanno, inoltre, entrambe precisato che una lettura sistematica del quadro normativo riformato porta a ritenere demandata alla contrattazione collettiva

⁹ Di disciplina «confusa e contraddittoria, riduttiva delle garanzie del lavoro subordinato e che evoca l'intervento della contrattazione collettiva, assegnandole solo competenze insieme vincolate e marginali» parla D. GOTTARDI, *Lavoro intermittente*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 496 ss.

¹⁰ DM 23 ottobre 2004, in *GU*, 4 novembre 2004, n. 259.

¹¹ M. VINCIGERI, *Il lavoro intermittente o “a chiamata”: natura giuridica e tecniche regolative* in *Dir. Relazioni Industriali*, 2005, 01,117.

¹² F. LISO, *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2004, n. 42, per il quale «non si può negare che, nonostante la ricchezza dei rinvii alla contrattazione collettiva, sia presente un'attitudine di questo legislatore a non fare eccessivo affidamento su di essa».

anche l'individuazione dei periodi predeterminati di cui all' art 37 abrogato, lasciarle alla contrattazione individuale avrebbe reso del tutto prive di significato le altre ipotesi giustificatrici del lavoro intermittente. In realtà tale punto è molto dibattuto in dottrina, sebbene entrambe le circolari ministeriali diano per assodata la conclusione di cui sopra con cui peraltro si concorda. Secondo alcuni Autori¹³ l' abrogazione dell' articolo 37 genera dubbi nell' individuazione dei periodi determinati e, soprattutto, del soggetto deputato ad identificarli non essendo possibile interpretare estensivamente l'incipit dell' art 34 che rinvia alla contrattazione collettiva. A sostegno di tale teoria detta dottrina utilizza l'argomento letterale, in particolare, la presenza del termine “ovvero” che sembrerebbe circoscrivere il ruolo della contrattazione collettiva unicamente alla prima parte dell' art 34.

3. Obblighi di comunicazione e sanzioni

Procedendo con le novità di cui all'art. 1, comma 21, L. 92/2012 quella che maggiormente colpisce questo istituto è prevista dall'introduzione del comma 3 bis all'articolo 35 del più volte menzionato decreto legislativo. La relazione illustrativa recita espressamente: “al fine di rendere più trasparente il ricorso a tale contratto, viene previsto l'obbligo di effettuare una comunicazione amministrativa preventiva con modalità snelle (SMS, fax o PEC), in occasione di ogni chiamata del lavoratore”. Prima di analizzare in concreto quale peso abbia per le aziende una simile previsione è opportuno confrontarla con la disciplina vigente fino a questo momento.

La comunicazione di assunzione va inoltrata al competente Centro per l'Impiego in via preventiva, almeno il giorno prima dell'inizio dell'attività lavorativa. La circolare del Ministero del Lavoro n. 4/2005 ha specificato che il datore di lavoro è tenuto solo alla comunicazione iniziale del rapporto e non anche alle altre successive, perché la “chiamata” riattiva la prestazione in riferimento ad un rapporto quiescente. La riforma ribalta questo orientamento creando un aggravio di non poco conto alle aziende, che si vedono costrette a trovare un sistema di comunicazione di un rapporto di cui l'amministrazione non solo è già a conoscenza, ma ne conosce anche le modalità di svolgimento; tale sistema, comunque, non agevolerebbe gli organi di vigilanza, basti pensare ad un fax inoltrato il venerdì sera, di cui non si avrebbe conoscenza fino al lunedì successivo. Fin qui, però, si potrebbe ribattere che la norma è un utile strumento di contrasto nei confronti di un uso fraudolento di questa

¹³ P.RAUSEI, R.SCOLASTICI “*Il lavoro intermittente*” in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 138 ss

tipologia di contratto, ma quello che lascia francamente perplessi è la durezza della sanzione prevista in caso di mancata comunicazione, sebbene mitigata nell'ultima versione della legge, la violazione non è diffidabile ai sensi della D. Lgs 124/04 e la sanzione amministrativa va da euro 400,00 ad euro 2400,00 in relazione a ciascun lavoratore per il quale è stata commessa la violazione. Prima di tale emendamento la sanzione andava da euro 1.000,00 ad euro 6.000,00 in relazione a ciascun lavoratore.

Tale ammontare era estremamente incongruo rispetto alla violazione, non essendo ammessa la procedura di diffida si trattava, e si tratta anche dopo il suddetto emendamento, di illecito amministrativo non sanabile. Ad una attenta analisi non può sfuggire che, quella in parola, non è un'ipotesi di lavoro "nero" che potrebbe giustificare un ammontare ancora troppo alto: il rapporto di lavoro, come si diceva poc'anzi, è già noto all'amministrazione, si tratterebbe solo di una mancata comunicazione e l'ordinamento, per tali fattispecie, è bene precisarlo, prevede innanzitutto la procedura di diffida e, poi, una sanzione che può variare al massimo dai 100,00 ai 500,00 euro. Non si può non evidenziare che una tale previsione, sebbene mitigata, continua a non essere conforme ai dettami del sistema sanzionatorio vigente per ipotesi simili, sia per la mancata previsione della procedura di diffida, sia per l'ammontare che rimane comunque alto; l'emendamento poteva essere una occasione per adeguare la sanzione prevista per la fattispecie in parola ad una normale mancata comunicazione al Centro per l'Impiego.

Il Ministro ha spiegato che è intento del Governo favorire l'uso dell'apprendistato come contratto principale con cui accedere al mondo del lavoro ed è per questo che ha irrigidito la disciplina degli altri contratti, tra cui quello "a chiamata" ed, inoltre, ha espresso la necessità di intervenire sugli abusi di questo strumento ma, in questo modo, non incide sull'uso distorto dell'istituto bensì lo rende totalmente inutilizzabile visto l'aggravamento burocratico e l'inasprimento delle sanzioni.

Con lo stesso emendamento, però, si introduce un'importante semplificazione all'obbligo di comunicazione in ogni ipotesi in cui è possibile una pianificazione, a medio o a lungo termine dell'attività lavorativa. Il comma 3 bis dell'articolo 35, infatti, prevede l'obbligo della comunicazione prima dell'inizio della prestazione lavorativa¹⁴ o di "un ciclo integrato di prestazioni non superiore a trenta giorni".

¹⁴ La circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 18/2012, nel fornire le prime indicazioni operative, ha chiarito che "prima della prestazione lavorativa" significa anche lo stesso giorno della prestazione purché prima del suo inizio e che la comunicazione può riguardare anche più lavoratori, precisamente

Appena introdotto l'inciso aveva creato non pochi dubbi interpretativi, ci si è chiesti quale fosse la reale portata applicativa della norma e, soprattutto, a cosa si riferisse il termine temporale di 30 giorni; in particolar modo se si dovesse intendere quale termine di durata del contratto a chiamata (una prestazione di 30 giorni) oppure quale termine di durata della sola comunicazione indipendentemente dal numero delle prestazioni effettivamente svolte. Tempestivo è stato l'intervento del Ministero che ha fornito immediatamente indicazioni operative sul punto, infatti, dopo la circolare 18/2012 è stata emanata, in data 1° agosto 2012, la circolare 20/2012 avente ad oggetto esclusivamente le modifiche apportate al contratto di lavoro intermittente. Il Ministero aderisce all'interpretazione più "flessibile" del dato normativo, in particolare "si ritiene che i trenta giorni possano essere intesi quali giorni di chiamata per ciascun lavoratore e non più quale arco temporale massimo all'interno del quale individuare i periodi di attività dello stesso. Potranno essere effettuate comunicazioni anche archi temporali molto più ampi, purché all'interno di essi, i periodi di prestazione non superino i trenta giorni per ciascun lavoratore"¹⁵.

4. Conclusioni

L'uso distorto e l'abuso che si è fatto di questo contratto richiedevano sicuramente un intervento legislativo che ne regolasse l'utilizzo e ne ampliasse la disciplina ma, nel complesso, sebbene con qualche nota positiva, le modifiche apportate dalla riforma appena approvata non rendono sicuramente "più trasparente il ricorso a tale contratto" né ne "ripristinano la funzione originaria".

La disciplina testé delineata lascia scoperti alcuni pericolosi spazi, ad esempio, non è indicato un limite oggettivo oltre il quale il contratto perde i caratteri dell'intermittenza e della discontinuità che dovrebbero caratterizzarlo e diviene un rapporto stabile e continuativo che nulla avrebbe di diverso da un rapporto di natura subordinata. La novella, non prevedendo limiti, lascia al datore di lavoro il compito di non travalicare i confini dell'indeterminatezza e della discontinuità, ed al Giudice l'arduo compito di valutare nel concreto se ciò sia avvenuto o meno¹⁶. Anche in questo senso la L. 92/2012 è una occasione mancata.

identificati, e non è necessario che contenga l'indicazione esatta dell'orario di lavoro; inoltre, detta comunicazione è sempre modificabile o annullabile con una successiva.

¹⁵ così testualmente la Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 20/2012

¹⁶ F.NATALINI *op. cit.*

L'INGRESSO DEI GIOVANI NEL MERCATO DEL LAVORO. UNA LETTURA GIURIDICA E SOCIOECONOMICA DEL NUOVO APPRENDISTATO

Laura Solieri

Dottoranda Fondazione Marco Biagi

Azjo Barani

Dottorando Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. L'apprendistato tra Testo Unico e riforma del mercato del lavoro: cosa è cambiato. - 2. Il nuovo apprendistato tra dubbi e criticità. - 3. La componente formativa dell'apprendistato: riflessioni in tema di disoccupazione giovanile e accesso dei giovani al mercato del lavoro. - 4. Contesto economico, profili etico-sociali e implicazioni metodologiche per una efficace politica di attuazione del nuovo apprendistato.

1. L'apprendistato tra Testo Unico e riforma del mercato del lavoro: cosa è cambiato

Laura Solieri, dottoranda della Scuola Internazionale in Relazioni di Lavoro, Fondazione Marco Biagi

È noto che l'apprendistato rappresenta una tipologia contrattuale la cui affermazione, in Italia, è stata a lungo interessata da luci e ombre e tale alternanza non ha favorito, rispetto a diversi altri Paesi Europei, una definizione condivisa di questo istituto.

Prendendo a riferimento alcuni elementi caratterizzanti il contratto di apprendistato, e precisamente lo status contrattuale degli apprendisti, i diritti degli apprendisti nell'ambito delle vertenze sindacali, i criteri di determinazione della retribuzione, in dottrina¹ è stata recentemente svolta un'interessante analisi comparata tra Italia, Germania, Gran Bretagna, Svizzera, dalla quale si evince che la forma di apprendistato più vicina al modello ideale è quella svizzera, mentre la forma più lontana è quella italiana.

A fronte di un tasso di disoccupazione pari al 10,7%, che ad agosto 2012 rileva che nella fascia 15-24 anni le persone in cerca di lavoro sono 593mila e rappresentano il 9,8% della popolazione, registrando un tasso di disoccupazione pari al 34,5% (senza dimenticare la

¹ P. RYAN, Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro in *DRI*, 2011, n. 4, 913-946.

fascia di inattivi tra i 15 e i 64 anni che registra un tasso di inattività che si attesta al 36,3%), l'intento enunciato all'art. 1 comma 1, lett. b), l. n. 92/2012, di considerare l'apprendistato come "modo prevalente di accesso al lavoro", fa ricadere su questa tipologia contrattuale un'aspettativa che alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Fornero al T.U. sull'apprendistato, corre il rischio di rimanere delusa se ai buoni intenti esplicitati dalla Riforma non seguiranno azioni di politica economica volte a contestualizzare nella realtà italiana la portata di tali disposizioni normative.

Si possono riassumere nei seguenti punti le principali integrazioni introdotte dalla riforma del mercato del lavoro al Testo Unico sull'apprendistato, operate alla luce di un esplicitato intento di potenziare il più possibile il ruolo della formazione, all'insegna di una flessibilità controllata che risponda a una precisa esigenza di stabilizzazione². L'apprendistato si applica ai giovani tra i 18 e i 29 anni, anche in regime di somministrazione a tempo indeterminato, ai lavoratori del settore pubblico e a quelli in mobilità. Si parte dalla definizione dell'obbligo legale (esclusi i datori di lavoro con meno di dieci dipendenti) di stabilizzazione tramite la conferma del 50% degli apprendisti pregressi ovvero del 50% (30% per i 36 mesi successivi l'entrata in vigore della Riforma) dei contratti scaduti nell'ultimo triennio, prima di procedere all'assunzione di nuovi apprendisti (con l'esclusione dal computo dei rapporti cessati durante il periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta causa). Sono previsti: la definizione di 6 mesi quale durata minima del contratto (fatti salvi i rapporti stagionali e le relative eccezioni previste nel Testo Unico solo con riferimento all'apprendistato professionalizzante) e di 3 anni (5 per le figure professionali dell'artigianato stabilite dalla contrattazione collettiva di riferimento) quale durata massima; l'applicazione della tipologia contrattuale in esame anche durante l'eventuale periodo di preavviso, qualora sia stata disposta la risoluzione per termine della formazione³. Con riferimento alle assunzioni decorrenti dal 1° gennaio 2013 è previsto l'innalzamento dall'attuale misura di 1/1 (che si conferma per i datori con meno di dieci

² Per approfondire: G. BONATI, Riforma dei contratti di lavoro: vecchio e nuovo a confronto in GLav, 2012, n. 15; G. CAZZOLA, Flessibilità nella riforma del lavoro: le novità all'esame del Senato in GLav, 2012, n. 23; G. FAVALLI, S. TRIFIRÒ, Apprendistato: contratto dominante per l'accesso dei giovani al lavoro in GLav, 2012, n. 15; E. MASSI, Il nuovo apprendistato dopo la riforma del mercato del lavoro e gli accordi della contrattazione collettiva in G. PELLICANI (a cura di) Riforma del lavoro, Giuffrè Editore, Milano, 2012; P. ROSSI, Riforma del lavoro: giro di vite per i contratti flessibili in GLav, 2012, n. 15; A. VALLEBONA, La riforma del lavoro, Giappichelli, Torino, 2012.

³ Nell'ambito dell'art. 2, comma 1, lett. m), del Testo Unico dell'apprendistato, la l. 92/2012 interviene precisando che nelle ipotesi di recesso esercitato al termine del periodo di formazione ai sensi dell'art. 2118 c.c., «nel periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato».

dipendenti) a 3/2 del rapporto tra apprendisti e lavoratori qualificati e specializzati in servizio presso il medesimo datore di lavoro. Può invece assumere fino a tre apprendisti, quel datore che non abbia alle proprie dipendenze lavoratori qualificati o specializzati, o ne abbia in numero inferiore a tre, mentre continuano a trovare applicazione le norme di maggior favore di cui alla l. n. 443/1985 per le imprese artigiane.

2. Il nuovo apprendistato tra dubbi e criticità

Diverse le criticità sottolineate in dottrina sulla regolazione del nuovo apprendistato, *in primis* riguardo la conferma della scelta di rimettere la disciplina del contratto di apprendistato ad appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di cui si mette in dubbio la correttezza costituzionale, scelta ulteriormente messa in crisi dall'assenza di una disciplina normativa derogante⁴. La contrattazione collettiva di categoria non è ancora a regime per quanto riguarda l'adeguamento al Testo Unico dell'apprendistato dei profili professionali e loro componente formativa e, contemporaneamente, anche il numero delle intese che prevedono una disciplina conforme alle indicazioni del Testo Unico, è ancora piuttosto basso: tutto questo contribuisce non di poco al mancato sviluppo (per ora) dello strumento in esame⁵.

Con riferimento alla delega di poteri in tema di formazione alla contrattazione collettiva per quanto riguarda l'apprendistato professionalizzante, che rappresenta la tipologia più utilizzata “con un contenuto formativo aziendalizzato nel suo approccio e ridimensionato nel suo carico orario, sì da limitarne e sterilizzarne l'uso”⁶, la dottrina⁷ evidenzia nodi irrisolti, richiamando due questioni su cui il Testo Unico non si è espresso: “l'individuazione delle figure professionali che svolgono mansioni di carattere ripetitivo o a bassissimo contenuto professionale per le quali si ritenga ingiustificato il ricorso all'apprendistato o, perlomeno, tale tipologia contrattuale debba essere ristretta entro limiti ridottissimi di durata; i requisiti perché possa riconoscersi all'impresa la capacità formativa”. Come si sottolinea, manca qualsiasi richiamo alle competenze o alla formazione del tutor o referente aziendale, che costituisce la figura principale nel nuovo apprendistato professionalizzante.

⁴ F. CARINCI, L'apprendistato dopo la riforma Fornero in LG, 2012, n.10, 937.

⁵ In www.bollettinoadapt.it, 9 ottobre 2012.

⁶ F. CARINCI, L'apprendistato dopo la riforma Fornero in LG, 2012, n.10, 939.

⁷ P. A. VARESI, Il Testo Unico sull'apprendistato: note sui profili formativi in DRI, 2011, n. 4, 1022-1023.

In dottrina si esalta, in particolare, il ruolo della bilateralità a cui si riconosce un peso determinante nella trasformazione delle scelte politiche del Testo Unico in sistemi operativi.

Nonostante sia stata stabilita la natura a tempo indeterminato del contratto di apprendistato, vi è la previsione di una durata determinata in riferimento alla componente formativa del rapporto, subordinata alla previsione della possibilità di esercitare il recesso di entrambe le parti al termine del periodo di formazione, fatto salvo il preavviso decorrente dal termine del periodo di formazione di cui all'art. 2118 c.c.. Da sempre delicato e oggetto di controversie è il tema del preavviso con riguardo all'apprendistato: il legislatore delegato con la formulazione precedente di cui all'art. 2 c. 1 lettera m) del D.lgs. 167/2011 stabiliva che il preavviso ex art. 2118 c.c. decorreva dal termine del periodo di formazione, per cercare di ovviare ai dubbi di legittimità sorti in precedenza, derivanti dalla previsione dell'avvio del preavviso prima della scadenza del periodo formativo che, di fatto, rendeva quest'ultimo alquanto inutile, inficiando la *ratio* stessa del contratto di apprendistato. Da ciò si evince, richiamando la dottrina⁸, che è faticoso, non solo alla luce di quanto è stabilito dal Testo Unico ma anche dalla neo riforma che ripercorre le sue orme, parlare di percorso verso un'auspicata stabilità, in relazione all'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro tramite l'apprendistato, prima di tutto perché è prevista la possibilità di un licenziamento al termine del periodo di formazione. Non si può inoltre non condividere la perplessità sollevata in dottrina⁹ sul significato da attribuire all'integrazione apportata dalla riforma all'art. 2 c. 1 lettera m) del D.lgs. 167/2011 (“nel periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato”), con riguardo alla scadenza prevista. In particolare, in dottrina¹⁰ ci si interroga in che misura l'interpretazione dell'integrazione introdotta dipenda dal fatto che la scadenza possa scattare automaticamente o subire ulteriori dilatazioni temporali per cause sopraggiunte. Un'altra corrente di pensiero¹¹ si limita ad approvare tale disposizione ritenendola sufficiente a risolvere i dubbi interpretativi scaturiti dalla prima applicazione del d.lgs. n. 167/2011, trattandosi di “precisazione sicuramente utile e scaturita dalla incertezza, da più parti

⁸ T. BOERI, P. GARIBALDI, La riforma è fatta. Lunga vita alla prossima riforma in www.lavoce.info 06.04.2012.

⁹ F. CARINCI, L'apprendistato dopo la riforma Fornero in LG, 2012, n.10, 940.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ E. CARMINATI, M. TIRABOSCHI Apprendistato: novità e conferme in P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI (a cura di) Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, Adapt Labour Studies e-Book series, 2012, n. 2, 72, 76.

sollevata, circa la gestione del rapporto proprio durante i giorni di preavviso che decorrono dallo “scadere” della fase formativa”.

Per quanto riguarda la previsione di una durata minima del rapporto di apprendistato, ovvero sei mesi, un'altra criticità sollevata in dottrina¹² riguarda il fatto che la nuova normativa non è stata accompagnata da un adeguamento del sistema sanzionatorio di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 167/2011 che non si estende, infatti, alle ipotesi contenute in *a-bis*).

3. La componente formativa dell'apprendistato: riflessioni in tema di disoccupazione giovanile e accesso dei giovani nel mercato al lavoro

La funzione *in primis* educativa e a seguire culturale del contratto di apprendistato lo rende uno strumento unico nel panorama contrattuale italiano, la cui valorizzazione, oggi, alla luce della riforma, è demandata alla capacità di Regioni e parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, industriali e sindacati, di saper tradurre nel concreto le potenzialità di questa tipologia contrattuale che per i giovani italiani, che come è noto sono i più inattivi nel contesto europeo, costituisce lo strumento più importante, almeno in linea teorica, di accesso al mercato del lavoro. In dottrina c'è chi non esita, condivisibilmente, a definire “centrale” la valenza educativa e formativa del lavoro che risiede nell'apprendistato, “per contrastare la diffusa incompetenza e recuperare il disallineamento tra la domanda e l'offerta di lavoro”¹³.

A parere di chi scrive, l'aspetto più urgente, in parte ancora irrisolto, a cui guardare per garantire una reale applicazione dell'apprendistato, consiste nelle modalità di accertamento di attuazione del percorso formativo, cioè dell'elemento distintivo dell'istituto che, se inattuato, darebbe origine all'abuso di esso, al quale si ricorrerebbe semplicemente per avere più flessibilità e un minor costo del lavoro. Come si sottolinea in dottrina¹⁴, i risultati ottenuti in questi anni dai sindacati, ai quali il Governo si è rivolto per attivare il monitoraggio, oltre che la normazione, dell'andamento dei contratti di apprendistato, sono sotto gli occhi di tutti: il bilancio che se ne trae non è positivo e i motivi che stanno alla base di ciò sono molteplici e, come individuato in dottrina, spaziano dalla mancanza di forze necessarie da parte dei sindacati a porre in atto quello che è stato loro chiesto, alla mancanza di capacità di fronteggiare la situazione.

¹² E. MASSI, *Il nuovo apprendistato dopo la riforma del mercato del lavoro e gli accordi della contrattazione collettiva* in G. PELLICANI (a cura di) *Riforma del lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 94.

¹³ M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, 180.

¹⁴ T. BOERI, P. GARIBALDI, *Nuovo apprendistato contro lo spreco di capitale umano* in *www.lavoce.info* 20.09.2011.

Incontestabile la posizione dottrinale secondo la quale cambierà poco o nulla rispetto al passato se non si guarda agli esempi offerti da altri paesi europei¹⁵: infatti, fissando una percentuale piuttosto considerevole (il 50%) di lavoratori assunti come apprendisti nel triennio, per i quali si dispone la conservazione del posto di lavoro, e innalzando a 3/2 il rapporto tra apprendisti e lavoratori specializzati e qualificati, si rende la formazione acquisita in azienda un elemento assolutamente collaterale all'attività d'impresa svolta dal lavoratore, facendole perdere quel carattere di autonomia che conferirebbe valore aggiunto all'esterno.

Con riferimento al diritto alla formazione del giovane lavoratore e il diritto dell'impresa ad occuparlo a condizioni per essa convenienti, che costituiscono la ragion d'essere del contratto di apprendistato, si richiama una riflessione espressa in dottrina¹⁶, relativamente datata, risalente al 2007, che a parere di chi scrive risulta ancora particolarmente attuale: nel disciplinare un istituto come l'apprendistato è, oggi, alla luce della riforma, più che mai necessario che le istituzioni coinvolte nella sua regolazione, ovvero Stato, Regioni, parti sociali e impresa, non si ostacolino tra loro ma, al fine di garantire la sopravvivenza e la funzionalità del contratto, tendano alla realizzazione di un "equilibrio ottimale".

La riforma del mercato del lavoro è stata operata all'insegna di una *flexicurity* che le conferisce una forte matrice europea, pur tenendo conto del contesto italiano nella quale si inserisce. Si tratta di una riforma indiscutibilmente orientata all'incremento delle opportunità lavorative, con particolare attenzione all'inclusione dei giovani nel mercato del lavoro, privilegiando appunto lo strumento dell'apprendistato.

Tuttavia, dall'altra parte, abbiamo la riforma delle pensioni, richiesta dall'Europa, che si scontra con la volontà di aumentare l'opportunità d'entrata nel mondo del lavoro espressa dalla l. 92/2012: il *turnover* in questo modo rallenta e i giovani hanno, di fatto, meno possibilità d'entrata anche se questo è un problema che non si deve generalizzare. È cosa nota, infatti, che negli ordinamenti in cui si fa ampio ricorso all'apprendistato la disoccupazione giovanile è assai ridotta (questo vale anche con riguardo al problema dell'inattività), e questo grazie all'utilizzo dell'apprendistato a cui si ricorre in quanto strumento di *placement*, in grado di operare quel necessario raccordo tra formazione e mercato del lavoro che consenta ai giovani di essere proficuamente inclusi¹⁷.

15 F. CARINCI *L'apprendistato dopo la riforma* Fornero in *LG*, 2012, n.10, 940.

16 L. ZOPPOLI, *Apprendistato e multilevel regulation* in *DRI*, 2007, n. 01, 106.

17 M. TIRABOSCHI, *La disoccupazione giovanile in tempo di crisi: un monito all'Europa (continentale) per rifondare il diritto del lavoro?* in *DRI*, 2012, fasc. 2, 421.

Si fa fatica a parlare di inserimento dei giovani nel mercato del lavoro di fronte a una disposizione che stabilisce che per i datori che occupano meno di dieci lavoratori (quindi facendo riferimento alla realtà delle microimprese che in Italia è la più diffusa) il numero complessivo di apprendisti che un datore di lavoro può assumere, direttamente o indirettamente, non può superare il rapporto di 1 a 1 rispetto alle maestranze specializzate e qualificate.

A questo proposito suscita ulteriori perplessità anche la previsione normativa che impedisce di allargare questa tipologia contrattuale alla somministrazione a tempo determinato, ostacolando di fatto l'incremento del ricorso all'istituto, impedendo alle agenzie del lavoro di potenziare su scala nazionale e non solo locale l'apprendistato, senza contare che non sono state efficacemente chiarite le modalità di utilizzo dell'apprendistato in *staff leasing*¹⁸.

Il punto è che una volta che si è cercato di agire sull'offerta è necessario agire anche sulla domanda: in Italia la struttura produttiva, sicuramente nei decenni passati, ha goduto di numerosi vantaggi sia per quanto riguarda la distribuzione della ricchezza che per quanto attiene l'incremento delle opportunità imprenditoriali delle persone, che come tutti sanno hanno portato alla costituzione dei distretti e di filiere lunghe, che hanno permesso di raggiungere una discreta prosperità in diversi territori italiani, che oggi possono risentire più duramente di periodi di crisi come quello che stiamo attraversando.

In queste realtà italiane diventa pertanto difficile utilizzare al meglio uno strumento come quello dell'apprendistato che non può essere goduto appieno nella sua dimensione formativa da parte del lavoratore giovane che opera in contesti aziendali, spesso, oggi alla luce della crisi, costituiti da pochissime risorse e dove le esigenze di sostituzione sono brucianti. Occorre pertanto abbattere le resistenze culturali che considerano l'azienda quale luogo da adibire in via esclusiva alla produzione, separato dal luogo della formazione: occorre operare una compenetrazione tra queste due dimensioni e un abbattimento della tendenza culturale a concepire due luoghi fisici diversi e separati che impedisce di considerare l'impresa come formativa¹⁹: "i due momenti o stanno insieme o si danneggiano a vicenda"²⁰. Il dato normativo conferma e rafforza questa tendenza, contrastando

18 Sul punto cfr. M. TIRABOSCHI *L'apprendistato in somministrazione nella legge n.92/2012 di riforma del mercato del lavoro: una occasione mancata* in DRI, 2012, fasc. 3, 707-718.

19 G. BERTAGNA, *Apprendistato e formazione in impresa* in DRI, 2011, n. 4, 1035-1051.

20 G. BERTAGNA, L. CASANO, M. TIRABOSCHI, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze* in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di) *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, 401.

ambiguamente la volontà espressa in partenza di rilanciare l'apprendistato nelle sue varie tipologie: il mancato richiamo all'articolo 6 del decreto legislativo n. 167/2011 da parte del legislatore della Riforma, infatti, non fa che sottolineare neanche tanto implicitamente la lontananza tra mercato del lavoro e il sistema educativo di istruzione e formazione. Infatti, “tra le sedi dell'apprendimento formale figurano esclusivamente le istituzioni educative tradizionali, mentre il conseguimento dei titoli in apprendistato avviene attraverso l'alternanza di momenti di formazione c.d. esterna e formazione in impresa”²¹.

Non è sufficiente rifondare il diritto del lavoro per porre fine al problema della disoccupazione giovanile: in dottrina²² sono state elencate chiaramente le soluzioni vincenti per sconfiggere questa piaga: creare un sistema educativo di qualità, incrementare il ricorso all'apprendistato, erogare servizi per l'impiego e *placement* universitario/scolastico efficienti, concorrere alla realizzazione di un sistema di relazioni industriali il più possibile cooperativo e stabilire meccanismi di fissazione della retribuzione flessibili.

La stessa previsione del divieto per il datore di lavoro di procedere all'assunzione di nuovi apprendisti nel caso non abbia proseguito il rapporto con almeno il 50% degli apprendisti che abbiano concluso il periodo di formazione nei 36 mesi precedenti la nuova assunzione, come già sottolineato in dottrina²³, svislisce il ruolo che la formazione riveste nel contratto di apprendistato. Il datore di lavoro, infatti, non avrà mai interesse a perdere un lavoratore formato per anni se è nelle condizioni di poterlo impiegare in modo vantaggioso.

Come agire quindi sul sistema imprenditoriale italiano per evitare che uno strumento come l'apprendistato non venga valorizzato adeguatamente? A parere di chi scrive, è forse il caso di ragionare sul fatto che è probabilmente arrivato il momento di cercare di agire sulla dimensione media delle aziende che può essere uno dei modi per realizzare quella funzione sociale che la Costituzione attribuisce alla proprietà privata (art. 42) e che spesso ci si dimentica di leggere insieme ai primi articoli della Costituzione che parlano di eguaglianza sostanziale e di diritto al lavoro.

²¹ *Ibidem*, 392, 393.

²² M. TIRABOSCHI, *La disoccupazione giovanile in tempo di crisi: un monito all'Europa (continentale) per rifondare il diritto del lavoro?* in DRI, 2012, fasc. 2, 414-437.

²³ A. VALLEBONA *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, 26, 27.

4. Contesto economico, profili etico-sociali e implicazioni metodologiche per una efficace politica di attuazione dell'istituto dell'apprendistato.

Azio Barani, dottorando della Scuola Internazionale in Relazioni di Lavoro, Fondazione Marco Biagi

L'intento di questo paragrafo è quello di fornire anzitutto un quadro del contesto economico entro il quale va ad inserirsi l'intervento legislativo di riforma dell'apprendistato, in secondo luogo ipotizzare un primo insieme di condizioni, metodologiche ed etico-culturali, per una efficace politica di introduzione dell'istituto dell'apprendistato.

Dal lato dell'offerta del mercato del lavoro, in particolare del segmento giovanile, il più direttamente interessato alla riforma, è possibile rilevare da una indagine, realizzata dall'Istat, sull'ingresso dei giovani sul mercato del lavoro che un terzo (33,1%) delle persone tra 15 e 34 anni, nel secondo trimestre 2009, è impegnato in un lavoro retribuito e/o in un programma di studio-lavoro quali tirocinio, stage o apprendistato durante il periodo scolastico. Ben due giovani su tre non hanno un contatto con il mondo del lavoro durante il corso degli studi, mentre nel Mezzogiorno il dato è ancora più critico: solo il 18,2% dei giovani ha svolto attività lavorative o programmi di studio-lavoro durante il percorso scolastico²⁴.

Un altro punto critico del contesto riguarda il sistema di intermediazione; quello pubblico, in Italia, risulta piuttosto marginale: le segnalazioni delle scuole, l'attività delle Agenzie per il lavoro e dei Centri per l'impiego supportano l'ingresso solo del 8,3% dei giovani tra 15 e 34 anni non più in istruzione con una punta minima pari al 4,0% nel Mezzogiorno. La maggior parte (55,3%) dei primi ingressi nel mercato del lavoro avviene mediante segnalazione di amici, parenti e conoscenti.

Spostando l'analisi verso la domanda di lavoro, è opportuno mettere in evidenza che, nel 2009, le imprese italiane erano poco meno di 4,5 milioni occupando complessivamente circa 17,5 milioni di addetti e, ancor più significativamente, emerge come il 95% delle imprese aveva meno di 10 addetti (micro imprese) e impiegava il 47% dell'occupazione totale²⁵. Il 21% degli addetti lavorava invece nelle piccole imprese (da 10 a 49 addetti) e il 12,5% nelle imprese di medie dimensioni (50-249 addetti). Soltanto lo 0,08% delle imprese impiegavano più di 250 addetti, assorbendo tuttavia il 20% dell'occupazione complessiva.²⁶

²⁴ ISTAT, *L'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro*. Anno 2009, 30 settembre 2010, Roma.

²⁵ ISTAT, *Struttura e dimensione delle imprese*, 2011, Roma.

²⁶ ISTAT, *L'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro*. Anno 2009, 30 settembre 2010, Roma.

A fronte di un simile contesto di mercato, quali le condizioni per una efficace attuazione dell'istituto, ovvero quali le condizioni, utilizzando un linguaggio vicino all'approccio delle *capabilities* di Sen²⁷ e Nussbaum²⁸, per convertire le opportunità teoriche disegnate dalla riforma in opportunità reali? Il potenziamento della disciplina e della agevolazione contributiva del contratto di apprendistato è la strategia scelta dall'Italia per favorire l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro, in tutte le quattro modalità in cui è stato articolato nella recente riforma che lo sta riguardando, con la partecipazione di tutti gli attori istituzionali e sociali. La nuova riforma sull'apprendistato, nel solco tracciato dal Testo Unico, crea, dunque, una motivazione principalmente esterna alle diverse parti interessate, perché destina risorse monetarie, favorisce la stipula e l'attivazione di regolamenti e di accordi, disincentiva altre tipologie contrattuali²⁹. L'ipotesi qui sostenuta è quella di precisare che le azioni, per essere pienamente e stabilmente efficaci, devono anche essere motivate da fattori intrinseci, come ben argomentato da Livraghi³⁰, e, a mio avviso, relazionali e sistemici nei diversi soggetti oltre, ovviamente, essere influenzate dai fattori esterni. L'apprendistato è un processo che permette di acquisire formazione, esperienza e migliore conoscenza delle potenzialità insite in ciascuna persona e organizzazione. In altri termini, si accetta che l'apprendistato, per essere pienamente e stabilmente efficace, deve essere in grado di generare crescita personale nonché sviluppo economico e sociale.

Sembra, invece, che in Italia si siano create le condizioni esterne ai diversi soggetti e ancora manchi una motivazione intrinseca, relazionale e sistemica che quindi abbia impedito all'apprendistato, in particolare nella sua forma dell'alto apprendistato di formazione e ricerca, di essere una politica attiva pienamente e stabilmente efficace, per contenere la problematica della transizione dalla scuola al lavoro e accrescere le competenze dei giovani. Questa affermazione sembra essere supportata dall'analisi dei dati sull'apprendistato in Italia, dove si può osservare che la forma maggiormente utilizzata è, ad oggi, l'apprendistato professionalizzante³¹. Molte imprese cercano prioritariamente di

²⁷ A. SEN, *L'idea di giustizia*, 2010, Mondadori, Milano. Dello stesso Autore, si possono consultare anche i meno recenti *Etica ed Economia*, 1987, Laterza, Bari, e *La libertà individuale come impegno sociale*, 2003, Laterza, Bari.

²⁸ Si veda in particolare l'ultima opera di M. NUSSBAUM, *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del PIL*, 2012, Il Mulino, Bologna.

²⁹ R. LIVRAGHI, *Giovani e imprese: un incontro possibile?*, 2012, Quaderni di Economia del Lavoro, Fascicolo 97, Franco Angeli, Milano.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ ISFOL, *Monitoraggio sull'apprendistato. XI Rapporto*, 2011, Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione Generale per le Politiche per l'Orientamento e per la Formazione, Roma.

contenere il costo del lavoro, pregiudicando le politiche di sviluppo del personale³² e favorendo il reperimento delle risorse umane dai mercati del lavoro esterni. Data la prevalente struttura produttiva costituita da micro e piccole imprese, la formazione delle risorse umane e il reperimento delle professionalità sono sviluppati nei mercati del lavoro interni solo in una percentuale molto limitata. Le grandi imprese selezionano, formano, valorizzano i lavoratori, ma spesso senza interagire con le Università e quindi sottoutilizzando l'opportunità dell'alto apprendistato. La collaborazione tra lavoratori e impresa sembra, per la maggior parte delle imprese italiane, esaurirsi nei contratti che non richiedono la formazione della persona e della professionalità. Non è concepita, al momento, come un "patto" tra chi trasferisce la propria esperienza (impresa) e chi è consapevolmente motivato a lavorare proprio in quella impresa (apprendista, in particolare con contratto di alto apprendistato)³³, salvo nelle imprese di grandi dimensioni dove però è sino ad oggi avvenuto senza dare una "certificazione" delle competenze e della formazione specifica acquisita, come avviene in Germania. Tanto meno, poi, è concepita, ad avviso di chi scrive, come una "alleanza" tra le due parti appena citate e gli altri attori istituzionali interessati alla piena efficacia della riforma: comunità sociale, sistema educativo e formativo, governo locale e nazionale.

Si riconosce in questa sede, quindi, il contributo positivo della riforma a stimolare ulteriormente le motivazioni estrinseche, ma si vuole altrettanto riconoscere che, per profonde ragioni di natura culturale e istituzionale, siano ancora insufficienti, in particolare in tema di alto apprendistato, le motivazioni intrinseche, relazionali e sistemiche nelle diverse parti interessate, pur potendo rilevare qualche traccia nella giusta direzione. Si ritiene a questo punto meritevole ogni sforzo metodologico, etico e politico per valorizzare questo aspetto di cruciale importanza, solo intravedibile *in nuce*, tenendo presente la cornice legislativa costituita dalla delega che la norma assegna alle Regioni circa l'attuazione operativa degli istituti dell'apprendistato qualificante, tramite norme regionali, e del contratto di alta formazione e ricerca, tramite apposite convenzioni.

Dal punto di vista metodologico, si può partire dall'ipotesi che le aspettative individuali, ovvero le motivazioni intrinseche, dovrebbero entrare in relazione con le motivazioni estrinseche, per generare motivazioni sistemiche e azioni efficaci per lo sviluppo economico

³² S. ALBERTINI, R. LEONI, *Innovazioni organizzative e pratiche di lavoro nelle imprese industriali del Nord*, 2009, Franco Angeli, Milano.

³³ R. LIVRAGHI, *op.cit.*, 2012.

e sociale. Come allora congiungere le aspettative individuali con la razionalità economica e organizzativa? La partecipazione attiva presuppone che si possa realizzare una continua crescita personale che si esprima in azioni consapevoli e responsabili e che le organizzazioni produttive siano in grado di rendersi conto delle capacità proprie e altrui. Il raggiungimento di risultati efficaci richiede che la crescita delle persone sia favorita nell'impresa, nelle scuole, nelle Università e nel contesto istituzionale. L'educazione riguarda la motivazione che la persona attribuisce all'azione e la formazione ha attinenza con la capacità con cui agisce che è la "competenza". Troviamo qui, come si preannunciava poc'anzi, una traccia interessante del progetto di riforma segnata dall'approccio logico-teoretico impiegato nella costruzione dell'assetto normativo; si parla infatti di contratto di apprendistato dopo aver tentato di definire, sistematizzare e articolare il processo che sta, o che dovrebbe stare, alla base del contratto, ovvero l'apprendimento.

La legge di riforma del mercato del lavoro definisce l'apprendimento come il risultato di azioni intenzionali e non, e riconosce che il patrimonio di competenze e saperi deve essere "registrato" e validato. Le forme di apprendimento e di competenze che la persona può acquisire durante l'intero arco di vita lavorativa vengono infatti riconosciute e articolate dalla norma in tre classi fondamentali: accanto a quelle formali, acquisite nell'ambito del sistema di istruzione e formazione, vengono codificate le competenze acquisite in un processo di apprendimento non formale. Si tratta di iniziative educative, di volontariato, del servizio civile e del privato sociale. Infine, la riforma parla di apprendimento informale, che prescinde da scelte intenzionali e che passa attraverso la vita quotidiana e di relazione.

Quelle contenute nei commi 51-61 dell'articolo 4 della riforma rischiano, tuttavia, probabilmente, di restare norme di principio alquanto astratte, seppur coerenti dal punto di vista della logica giuridica, se non troveranno consecuzione in azioni e comportamenti virtuosi tra le diverse parti interessate. È pur vero che tra i principi e i criteri cui si dovrà ispirare la norma, alla cui elaborazione viene delegato il Governo in base all'art. 4, comma 58, della riforma, vengono tra l'altro indicate: l'individuazione e la validazione degli apprendimenti non formali e informali acquisiti dalla persona; il riconoscimento delle esperienze di lavoro. Sarà comunque importante e decisivo verificare, a questo punto, come la rete istituzionale e territoriale dei servizi di istruzione, formazione e lavoro si articolerà e risponderà concretamente agli stimoli normativi, al momento solo teoreticamente ben impostati.

Alla luce di questo quadro normativo, istituzionale, culturale ed economico-sociale, si giunge a ritenere che le motivazioni intrinseche, relazionali e sistemiche, delle diverse parti interessate coinvolte nel processo di transizione scuola-lavoro, potranno, nella prospettiva qui disegnata inserendo quindi componenti etico-valoriali, divenire azioni concrete e responsabili, creando «(com)unità di lavoro», in grado di conseguire due obiettivi. Il primo obiettivo è quello di individuare in maniera condivisa le azioni da compiere insieme, per trovare soluzioni efficaci, per innestare un processo di acquisizione delle competenze (personali, complessive, non solo certificabili) dei giovani, non ancora esperti e non ancora in grado di essere pienamente consapevoli e responsabili, in situazioni date. Il secondo obiettivo è quello di migliorare la conoscenza tra i diversi agenti interessati, per migliorare i processi di transizione e per creare relazioni e azioni economico-sociali innestate sulla fiducia, sulla corresponsabilità e sulla consapevolezza, in vista di un bene-essere comune che non sia la semplice somma di interessi assunti individualmente.

Sul piano più strettamente metodologico, un passo in avanti conseguente alla visione etica delineata, teorico ma con riflessi sul piano pratico, potrebbe essere quello di non considerare più, come unità di analisi e valutazione, i soggetti interessati come individui isolati (o gruppi di interesse isolati), ma coglierli come persone (o gruppi di persone) antropologicamente (ontologicamente) aperti alla relazione con l'altro e alla comunità³⁴ o, quantomeno, immaginare che in determinate situazioni possa scattare tra essi un senso di identificazione e appartenenza che origina un *team*³⁵. È questa idea di *team-thinking* che permette di capire come a volte il processo di deliberazione che porta alle scelte non prende avvio con il quesito: “cosa dovrei fare per raggiungere i miei obiettivi?”, ma piuttosto chiedendosi: “come posso fare la mia parte per raggiungere gli obiettivi del

³⁴ Per una prospettiva filosofica della dimensione relazionale ed empatica rimanderei a tutto il patrimonio di riflessione teoretica, antropologica ed etica, ma anche politica, economica e sociologica, offerto dal pensiero personalista che va da Mounier a Maritain, Ricoeur e Marcel per la tradizione francese, da Guardini a Stefanini, Pareyson, Rigobello per la scuola italiana, da Scheler a Landsberg e Stein per quella tedesca. Di quest'ultima A. segnalo in particolare, per una lettura fenomenologico-personalista, E. STEIN (a cura di M. NICOLETTI), *L'empatia*, 1992, Franco Angeli, Milano. Per una prospettiva più strettamente sociologica si vedano in particolare le opere di P. DONATI, fondatore della sociologia relazionale, mentre nel solco del pragmatismo americano si situa la recente opera di R. SENNETT, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, 2012, Feltrinelli, Milano. Per una prospettiva economico-politica si può risalire all'opera di D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, ove il pensatore scozzese, pur da una postura epistemologica e scientifica (dichiarata) avalutativa, arriva a formulare una teoria sulla natura umana più aperta alla relazione sociale rispetto all'egoismo hobbesiano o mandevilliano, concezione antropologica ripresa successivamente nella *sympathy* del primo A. SMITH della *Teoria dei sentimenti morali*, per arrivare alla scuola dell'umanesimo civile italiano di Genovesi, Muratori, Verri, Beccaria, Filangieri, Dragonetti, fino al recente filone teorico dell'economia civile.

³⁵ A. BARANI, *Soggetti, beni e relazioni*, 2012, seconda edizione, Esculapio Editore, Bologna, in corso di pubblicazione.

gruppo/comunità?». Tale approccio non rinuncia all'idea di individuo, singolo agente, ma la qualifica e la contestualizza. Anche un *team-thinker* continua, infatti, a essere individuo, singolo agente, nelle scelte, sebbene inserito in una entità collettiva, ma tali scelte non sono più solo estrinsecamente razionali in quanto mezzi o strumenti eticamente neutri rispetto a un fine o a un risultato ottimo da raggiungere, ma intrinsecamente razionali in quanto compiute perché partecipanti un fine dotato di un significato intenzionalmente conferito e raggiunto tramite un processo condiviso³⁶, e non solo funzionali all'obiettivo del *team*, ma sistemicamente razionali, in quanto il *team reasoning* - che si situa nell'ambito delle teorie del *wethinking*, sviluppate dal punto di vista della teoria economica a partire dalla *we-rationality*, introdotta da Hollis³⁷ a livello filosofico - si ritiene implichi una qualche forma di reciprocità e relazionalità. Includendo nella razionalità riferimenti valoriali³⁸, ricordiamo la possibilità, rimarcata da Donati³⁹ e Zamagni⁴⁰ (con l'espressione "razionalità relazionale"), che il fondamento ultimo della stessa sia la realizzazione della persona, ovvero la sua "fioritura"; a questo fine, ciascuno dei soggetti di una relazione ha bisogno della necessaria apertura, empatia e riconoscimento da parte dell'altro, recuperando anche, come invita a fare Boella⁴¹, l'immaginazione come organo morale.

Le «(com)unità di lavoro» non possono quindi essere preordinate *a priori*, sulla base di meri calcoli consequenzialistici, ma sono il frutto di azioni comuni partecipate che vanno a svilupparsi sempre più nel corso del tempo e come soluzione arricchente per tutti in un

³⁶ Il fine condiviso potrebbe a questo punto non essere più necessariamente l'*ottimo* teorico *a priori* del modello economico neoclassico, ma più empiricamente *soddisfacente* in base alle informazioni disponibili dal gruppo/comunità secondo il paradigma della razionalità intenzionale e limitata di H.A. SIMON. In particolare dell'A. si vedano *Administrative behavior*, 1947, Macmillan, New York (trad.it. *Comportamento Amministrativo*, 1958, Il Mulino, Bologna), e *A behavioral model of rational choice*, 1955, The Quarterly Journal of Economics, Vol. 69, No. 1, (Feb., 1955), MIT Press, Boston, MA, pp. 99-118.

³⁷ M. HOLLIS, *Trust within Reason*, 1998, Cambridge University Press, Cambridge.

³⁸ Già M. WEBER, ad esempio, nel 1922 in *Economia e Società* introdusse la celebre distinzione tra razionalità secondo lo scopo e razionalità secondo il valore.

³⁹ P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo. La ragione relazionale per un mondo comune*, 2008, Laterza, Roma-Bari. L'A. propone di andare oltre la razionalità occidentale moderna distinta da Weber tra razionalità allo scopo e razionalità al valore, ridefinendo la razionalità come composta di quattro componenti: la razionalità strumentale (efficienza) relativa ai mezzi; la razionalità di scopo (riferita a scopi definiti, altrimenti razionalità di efficacia); la razionalità della relazione (che vede la ragione della relazione attraverso gli effetti che vengono prodotti); la razionalità del valore (che ispira l'azione, e che non ha prezzo). Secondo il suo commento, "l'agire umano ha alla sua base un elemento simbolico, da cui scaturisce la dimensione normativa dell'agire che, servendosi di certi strumenti, opera per realizzare degli scopi situati".

⁴⁰ P.L. SACCO, S. ZAMAGNI (a cura di), *Teoria economica e relazioni interpersonali*, 2006, Il Mulino, Bologna.

⁴¹ L. BOELLA, *Il coraggio dell'etica. Per una nuova immaginazione morale*, 2012, Raffaello Cortina Editore, Milano. Significativo, in merito all'immaginazione, il collegamento che l'Autrice compie con l'empatia: «Per coglierne la fondamentale funzione basti pensare all'empatia: come sarebbe possibile spostarsi dal luogo in cui siamo al luogo in cui sta l'altro, senza immaginazione? Come potremmo capire chi è diverso da noi? L'immaginazione è il vero organo dell'alterità. Grazie ad essa osserviamo nel dettaglio il reale, lo tocchiamo, e ci sporgiamo fuori, apriamo una finestra, formuliamo ipotesi, vediamo il poter essere oltre l'essere già esistente».

processo di continuo miglioramento⁴². L'esito dipenderà dalle capacità etiche dei diversi agenti, ovvero dal concreto esercizio delle loro libertà effettive (negative, positive, sostantive⁴³), nonché dalle loro rispettive competenze⁴⁴. Una politica attiva del lavoro può essere progettata e valutata efficace *a priori* e poi rilevarsi inefficace *a posteriori* per l'incapacità o la mancanza di volontà degli agenti a costituire vere e proprie «(com)unità di lavoro». Ciò, indipendentemente dagli incentivi economici e dai vantaggi individuali di ciascun agente.

Si ritiene quindi importante stimolare proposte metodologiche orientate a favorire l'individuazione di processi partecipativi e continuativi di osservazione, intellesione, valutazione, decisione e azione⁴⁵, finalizzati al miglioramento dei servizi di formazione, orientamento e collegamento tra istituzioni pubbliche, sistema formativo e mercato del lavoro; potrebbe essere in questo senso opportuno risalire a un modello di strategia integrata che possa chiarire il posizionamento attuale della politica attiva e i risultati attesi dal progetto di attuazione, nonché gli indirizzi tattico-operativi per ottenerli.

I fattori di successo, ovvero i risultati attesi delle politiche finalizzate al raggiungimento degli obiettivi strategici determinati attraverso processi di partecipazione attiva alle «(com)unità di lavoro» da parte degli agenti interessati, potrebbero, ad esempio, essere definiti in funzione della capacità di raggiungere crescenti livelli multidimensionali di:

- soddisfazione⁴⁶ *soggettiva* degli agenti interessati (misurata, ad esempio, per i giovani lavoratori, tramite parametri di valutazione soggettiva del grado di corrispondenza tra percorso di studi, aspirazioni professionali ed esperienza di lavoro o apprendistato);

⁴² Per un'ampia e approfondita ricognizione, nell'ambito delle teorie socio-organizzative, delle critiche alla postura epistemologica oggettivistica incline alla razionalità assoluta *a priori* dell'*homo oeconomicus* neoclassico, così come all'opzione soggettivistica incline a una razionalità assoluta *a posteriori*, in vista di un orientamento epistemologico che possa consentire il superamento del dilemma soggettivismo/oggettivismo, si rimanda a B. MAGGI (a cura di), *Interpréter l'agir: un défi théorique*, 2011, Presses Universitaires de France, Paris (trad.it, *Interpretare l'agire: una sfida teorica*, 2012, Carocci, Roma) e a T.M. FABBRI (a cura di), *L'organizzazione: concetti e metodi*, 2010, Carocci, Roma.

⁴³ La distinzione tra libertà positiva (libertà di) e libertà negativa (libertà da) viene affrontata per la prima volta in maniera approfondita nel 1958 da I. BERLIN in *Two Concepts of Liberty*, ristampato in *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, pp. 118-172 (trad. it. *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989). La stessa distinzione viene messa in discussione, però, da alcuni critici di Berlin (vedi, per es., G. C. JR MAC CALLUM., *Libertà negativa e positiva*, in I. Carter e M. Ricciardi (a cura di), *L'idea di libertà*, 1996, Feltrinelli, Milano). Cfr. anche A. SEN, *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2010. Date queste due forme di libertà effettiva come condizioni preliminari e concomitanti, qui si accetta l'introduzione della forma sostantiva (libertà per) in vista di un bene giudicato in quel contesto spazio-temporale più fedele alla dignità e al valore della persona-agente, e quindi della libertà stessa.

⁴⁴ R. LIVRAGHI, *Capitale umano: due paradigmi di analisi economica a confronto*. In Benvenuto G., a cura, *La scuola diseguale. Dispersione ed equità nel sistema di istruzione e formazione*, 2011.

⁴⁵ A. BARANI, *op.cit.*, 2012.

⁴⁶ Si preferisce mantenere una prospettiva epistemologica e metodologica coerente con il paradigma della razionalità intenzionale e limitata di Simon, provando a misurare livelli di *soddisfazione* (desiderata e) raggiunta attraverso processi di azione e decisione governati sulla base delle effettive informazioni disponibili dal

- soddisfazione *oggettiva* degli agenti interessati (misurata, ad esempio, tramite parametri di valutazione oggettiva del grado di corrispondenza tra obiettivi formativi raggiunti dal giovane, competenze certificate ed esperienza di lavoro o apprendistato);
- soddisfazione *sistemica* degli agenti interessati (misurata tramite parametri di valutazione del grado di corrispondenza tra aspettative professionali del giovane lavoratore, obiettivi formativi del percorso di studi progettato dal sistema di istruzione ed esigenze del mercato del lavoro)⁴⁷.

Sul piano dell'azione giuridica, un primo passo concreto in questa direzione, seppur parziale, almeno per consentire una adeguata valutazione della soddisfazione oggettiva che sia propedeutica a una valutazione di efficacia sistemica dell'azione politica complessiva, potrebbe consistere, a mio avviso, nell'impostare e promuovere modelli di certificazione delle competenze maturate durante periodi di lavoro o di apprendistato, anche importando e contestualizzando, per quanto possibile, alcune delle migliori esperienze internazionali, in primo luogo quella tedesca poc'anzi citata. Si ritiene, infatti, in questo senso, che la prospettiva di una successiva fase orientata alla definizione del quadro normativo idoneo a regolare processi di valutazione sistemica dell'azione politica complessiva - auspicabilmente inserito all'interno di una cornice giuridica e istituzionale caratterizzata da modelli partecipativi di rappresentanza attiva di tutti gli agenti interessati - possa aiutare a superare anche i rischi di eventuali distorsioni negative all'interno del processo di certificazione delle competenze, non potendo ritenere, *a priori*, tale processo immune dalla deriva di atteggiamenti opportunistici o formalistici.

Sembra, dunque, possibile concludere che anche per l'apprendistato, o forse proprio a partire dall'apprendistato come porta d'accesso al mercato del lavoro, lo spostamento del sistema valoriale e motivazionale del lavoratore, dell'organizzazione e delle politiche attive del lavoro, verso un orizzonte di bene rispettoso e alleato della effettiva libertà⁴⁸ e

soggetto e dal gruppo/comunità/organizzazione in uno specifico contesto spazio-temporale. Cfr. H.A. SIMON, *op.cit.*, 1947.

⁴⁷ A. BARANI, *Ethical Importance of Improving Strategic Effectiveness of University Placement Services Underpinning Quality and Value of Stakeholders Social Capital and Promoting Respect of Human Dignity*, 2011, Journal for Perspectives of Economic Political and Social Integration, Journal for Mental Changes, Lublin, XVII, pp. 121-146.

⁴⁸ Guardata da differenti angolature richiamate nel presente contributo, possiamo leggere la libertà effettiva anche come «capacità» nell'approccio filosofico-politico di A. SEN (*op.cit.*, 2010) e M. MUSSBAUM (*op.cit.*, 2012), oppure come «razionalità intenzionale e limitata» nella prospettiva teorico-organizzativa di H.A. SIMON (*op.cit.*, 1947).

corresponsabilità⁴⁹ dei soggetti agenti (singoli, sistemi, sottosistemi⁵⁰), permetta, attraverso modelli relazionali e decisionali partecipativi, superando assolutismi consequenzialistici o proceduralistici, la costruzione delle condizioni etiche e metodologiche per lo sviluppo e la realizzazione della persona umana, in ogni stadio della propria vita, inclusa quella professionale, e della comunità stessa anche attorno all'esperienza, alle dinamiche, all'analisi, alle norme e alle politiche del lavoro.

⁴⁹ A. BARANI, *Responsabilità imprenditoriale della persona e responsabilità personale dell'impresa*, 2011, Rivista Prospettiva Persona, n. 75, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli.

⁵⁰ Esemplificando, possiamo intendere in questa sede i singoli agenti come persona, impresa, istituzione, comunità; come sistema, l'insieme persona-impresa-istituzione-comunità; come sottosistemi le possibili combinazioni binarie e ternarie.

TUTELE IN COSTANZA DI RAPPORTO DI LAVORO: CASSA INTEGRAZIONE E FONDI DI SOLIDARIETÀ

Raffaella Pupo

*Dottoranda presso la Scuola Internazionale di Dottorato di Ricerca in Relazioni di Lavoro,
Fondazione "Marco Biagi", Università di Modena e Reggio Emilia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Cassa integrazione straordinaria. - 3. L'integrazione salariale e le procedure concorsuali. - 4. I fondi di solidarietà bilaterali: obbligatori, alternativi, residuale. - 5. I fondi di solidarietà bilaterali alternativi. - 6. Ammortizzatori in deroga. - 7. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

L'ampia varietà di ammortizzatori oggi esistenti, spesso confusi ed intrecciati tra loro per i provvedimenti straordinari, eccezionali e transitori che li hanno contraddistinti oltreché, l'inevitabile ed iniqua distribuzione delle tutele, è stata oggetto di forti discussioni riemerse con la crisi economica degli ultimi anni alla quale la riforma del lavoro c.d. "Monti-Fornero" tenta di dare una soluzione.

La riforma degli ammortizzatori sociali ha avuto come obiettivo principale quello di garantire a tutti i lavoratori criteri omogenei di accesso a tutte le forme di integrazione del reddito e di rendere più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali. In questa auspicata prospettiva di universalizzazione tanto attesa, la riforma ha introdotto in alcuni casi decisive novità (Aspi, fondi sociali bilaterali), evitando in altri, di intervenire significativamente su alcuni istituti (la cassa integrazione ordinaria e straordinaria).

In riferimento al regime delle tutele "interne", il Governo non ha stravolto gli assetti del sistema delle casse integrazioni guadagni, operando per lo più una sorta di manutenzione in tema di integrazione straordinaria e lasciando invariata la disciplina ordinaria. La novità più rilevante appare, invece, l'intervento attuato nei confronti dei settori esclusi dall'ambito di applicazione della cassa integrazione attraverso l'introduzione dei fondi di solidarietà.

2. Cassa integrazione straordinaria

La cassa integrazione guadagni (Cig) rappresenta una forma di intervento pubblico sul mercato del lavoro atta a garantire la sopravvivenza dell'impresa, nonché la salvaguardia dell'occupazione e del reddito dei lavoratori durante periodi di contrazione dell'attività aziendale¹. Nel sistema previdenziale italiano, tale istituto riveste una configurazione del tutto particolare rispetto alle altre assicurazioni sociali. Infatti, la cassa ha un ruolo polifunzionale² in quanto svolge funzioni sia di sostegno all'impresa sia di garanzia del reddito e dell'occupazione. L'istituto, quindi, pur avendo come compito primario quello di sostituire o integrare la retribuzione dei lavoratori sospesi o che prestano attività di lavoro ad orario ridotto, opera anche a vantaggio del datore di lavoro

La Cig può essere ordinaria o straordinaria a seconda della durata e della natura della situazione di difficoltà economica che ne determina l'intervento. In particolare, la cassa ordinaria può essere concessa a fronte di situazioni di mera contrazione dell'attività lavorativa di natura temporanea, invece, la cassa straordinaria è destinata a fronteggiare una situazione di crisi di tipo strutturale oppure può essere concessa in presenza di profondi riassetti del sistema produttivo³.

Quindi, se da un lato la Cigo si configura come uno strumento "micro" di supporto ad un transitorio e breve calo della produttività, la Cigs si presenta, invece, come un mezzo "macro" di accompagnamento ad un ridimensionamento produttivo e strutturale di ampia portata⁴. Infatti, è possibile ricorrere a tale ammortizzatore in caso di sospensione dell'attività lavorativa dovuta a crisi aziendale o settoriale, ristrutturazione (cambiamento di tecnologie), riorganizzazione aziendale, riconversione (cambiamento dell'attività) o in caso di fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria⁵ (vedi *infra*).

Originariamente il Governo aveva ipotizzato di ridurre drasticamente la cassa integrazione guadagni, eliminando del tutto quella straordinaria, ma una tale impostazione

¹ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, TIZIANO TREU, *Diritto del lavoro – il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, 2011.

² M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino 2012.

³ E. NESPOLI, G. ALÒ, TOFFOLETTO, DE LUCA TAMAJO E SOCI, "Il punto sulla cassa integrazione guadagni in attesa della riforma sugli ammortizzatori sociali", in *LEX24*, www.diritto24.ilssole24ore.com

⁴ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, TIZIANO TREU, *Diritto del lavoro – il rapporto di lavoro subordinato*, op. cit. pag. 297

⁵ M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHOLL, *Guida pratica ammortizzatori sociali*, Guida al lavoro, IlSole24 ore, Milano 2010.

è stata immediatamente oggetto di forti discussioni tra partiti, sindacati e associazioni delle imprese.

Il Governo, in ultima istanza, ha deciso di mantenerla in vigore ed anzi ha esteso il suo campo di applicazione⁶ alle categorie di imprese per le quali invece annualmente si disponeva la possibilità di fare ricorso in deroga a tale cassa. Pertanto, all'art. 3, comma 1, della legge n. 92/2012, sono elencate le imprese che a partire dal 1° gennaio del 2013 potranno richiedere il trattamento straordinario di integrazione salariale:

- imprese esercenti attività commerciali con più di 50 dipendenti;
- agenzie di viaggio e turismo con più di 50 dipendenti;
- imprese di vigilanza con più di 15 dipendenti;
- imprese dei settori del trasporto aereo e del sistema aeroportuale a prescindere dal numero di dipendenti.

La suddetta inclusione determina come conseguenza un obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro nella misura del 0,90% delle retribuzioni.

L'inserimento di tali settori ha come obiettivo primario quello di evitare l'utilizzo di provvedimenti ad hoc caratterizzati da ampia discrezionalità (deroghe) che con la recente crisi sono stati emanati per "ammortizzare" il duro colpo che hanno subito anche le imprese appartenenti a settori diversi da quello industriale. Infatti, l'eterogeneità della realtà da tutelare ha spinto il Governo a muoversi inglobando nel consolidato strumento della cassa integrazione i suddetti settori, stabilizzando così l'istituto dell'integrazione salariale anche in settori limitrofi a quello industriale ed evitando il ricorso a proroghe ormai annuali.

In effetti gli ammortizzatori sociali sono tradizionalmente più consistenti nei settori industriali, essendo caratterizzati da un'attività manifatturiera primaria che necessita di costante trasformazione organizzativa e produttiva per mantenere la competizione dei mercati internazionali; scarseggiano invece nel settore terziario a causa delle dimensioni

⁶ Si evidenzia, di seguito, il campo di applicazione della CIGS prima dell'introduzione della riforma in relazione ai limiti dimensionali delle aziende beneficiarie: le imprese industriali, edili ed affini, le imprese artigiane, le imprese appaltatrici di servizi mensa o pulizia che abbiano più di 15 dipendenti mediamente impiegati nel semestre precedente la domanda; le imprese commerciali con più di 200 dipendenti (limite ridotto a 50 dipendenti ai sensi dall'art. 33, comma 23, legge n. 183/2011 e sino al 31 dicembre 2012); le agenzie di viaggio e turismo con più di 50 dipendenti (limite stabilito dall'art. 33, comma 23, legge n. 183/2011 e sino al 31 dicembre 2012); le imprese di vigilanza con più di 15 dipendenti (limite stabilito dall'art. 33, comma 23, legge n. 183/2011 sino al 31 dicembre 2012); le imprese di trasporto aereo. Possono inoltre accedere alla CIGS le imprese che utilizzano o estraggono l'amianto, le imprese dei settori ausiliari connessi o complementari al servizio ferroviario, le imprese editoriali e le agenzie di stampa nonché le imprese cooperative di trasformazione, manipolazione e commercializzazione dei prodotti agricoli e zootecnici. Si precisa, altresì, che il limite dimensionale delle aziende commerciali, agenzie di viaggio e imprese di vigilanza è il risultato di reiterate disposizioni normative rinnovate negli anni.

ridotte delle imprese che vi operano pur rappresentando una grande realtà lavorativa. Gli ammortizzatori sociali sono, quindi, strutturalmente e storicamente correlati alle caratteristiche dei settori a cui si riferiscono e negli anni si sono sviluppati in considerazione delle peculiarità intrinseche di settore (edilizia, agricoltura...)⁷.

La riforma si trova ad operare in un contesto in cui non tutti i settori di imprese hanno tutele ben sedimentate e criteri uniformi di accesso ai trattamenti di integrazione salariale del reddito. Sono, pertanto, necessari importanti cambiamenti per riequilibrare il sistema ed evitare una progressiva migrazione della forza-lavoro (soprattutto di quella più qualificata) verso altri comparti produttivi maggiormente protetti. La riforma tiene in considerazione queste specificità settoriali che sono importanti per costruire un ammortizzatore adeguato per le esigenze delle imprese e dei lavoratori, ma ciò crea inevitabilmente delle differenze (o meglio disparità) di trattamento tra settori mettendo in gioco quel concetto di “equità” che la riforma si era prefissata come obiettivo. *“I meccanismi di protezione dei redditi rispondono ad una logica settoriale conformandosi, anche storicamente, alle esigenze dei diversi sistemi produttivi e quindi il dosaggio tutele interne/tutele esterne non è detto che possa essere realizzato in modo uniforme per tutti i settori”*⁸.

3. L'integrazione salariale e le procedure concorsuali

Per ciò che attiene le procedure concorsuali la legge n. 92 del 2012 dispone all'art. 2, comma 70, l'abrogazione a decorrere dal 1° gennaio 2016 dell'art. 3 della legge 23 luglio 1991, n. 223. L'eliminazione di questa causale di intervento si spiega giacché in questa circostanza i lavoratori sono destinati al licenziamento e la conservazione del posto di lavoro è soltanto momentanea. Quindi, l'integrazione salariale andrebbe a coprire esigenze non connesse al mantenimento del posto di lavoro, ma posticipa soltanto il momento del licenziamento.⁹ Infatti, in quasi tutti i procedimenti concorsuali, non si assiste ad una reversibilità della crisi d'impresa, ma piuttosto ad una cessazione con conseguente risoluzione dei rapporti di lavoro in essere¹⁰. Sulla base di questo nuovo orientamento si evita, così, di gravare artificiosamente sul sistema dei sussidi e si riconduce la cassa alle sole

⁷ G. FERRARO, “Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT – 143/2012

⁸ G. FERRARO, “Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro”, op. cit. pag. 15

⁹ S. SPATINI, “Il sistema degli ammortizzatori sociali: tra novità e conferme”, in Lavoro una riforma a metà del guado a cura di P. Rausei, M. Tiraboschi, www.bollettinoadapt.it, E-book ADAPT, n.1, pag. 186.

¹⁰ J.TSCHOLL, “Variazione del campo di applicazione della cassa integrazione straordinaria”, in Lavoro: una riforma sbagliata, a cura di P. Rausei, M. Tiraboschi, www.bollettinoadapt.it, E- book ADAPT, n. 2, pag. 248

ipotesi di sospensione/riduzione dell'attività con ripresa della stessa. Pertanto, in questa nuova ottica, durante il periodo di vigenza dell'art. 3, legge 223/1991 è stato modificato il primo comma "qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata" con l'espressione "quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare secondo parametri oggettivi definiti con decreto del ministero del lavoro e delle politiche sociali" (art. 46-bis, D.L. n. 83/2012).

Restano, comunque, in vigore l'intervento per le grandi imprese in amministrazione straordinaria previsto dall'art. 7 *ter*, legge n. 236/93 ed anche l'intervento per crisi con cessazione dell'attività dell'intera azienda, di un settore di attività, di uno o più stabilimenti o parte di essi, ex art. 1, comma 1, D.L. n. 249/2004.¹¹

4. Fondi di solidarietà bilaterali: obbligatori, alternativi e residuale

La riforma tenta di riequilibrare il sistema assegnando ad ogni settore di imprese la giusta collocazione; così alcuni settori sono inseriti nella cassa integrazione mentre, per gli altri che non sono destinatari dalla normativa in materia di integrazione salariale, saranno costituiti i nuovi fondi di solidarietà¹² di cui all'art. 3, comma 4 e ss. della legge n. 92/2012.

Il modello di riferimento è rappresentato dai fondi di previdenza complementare¹³, differenziandosi da questi, per l'obbligatorietà della loro istituzione e la conseguente vincolatività di carattere generale nei confronti di tutti i possibili destinatari. Stante l'art. 3, comma 4, della legge n. 92/2012, i fondi di solidarietà risultano costituiti in virtù di atti di autonomia collettiva con la finalità di realizzare una forma di solidarietà di settore, ma tale autonomia negoziale viene poi inglobata all'interno di vari atti di normazione secondaria di competenza del Ministro del lavoro e la gestione operativa delle relative attività dei fondi sarà di competenza dell'Inps. Quindi, i fondi nascono come libera espressione della volontà delle parti sociali per poi subire forti vincoli in relazione alla struttura di base, la

¹¹ D. GAROFALO, "Gli ammortizzatori sociali", in Commentario alla Riforma Fornero a cura di F. Carinci e M. Miscione, supplemento a DPL n. 33/2012, Ipsa

¹² "La stampa li definisce spesso come i nuovi ammortizzatori sociali destinati ad operare per oltre 6 milioni di lavoratori fino a oggi non coperti dalla cassa integrazione guadagni..", D.M. MASSAINI, *I fondi di solidarietà bilaterali: il modello "alternativo"*, in Il Quotidiano Ipsa 05/06/2012

¹³ In effetti, i fondi di solidarietà si differenziano dalle forme pensionistiche complementari "in quanto le prestazioni sono, appunto, complementari a quelle pubbliche, qui, invece, sono sostitutive o meglio supplenti dell'assenza delle stesse". G. SIGILLÒ MASSARA in "Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro", op. cit. pag. 89

contribuzione e le relative prestazioni; il risultato è dunque un intreccio di fonti privatistiche e pubblicistiche che garantisce l'istituzione ed il funzionamento degli stessi.¹⁴

La nascita dei fondi persegue la finalità di assicurare i lavoratori che in costanza di rapporto di lavoro possono avere delle sospensioni o riduzioni dell'attività lavorativa per le stesse cause previste dalla normativa in tema di integrazione salariale ordinaria e straordinaria. Pertanto, così come previsto al successivo comma 5 del medesimo articolo, i fondi di solidarietà saranno istituiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche Sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sulla base di accordi e contratti collettivi, anche intersettoriali, tra le organizzazioni sindacali ed imprenditoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Tali decreti determineranno, sulla base degli accordi, l'ambito di applicazione dei fondi con riferimento al settore di attività, alla natura giuridica e alla classe di ampiezza dei datori di lavoro ed inoltre, le aliquote di contribuzione ordinaria ripartita nella misura di due terzi per il datore di lavoro ed un terzo per il lavoratore.

Come già evidenziato, l'istituzione dei fondi è obbligatoria per tutti i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale in relazione alle imprese che occupano più di 15 dipendenti. Se le parti sociali non provvedono alla stipula di accordi collettivi volti alla costituzione di un fondo, si provvederà, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche Sociali di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ad istituire un fondo di solidarietà residuale¹⁵. Il limite dimensionale dei 15 dipendenti determina, quindi, una netta distinzione tra fondi obbligatori e fondi facoltativi generando dunque *“il problema dell'estensione delle tutele alle imprese di minori dimensioni”*¹⁶. Appare, inoltre, opportuno rilevare che l'obbligatorietà della partecipazione contrattuale stride con il principio di libertà fissato dall'art. 39, comma 1, della Costituzione. Si dovrebbe, pertanto interpretare la lettera della norma non tanto come un “obbligo” da parte delle organizzazioni sindacali di provvedere a costituire i fondi, ma piuttosto intenderla come un “dovere”.¹⁷

14 G. Ferraro, “Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro”, op. cit. pag. 9

15 Si osserva, però, che l'ambito di operatività del fondo residuale è estremamente limitato, in quanto l'unica prestazione erogabile è l'assegno ordinario di importo pari all'integrazione salariale di cui al comma 31 della legge n. 92/2012.

16 M. LAI, “Riforma del mercato del lavoro: prime considerazioni”, in DPL n. 22/2012, Ipsoa.

17 M. Cinelli, “Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro” in il dibattito sulla riforma del mercato del lavoro, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” IT. Di identico avviso è Sigillò Massara in “Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro”, op. cit. pag. 90, che sul concetto di “istituzione obbligatoria” preferisce ricostruire “il vincolo alla contrattazione alla stregua di un onere, atteso che l'effetto della disposizione pare quello di consentire alla contrattazione collettiva la creazione di regimi propri, salvo

Segue: prestazione dei fondi

Si è detto che la finalità principale dei fondi è quella di tutelare i lavoratori dei diversi comparti che restano esclusi dalla normativa in materia di integrazione salariale ordinaria e straordinaria. La riforma prevede che ai lavoratori suddetti spetterà almeno la prestazione di un assegno ordinario di importo pari all'integrazione salariale, di durata non superiore ad un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile¹⁸. Quindi, se la contrattazione collettiva non prevede previsioni di miglior favore, il trattamento erogato dai fondi corrisponde nell'importo all'integrazione salariale¹⁹.

Attraverso la prestazione dell'erogazione dell'assegno di sostegno al reddito, tali fondi realizzano appieno il modello mutualistico-categoriale di tutela contro la disoccupazione nei settori esclusi dagli ammortizzatori sociali. In particolare, si delinea un sistema previdenziale "di mestiere" che rappresenta l'evoluzione del classico modello "assicurativo contributivo" contrapposto ad un modello universalistico tanto auspicato dallo stesso legislatore²⁰.

Altre tipologie di prestazioni possono essere erogate da tali fondi, in considerazione delle ulteriori finalità previste dalla riforma. Questi ultimi, infatti, possono:

- a) assicurare ai lavoratori una tutela in caso di cessazione dal rapporto di lavoro, integrativa rispetto all'assicurazione sociale per l'impiego²¹;
- b) prevedere assegni straordinari per il sostegno al reddito, riconosciuti nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, a lavoratori che raggiungano i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni;

prevedere, in caso di inerzia, la confluenza in un fondo residuale da istituirsi presso l'Inps." Sempre sul concetto di "obbligatorietà" critica è anche S. SPATTINI, in "Il sistema degli ammortizzatori sociali: tra novità e conferme" op.cit. pag. 186: "...Tuttavia, quello che appare contrastare con la loro natura bilaterale è il fatto che l'istituzione degli stessi sia obbligatoria e non lasciata alla autonomia collettiva..."

¹⁸ Si precisa che l'ammontare del trattamento di integrazione salariale (ordinaria e straordinaria) corrisponde all'80% della retribuzione complessiva che sarebbe spettata per le ore non lavorate, fermo restando il massimale previsto di anno in anno dall'Inps.

¹⁹ In riferimento, invece, al limite temporale di concessione dell'integrazione sembrerebbe coincidere con quello previsto dalla normativa ordinaria in tema di integrazioni salariali, "...ma che, tuttavia, più richieste di intervento nello stesso biennio (mobile, cioè calcolato dall'ultima richiesta) possono essere cumulate tra loro solo sino al raggiungimento del limite orario indicato dalla norma (un ottavo delle ore lavorabili nel periodo considerato), analogamente a quanto previsto per l'integrazione ordinaria e straordinaria (rispettivamente 52 settimane nel biennio e 36 mesi nel quinquennio)". G. SIGILLÒ MASSARA in "Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro", op. cit. pag. 92

²⁰ Così quasi testualmente G. SIGILLÒ MASSARA, "Ammortizzatori sociali di fonte collettiva e fondi di solidarietà nella riforma del welfare", CEDAM, Padova 2008, pag. 116.

²¹ Art. 3, comma 12, legge n. 92/2012: Per le imprese nei confronti delle quali trovano applicazione gli articoli 4 e seguenti della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di indennità di mobilità, gli accordi e contratti collettivi con le modalità di cui al comma 4 possono prevedere che il fondo di solidarietà sia finanziato, a decorrere dal 1° gennaio 2017, con un'aliquota contributiva nella misura dello 0,30 per cento delle retribuzioni imponibili ai fini previdenziali.

c) contribuire al finanziamento di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale, anche in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Unione europea.

Segue: gestione dei fondi

Per ciò che riguarda invece, la gestione operativa delle attività relative ai fondi quest'ultima sarà incorporata in quella dell'Inps. I fondi, infatti, costituiscono gestioni dell'Inps e non hanno personalità giuridica. L'Inps dovrà, quindi, farsi carico di provvedere a questa nuova responsabilità in modo tale da rendere operativo ed efficiente il nuovo istituto dei fondi bilaterali. Con l'introduzione di questo ulteriore compito, l'Inps sembra destinato ad espandersi ed assumere dimensioni di entità preoccupanti soprattutto alla luce delle recenti disposizioni normative (l. n. 214/2011) che hanno disposto l'inglobamento dell'INPDAP e dell'ENPALS all'interno dell'Istituto.²²

Ogni fondo sarà gestito da un comitato amministratore²³ nominato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e rimane in carica per quattro anni o per la diversa durata prevista nel decreto istitutivo. Il comitato sarà composto da non più di dieci esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori che hanno stipulato l'accordo o contratto collettivo oltre a due funzionari con qualifica dirigenziale in rappresentanza del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dell'economia e delle finanze.

Le delibere del comitato amministratore sono assunte a maggioranza; in caso di parità prevale il voto del presidente che viene eletto dal comitato stesso tra i propri membri. Alle riunioni del comitato partecipa il collegio sindacale dell'Inps e il direttore (o un suo delegato) dell'Istituto con voto consultivo.

Per tutte le tipologie di fondi (obbligatorio, alternativo, residuale) vige l'obbligo di bilancio in pareggio; in assenza, non è possibile l'erogazione di prestazioni in carenza di disponibilità (art. 3, comma 26). In ogni caso gli interventi a carico delle tipologie dei fondi

²² M.CINELLI, "Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro", op. cit. pag. 23

²³ Art. 3, comma 35, legge n. 92/2012: "Alla gestione di ciascun fondo istituito ai sensi del comma 4 provvede un comitato amministratore con i seguenti compiti: a) predisporre, sulla base dei criteri stabiliti dal consiglio di indirizzo e vigilanza dell'INPS, i bilanci annuali, preventivo e consuntivo, della gestione, corredati da una propria relazione, e deliberare sui bilanci tecnici relativi alla gestione stessa; b) deliberare in ordine alla concessione degli interventi e dei trattamenti e compiere ogni altro atto richiesto per la gestione degli istituti previsti dal regolamento; c) fare proposte in materia di contributi, interventi e trattamenti; d) vigilare sull'affluenza dei contributi, sull'ammissione agli interventi e sull'erogazione dei trattamenti, nonché sull'andamento della gestione; e) decidere in unica istanza sui ricorsi in ordine alle materie di competenza; f) assolvere ogni altro compito ad esso demandato da leggi o regolamenti".

suddetti, sono concessi previa costituzione di specifiche riserve finanziarie ed entro i limiti delle risorse già acquisite.

Di particolare rilievo appare il grosso limite rappresentato dal principio del pareggio di bilancio che sembra minacciare la garanzia dell'effettività della tutela prospettata dai tali fondi. Ancor più grave risulta il successivo comma 30 del medesimo art. 3, con il quale si dispone che in *“in assenza dell'adeguamento contributivo...l'Inps è tenuto a non erogare la prestazione in eccedenza”* mettendo in discussione il fondamentale principio dell'automatismo delle prestazioni previdenziali e contrastando pertanto, con i parametri di cui agli art. 3 e 38 Cost.²⁴. Il sistema dei fondi, quindi, si basa sull'autosufficienza, in quanto pur essendo incardinati presso l'Inps, non sono previsti interventi finanziari da parte dello Stato, essendo l'obbligo di finanziamento a carico soltanto dei soggetti appartenenti all'ambito di applicazione di ciascun fondo bilaterale²⁵. Diverso è il caso della cassa integrazione, in cui, seppur buona parte dell'istituto è finanziata dal sistema delle imprese (tramite un contributo ordinario pagato da tutte le imprese ed un contributo addizionale a carico delle imprese che vi fanno effettivo ricorso) comunque l'esborso pubblico rimane nondimeno rilevante.²⁶

5. Fondi di solidarietà bilaterali alternativi

Tutte le norme sui fondi di solidarietà bilaterali sono collocate nell'art. 3 del testo della riforma all'interno del quale risiedono anche le disposizioni inerenti il “modello alternativo” di fondi bilaterali di cui al comma 14 e ss. Tale ulteriore casistica di fondi è stata aggiunta al testo di legge, nella fase di discussione della riforma in seno alle commissioni, con la precisa finalità di salvaguardare consolidati sistemi di bilateralità che sono già operanti nel mercato del lavoro oltre che tenere in considerazione le peculiari esigenze dei predetti settori, quale ad esempio quello dell'artigianato²⁷. In considerazione delle ridotte dimensioni dei datori di lavoro che operano nei settori ad elevata bilateralità, tale previsione normativa risulta

²⁴M. CINELLI, “Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro”, op. cit. pag. 25 e 27

²⁵ SIGILLÒ MASSARA in “Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro”, op. cit. pag. 91

²⁶ R. DEL PUNTA, Diritto del lavoro, Giuffrè, Milano 2010

²⁷“.. «Abbiamo riconosciuto il valore di alcune esperienze di sussidiarietà del settore dell'artigianato, e quindi c'è sembrato opportuno salvaguardare queste realtà virtuose», così Maurizio Castro (Pdl), uno dei due relatori al disegno di legge Fornero commentando l'introduzione del "modello alternativo", quello appunto artigiano, di fondi di solidarietà bilaterale..”. D.M. MASSAINI, I fondi di solidarietà bilaterali: il modello “alternativo”, in Il Quotidiano Ipsa 05/06/2012

opportuna, poiché altrimenti si rischia di lasciare esclusi dalla tutela gran parte degli operatori di settore che non raggiungono i sedici dipendenti.²⁸

Pertanto, le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, nel termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, possono adeguare le fonti istitutive dei rispettivi fondi bilaterali alle finalità perseguite dai fondi “obbligatori” (di cui in precedenza) prevedendo misure intese ad assicurare ai lavoratori una tutela reddituale in costanza di rapporto di lavoro, in caso di riduzione o sospensione dell’attività lavorativa, correlate alle caratteristiche delle attività produttive interessate.

A differenza di quanto stabilito per il modello obbligatorio, in questa tipologia di fondi viene lasciato agli accordi ed ai contratti collettivi la possibilità di definire:

a) l’aliquota complessiva di contribuzione ordinaria di finanziamento non inferiore allo 0,20%;

b) le tipologie di prestazioni in funzione delle disponibilità del fondo di solidarietà bilaterale;

c) l’adeguamento dell’aliquota in funzione dell’andamento della gestione ovvero la rideterminazione delle prestazioni in relazione alle erogazioni, tra l’altro tenendo presente in via previsionale gli andamenti del relativo settore in relazione anche a quello più generale dell’economia e l’esigenza dell’equilibrio finanziario del fondo medesimo;

d) la possibilità di far confluire al fondo di solidarietà quota parte del contributo previsto per l’eventuale fondo interprofessionale;

e) criteri e requisiti per la gestione dei fondi.

Per ciò che attiene le modalità attuative, al successivo comma 16, si prevede che con decreto, di natura non regolamentare, del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell’economia e finanze, sentite le parti sociali istitutive dei rispettivi fondi bilaterali, saranno dettate disposizioni per determinare: requisiti di professionalità e onorabilità dei soggetti preposti alla gestione dei fondi medesimi; criteri e requisiti per la contabilità dei fondi; modalità volte a rafforzare la funzione di controllo sulla loro corretta gestione e di monitoraggio sull’andamento delle prestazioni, anche attraverso la determinazione di standard e parametri omogenei.

²⁸G. SIGILLÒ MASSARA in “Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro”, op. cit. pag. 94

6. Ammortizzatori in deroga

Il perdurare della crisi e il conseguente fabbisogno di ulteriori risorse ha giustamente consigliato un'applicazione molto graduale della riforma²⁹. Infatti, l'art. 2, comma 64 e ss., della legge n. 92/2012, prevede un periodo transitorio verso il nuovo assetto di ammortizzatori sociali compreso tra gli anni 2013-2016 nei quali è possibile ricorrere ancora ai trattamenti di integrazione salariale e di mobilità in deroga³⁰. Inoltre, la previsione di poter prorogare per successivi 12 mesi tali trattamenti nonché la misura degli stessi (con una percentuale di riduzione in caso di proroghe successive) ricalca quanto già disciplinato in materia negli ultimi anni³¹.

L'obiettivo della riforma è dunque, quello di eliminare, seppur in modo graduale, la concessione in deroga degli ammortizzatori sociali e di tutelare la disoccupazione parziale tramite l'ampliamento del campo di applicazione della cassa integrazione straordinaria e tramite l'introduzione dei "nuovi" ammortizzatori sociali (fondi di solidarietà).

7. Osservazioni conclusive

Al termine del periodo transitorio, gli strumenti di tutela del reddito ai quali le imprese potranno rivolgersi in caso di sospensione o riduzione oraria di lavoro saranno pertanto: la classica cassa integrazione, ordinaria e straordinaria ; i contratti di solidarietà difensivi ex art. 1 della legge n. 863/84³² ed i nuovi fondi di solidarietà, siano essi obbligatori, alternativi e residuale, questi ultimi diretti a costituire una tutela simile a quella della cassa integrazione

²⁹ C. DELL'ARRINGA, "Guida ragionata alla riforma", in Quotidiano del 05/04/2012, pag. 8, Unicolavoro24.

³⁰ Secondo G. SIGILLÒ MASSARA in "Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro", op. cit. pag. 87, il tentativo, seppur molto graduale del superamento della concessione in deroga degli ammortizzatori sociali appare encomiabile; tuttavia non deve sottacersi l'esigenza di vigilare in ordine alla reale scomparsa in futuro delle concessioni in deroga.

³¹ In particolare l'art. 2, comma 66, legge n. 92/2012: "Nell'ambito delle risorse finanziarie destinate alla concessione, in deroga alla normativa vigente, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di integrazione salariale e di mobilità, i trattamenti concessi ai sensi dell'articolo 33, comma 21, della legge 12 novembre 2011, n. 183, nonché ai sensi del comma 64 del presente articolo possono essere prorogati, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. La misura dei trattamenti di cui al periodo precedente è ridotta del 10 per cento nel caso di prima proroga, del 30 per cento nel caso di seconda proroga e del 40 per cento nel caso di proroghe successive. I trattamenti di sostegno del reddito, nel caso di proroghe successive alla seconda, possono essere erogati esclusivamente nel caso di frequenza di specifici programmi di reimpiego, anche miranti alla riqualificazione professionale. Bimestralmente il Ministero del lavoro e delle politiche sociali invia al Ministero dell'economia e delle finanze una relazione sull'andamento degli impegni delle risorse destinate agli ammortizzatori in deroga".

³² In data 23.03.2012 è stata presentata la proposta di legge n. 5085 di iniziativa parlamentare, successivamente assegnata alla XI Commissione Lavoro in sede Referente il 26 aprile 2012, di cui si attende ancora l'espletamento del relativo iter. All'art. 4 della suddetta proposta si prevede la modifica dell'art. 1 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, in materia di contratti di solidarietà con l'obiettivo di valorizzare questo ammortizzatore sociale.

per i settori non rientranti in tale ambito. Con riferimento a quest'ultima tipologia di settori è necessario sottolineare che restano in vigore (giacché la riforma non li prende proprio in considerazione) anche i contratti di solidarietà difensivi ex art. 5, comma 5 e ss., della legge n. 236/93³³ destinati alle aziende escluse dal campo di applicazione della cassa integrazione straordinaria che con la crisi degli ultimi anni sono stati largamente utilizzati.

In considerazione di ciò, anche al termine della riforma "Monti-Fornero", il sistema di tutele in costanza di rapporto di lavoro mantiene sempre la stessa connotazione di prima: la discriminante è l'inclusione dell'azienda (in base al settore o alla dimensione) al regime della cassa integrazione.

Il paradosso è proprio questo. Negli anni gli ammortizzatori sociali sono stati per lo più tarati sulle grandi imprese³⁴, mentre i lavoratori delle piccole-medie imprese sono stati finora ben poco tutelati; eppure siamo un Paese costituito anche da piccolissime imprese, molte con meno di 15 dipendenti (cosiddetto "capitalismo molecolare").

Il nostro sistema ha, inoltre, lasciato molti settori scoperti e altrettanti lavoratori senza tutele fino ad oggi (motivo per cui sono stati largamente utilizzati gli strumenti in deroga). Una considerazione maggiore della realtà produttiva del nostro paese avrebbe probabilmente condotto a focalizzare l'attenzione della riforma su settori di imprese che necessitano di molte tutele pur essendo sottodimensionate.

Al termine della riforma si possono così delineare due macro aree nell'ambito degli strumenti di tutela "interna" contro la disoccupazione parziale: una caratterizzata dalla storica cassa integrazione ancorata alla gestione operativa del Ministero del lavoro ed dell'Inps, ed una di nuova costituzione, i fondi di solidarietà, caratterizzati, invece, da un restringimento della "*vela pubblica per un ampliamento di quella negoziale*"³⁵ attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione delle categorie interessate e che vede al centro

³³ Art. 5, comma 5, legge n. 236/93: "*Alle imprese non rientranti nel campo di applicazione dell'art. 1 del D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, che, al fine di evitare o ridurre le eccedenze di personale nel corso della procedura di cui all'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, stipulano contratti di solidarietà, viene corrisposto, per un periodo massimo di due anni, un contributo pari alla metà del monte retributivo da esse non dovuto a seguito della riduzione di orario. Il predetto contributo viene erogato in rate trimestrali e ripartito in parti uguali tra l'impresa e lavoratori interessati. Per questi ultimi il contributo non ha natura di retribuzione ai fini degli istituti contrattuali e di legge, ivi compresi gli obblighi contributivi previdenziali ed assistenziali. Ai soli fini pensionistici si terrà conto, per il periodo della riduzione, dell'intera retribuzione di riferimento. La presente disposizione non trova applicazione in riferimento ai periodi successivi al 31 dicembre 1995.*"

³⁴ Sul punto anche G. SIGILLÒ MASSARA in "*Le tutele previdenziali in costanza di rapporto di lavoro*", op. cit. pag. 84, sostiene che le integrazioni salariali, sia ordinarie che straordinarie, nel tempo hanno di fatto tutelato le imprese industriali di medie-grandi dimensioni, lasciando fuori da qualunque protezione tanto il terziario, quanto la micro impresa che caratterizza il nostro tessuto produttivo.

³⁵ D. GAROFALO, "*Gli ammortizzatori sociali*" in Commentario alla riforma Fornero, supplemento a DPL n. 33/2012, pag. 172, Ipsoa

della gestione operativa soltanto l'Inps. Dunque, la valorizzazione della previdenza cosiddetta contrattuale è il vero elemento di novità nella riforma delle tutele "interne" al rapporto di lavoro³⁶. Tale previsione normativa di "delegare" alle parti sociali la costituzione di fondi di solidarietà per tutelare i lavoratori in caso di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, è il tentativo di universalizzazione delle tutele che la riforma si era prefissato.

³⁶ M. SQUEGLIA, L. TADINI, "Il raccordo tra riforma delle pensioni e riforma del lavoro negli ammortizzatori sociali e negli interventi in favore dei lavoratori anziani", in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè Editore, Milano 2012.

ATTUAZIONE DEL DIRITTO AL LAVORO DEI DISABILI: UNA RIFORMA A METÀ

Eleonora Balocchi
Dottoranda Fondazione Universitaria "Marco Biagi"

SOMMARIO: 1. Breve introduzione ed inquadramento. - 2. La quota di computo: chiarimenti sulle categorie interessate. - 3. L'istituto dell'esonero: una modifica rimandata. - 4. Una nuova mansione per gli Uffici competenti ex art. 4 d. lgs. 469/1997. - 5. Conclusioni.

1. Breve introduzione ed inquadramento

Il comma 27 dell'articolo 4 (Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro) della legge n. 92/2012 si concentra prevalentemente sulla regolamentazione di alcuni commi della legge di riferimento per il c.d. "gruppo H", ossia la Legge 12 marzo 1999, n.68, "Norme per il diritto al lavoro dei disabili", agendo su particolari disposizioni concernenti l'inserimento occupazionale delle persone diversamente abili, nello specifico relative al computo della base di calcolo per le quote di riserva ed ai servizi per il collocamento,, oltre che esonerative¹.

Dato di fatto è che la normativa inerente il diritto al lavoro rivolta al "gruppo H" richiede una revisione ed un indubbio adattamento alle necessità di un mercato del lavoro in evoluzione, anche se le modifiche apportate dal comma in analisi sono da ritenersi flebili e sicuramente non risolutive. Tuttavia, al fine di individuare comunque spunti di riflessione interessanti, nel proseguo di questo contributo si analizzerà il comma 27 dell'articolo 4, con esclusivo riferimento alla parte concernente i soggetti diversamente abili, approvato recentemente nella sua versione definitiva dai due rami del Parlamento, cercando di descrivere peculiarmente le modifiche apportate alla situazione attuale.

¹ Per un'interessante disamina della l. n. 68/1999, cfr. LIMENA F., *L'accesso al lavoro dei disabili*, C.E.D.A.M., Padova, 2004.

2. La quota di computo: chiarimenti sulle categorie interessate

La lettera a) del comma 27, l. n. 92/2012 agisce sull'art. 4 della L. n. 68/1999, sostituendo il primo periodo del primo comma dello stesso, il quale, già nella formulazione originaria², si occupa della definizione delle linee guida per calcolare la "base di computo", necessaria agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da inserire nella singola organizzazione.

Nel nuovo comma, inserito dalla Riforma, innanzitutto viene esplicitato che "sono computati di norma tra i dipendenti tutti i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato"; infatti spariscono dal precedente elenco dei soggetti non computabili "i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi". Inoltre, accanto ai soci di cooperative di produzione e lavoro ed ai dirigenti, già indicati nel primo comma dell'articolo 4 ante-Riforma, vengono precisate altre categorie escluse dal computo della base di calcolo per definire la quota di riserva, inglobando nelle disposizioni della legge 68 anche gruppi di lavoratori già individuati in disposizioni successive al 1999, riordinando la normativa presente e districando, almeno in parte, i dubbi interpretativi.

Primo gruppo richiamato sono i lavoratori assunti con contratto di inserimento, il quale non veniva indicato nella formulazione precedente del periodo, benché venisse escluso ex lege un gruppo assimilabile, seppur soltanto in ristretta parte, ovvero i lavoratori assunti con contratto di reinserimento (art. 20, c. 4, L. n. 223/1991³).

Secondo gruppo escluso dal computo è quello dei lavoratori occupati con contratto di somministrazione presso l'utilizzatore che, ai sensi dell'art. 22, c. 5, D. Lgs. n. 276/2003⁴, non vengono computati "nell'organico dell'utilizzatore ai fini della applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro".

Ulteriori categorie già escluse precedentemente, ma esplicitate nel comma della Riforma in analisi, sono quella dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a domicilio od

² L. n. 68/1999, art. 4, c. 1, I periodo: "1. Agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, non sono computabili tra i dipendenti i lavoratori occupati ai sensi della presente legge ovvero con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi, i soci di cooperative di produzione e lavoro, nonché i dirigenti."

³ Legge 23 luglio 1991, n. 223 "Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro".

⁴ Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276 "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

in modalità di telelavoro che, se disabili, sono computabili a copertura della quota di riserva, purché svolgano una quantità di lavoro corrispondente al normale orario di lavoro; oltre ai lavoratori assunti per attività da svolgersi all'estero, per il periodo corrispondente alla durata di tale attività ed ai soggetti impegnati in lavori socialmente utili assunti ai sensi dell'articolo 7 del d. lgs. 81/2000⁵, i quali ex art. 7, c. 7, vengono assimilati ai lavoratori assunti con contratto di reinserimento (art. 20, c. 4, L. n. 223/1991⁶).

Altre categorie oggi esplicitamente escluse dal computo della quota di riserva sono: i lavoratori che aderiscono al programma di emersione, ai sensi dell'articolo 1, c. 4-bis, della L. n. 383/2001⁷; oltre al fatto che vengono mantenute tutte le ulteriori esclusioni previste dalle discipline di settore.

Per completezza, si puntualizza che, i soggetti di cui all'art. 18, c. 2, L. n. 68/1999 (orfani e coniugi superstiti di coloro che sono deceduti per causa di lavoro, di guerra o di servizio, coniugi e figli dei soggetti riconosciuti grandi invalidi per causa di lavoro, di guerra o di servizio, profughi italiani rimpatriati, familiari delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata), vengono esclusi dalla base di computo nei limiti della percentuale prevista dalla legge nel medesimo art. 18, c. 2⁸. Sono altresì esclusi dalla base di computo e calcolati nella quota di riserva: i lavoratori disabili occupati ai sensi della stessa L. n. 68/1999, nonché quelli in forza avviati ai sensi della normativa precedente⁹. Vengono considerati allo stesso modo anche i lavoratori già assunti divenuti inabili nello svolgimento delle proprie mansioni per infortunio o malattia (i c.d. invalidi civili), che abbiano subito una riduzione della capacità lavorativa in misura pari o superiore al 60% (art. 4, c. 4, L. n. 68/1999 e art. 3, c. 2, D.P.R. n. 333/2000¹⁰); questi ultimi soggetti sono tuttavia inclusi nella base di calcolo e non sono quindi computabili nella quota di riserva, qualora la loro inabilità sia dipesa da una violazione del datore di lavoro delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro, accertata in sede giudiziale, o qualora si tratti di:

⁵ Decreto Legislativo 28 febbraio 2000, n. 81 "Integrazioni e modifiche della disciplina dei lavori socialmente utili, a norma dell'articolo 45, comma 2, della legge 17 maggio 1999, n. 144".

⁶ Cfr. Nota 3.

⁷ Legge 18 ottobre 2001, n. 383 "Primi interventi per il rilancio dell'economia".

⁸ Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, risp. a interpello n. 6/2008.

⁹ Legge 2 aprile 1968, n. 482 "Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private".

¹⁰ Decreto del Presidente della Repubblica 10 ottobre 2000, n. 333 "Regolamento di esecuzione per l'attuazione della legge 12 marzo 1999, n. 68 recante norme per il diritto al lavoro dei disabili".

- lavoratori già invalidi prima della costituzione del rapporto di lavoro, anche se assunti al di fuori delle procedure che regolano il collocamento obbligatorio (Ministero del lavoro circ. n. 66/2001)¹¹;
- lavoratori divenuti inabili successivamente all'assunzione per infortunio sul lavoro o malattia professionale (i c.d. invalidi del lavoro), che abbia comportato un grado di invalidità superiore al 33% (art. 3, c. 4, D.P.R. n. 333/2000);
- lavoratori assunti ai sensi della L. n. 686/196112 (massaggiatori e massofisioterapisti ciechi), nonché della L. n. 113/198513 (centralinisti non vedenti e figure equipollenti ex D.M. LL.PP. 10 gennaio 200014) e della L. n. 29/199415 (terapisti della riabilitazione non vedenti).

Come accennato poco sopra, grazie a questa modifica il Legislatore ha riordinato la normativa presente e districato, almeno per ciò che concerne la parte della definizione della quota di computo, i dubbi interpretativi. Questi risulta essere un elemento apprezzabile, forse l'unico di rilievo, relativamente all'azione apportata sulla norma particolare, regolante l'effettiva attuazione del diritto al lavoro per le persone diversamente abili.

3. L'istituto dell'esonero: una modifica rimandata

La lettera c) del comma in analisi, ampliando l'articolo 5 (comma ottavo) della l. n. 68/1999, inserisce una disposizione programmatica, tramite la quale, al fine di evitare abusi nel ricorso all'istituto dell'esonero dagli obblighi di assunzione obbligatoria e di garantire il rispetto delle quote di riserva, il Governo si prefigge in un periodo temporale definito e mediamente stringente (due mesi dall'entrata in vigore della Riforma), di giungere alla ridefinizione dei procedimenti relativi agli esoneri, i criteri per la loro concessione, ed il potenziamento delle attività di controllo da emanare tramite un Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali (art. 17, c. 3, L. n. 400/1988).

¹¹ Circolare Ministeriale - Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale - Direzione Generale per l'impiego - Divisione III - 10 luglio 2001, n. 66 "Disciplina generale del collocamento obbligatorio - Assunzioni obbligatorie. Indicazioni operative in materia di accertamenti sanitari e di assegno di incollocabilità." (Prot. n. 1151/M13).

¹² Legge 21 luglio 1961, n. 686 "Collocamento obbligatorio dei massaggiatori e massofisioterapisti ciechi".

¹³ Legge 29 marzo 1985, n. 113 "Aggiornamento della disciplina del collocamento al lavoro e del rapporto di lavoro dei centralinisti non vedenti".

¹⁴ Decreto Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 10 gennaio 2000 "Individuazione di qualifiche equipollenti a quella del centralinista telefonico non vedente, ai fini dell'applicazione della legge 29 marzo 1985, n. 113, ai sensi di quanto disposto dall'art. 45, comma 12, della legge 17 maggio 1999, n. 144".

¹⁵ Legge 11 gennaio 1994, n. 29 "Norme in favore dei terapeuti della riabilitazione non vedenti".

Risulta assai interessante osservare che, a seguito dell'approvazione di un emendamento durante l'iter di discussione al Senato, è stato inserito un elemento rilevante, ed in un certo senso innovativo per la particolare sfera della disabilità, necessario all'emanazione del decreto: il preventivo ascolto della Conferenza Unificata ex art. 8, d. lgs. 281/1997¹⁶, che potrebbe costituire un notevole punto di confronto o, per lo meno, di stimolo per il Governo.

Tornando al focus della disposizione: seppur si tratti di un argomento "caldo", sugli esoneri la giurisprudenza si è pronunciata svariate volte e, sintetizzando gli orientamenti della Corte di Cassazione, si possono individuare alcuni punti fermi che prevedono una discrezionalità mediamente ampia per i datori di lavoro e sulla quale quindi potrebbero essere inserite delle regolamentazioni più stringenti. Innanzitutto si deve tener salda la premessa secondo cui le pronunce della Corte sono volte allo scopo di contemperare il diritto al lavoro della persona diversamente abile, da un lato, con il potere/dovere del datore di lavoro, oltre che con la produttività dell'azienda, dall'altro¹⁷. Al fine di perseguire questo obiettivo complesso, le sentenze della Suprema Corte si sono orientate, già a partire dallo scenario normativo antecedente l'entrata in vigore della l. n. 68/1999 (continuum avvalorato anche dalla Sentenza Corte di Cass. n. 13960/2002, in cui si precisava l'applicabilità delle sentenze precedenti anche nel nuovo contesto normativo), sul concetto di "collocamento funzionale della persona nell'azienda" (Sentenza Corte di Cass. n. 9981/2000¹⁸), ribadito poi in svariate pronunce (tra le altre, v. Sentenze Corte di Cass. Nn. 13960/2002 e 6017/2009¹⁹), e l'obbligo a procedere alla costituzione di un contratto di

¹⁶ Decreto Legislativo 28 agosto 1997, n. 281 "Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato - città ed autonomie locali".

¹⁷ Per una disamina interessante, cfr. <http://www.cpaonline.it/>.

¹⁸ La S.C., oltre a ribadire la "non-qualificazione" della richiesta numerica, ha affermato l'obbligo del datore di lavoro "[...] di reperire, all'interno dell'azienda e nei servizi accessori e collaterali all'attività produttiva, mansioni 'compatibili' con la minorazione e la categoria di appartenenza del lavoratore avviato [...]. Peraltro, in questa cornice, la stessa giurisprudenza di questa Corte esclude che al datore di lavoro debba farsi carico di adeguare l'assetto produttivo e l'organizzazione aziendale in funzione delle particolari esigenze dell'invalido sostenendo ingiustificati costi aggiuntivi [...] o di far confluire in una sola posizione di lavoro mansioni che, con altre più complesse, rientrano nei compiti di altri lavoratori [...]. Costituisce, infatti, un limite all'occupazione dell'invalido e delle altre categorie protette (risultando pertanto legittimo il rifiuto di assunzione) la possibilità che il suo impiego concreto sia pregiudizievole per lui, per i compagni di lavoro o per la sicurezza degli impianti, secondo quanto prevede l'articolo 19 della legge in argomento, ma da valutare anche in relazione al disposto dell'articolo 2087 [...]".

¹⁹ In tema di assunzioni obbligatorie, la S.C. ha affermato la legittimità del rifiuto datoriale di assumere un lavoratore avviato con qualifica diversa da quella richiesta o da quelle similari, in mancanza di previo addestramento o tirocinio del lavoratore.

lavoro con la persona con disabilità (intesa come “prestatore di lavoro”, sempre che vi siano nell'azienda posizioni compatibili con il suo stato di salute). Conseguentemente, da un lato, il datore di lavoro è tenuto ad attribuire al soggetto diversamente abile mansioni compatibili con lo stato di salute individuale; dall'altro, tuttavia, può essere esonerato dall'inserimento occupazionale del soggetto, in quanto non tenuto né a modificare o ad adeguare l'organizzazione aziendale alle condizioni di salute del lavoratore, né tantomeno a sostenere costi aggiuntivi, creando per lui un posto nuovo e dedicato (ad esempio, come frutto della concentrazione in una sola unità di mansioni non difficoltose già svolte all'interno dell'organizzazione, poiché facenti parte dei compiti di altri lavoratori).

La questione risulta estremamente spinosa, in quanto, essendo poco diffusa una corretta “cultura dell'handicap”, molti datori di lavoro (tanto più in una realtà costellata di piccole e medie imprese, perlomeno a conduzione familiare, com'è quella italiana) si nascondono, o perlomeno tentano di nascondersi, dietro l'istituto dell'esonero per eludere l'obbligo d'inserimento (già limitato alle imprese con una base di computo superiore a 15 unità).

Si auspica, perciò, che le disposizioni potenzialmente generabili in base a questo punto della riforma, delle quali non si conosce ancora nulla (seppur –come purtroppo prevedibile, data la criticità del periodo storico-economico e la peculiarità della materia– il termine temporale di due mesi sia già trascorso), siano orientate ad una definizione chiara ed alla risoluzione, per quanto possibile, della questione. In tale prospettiva, indipendentemente dal ritardo, il vincolo di emanare tale decreto soltanto una volta “*sentita la Conferenza unificata*” è sicuramente interessante e, probabilmente, può rappresentare un precedente importante ed un esempio di confronto necessario relativamente alla tematica dell'inserimento lavorativo in situazione di handicap.

4. Una nuova mansione per gli Uffici competenti ex art. 4 d. lgs. 469/1997

La lettera d) del comma 27, infine, agisce sul primo comma dell'articolo 6, L. n. 68/1999. In questo caso, tramite l'aggiunta di un periodo, viene ampliata la responsabilità degli organismi individuati dalle regioni ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469²⁰. Ai già attribuiti compiti più squisitamente burocratici (l'avviamento lavorativo, la tenuta delle liste, il rilascio delle autorizzazioni, degli esoneri e delle compensazioni territoriali, la stipula delle convenzioni e l'attuazione del collocamento

²⁰ Decreto Legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 "Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro, a norma dell'articolo 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59".

mirato), di programmazione, attuazione e verifica degli interventi volti a favorire l'inserimento occupazionale dei soggetti protetti dalla l. n. 68/1999, si affianca un nuovo compito di "controllo e comunicazione". Secondo la lettera della legge, infatti, gli Uffici competenti saranno tenuti ad una comunicazione almeno mensile alla preposta Direzione territoriale del lavoro, effettuabile anche per via telematica, relativamente al mancato rispetto degli obblighi di assunzione obbligatoria (art. 3, l. n. 68/1999) e del ricorso agli esoneri, ai fini della attivazione degli eventuali accertamenti.

Tali istituti, o come definiti dalla norma "uffici competenti", risultano ad oggi estremamente sottovalutati, anche a causa dello scarso potere di cui dispongono. Nella pratica, infatti, i compiti svolti sono, come asserito poco sopra, prettamente burocratici, tuttavia tali uffici risultano sicuramente una preziosa risorsa di competenze e conoscenze da utilizzare al meglio.

5. Conclusioni

Al termine di questa sintetica trattazione del comma 27, contenuto nell'articolo 4 della recente riforma del mercato del lavoro, si può affermare che, seppure si tratti di una disposizione che vuole riordinare aspetti peculiari e confusi della regolazione generale riguardo la "diversa abilità" occupabile, esso modernizza ben poco, se non per nulla, la regolamentazione del diritto al lavoro dei disabili. Ciò che servirebbe davvero, come sostenuto da molto tempo ormai, e non solo dalle Organizzazioni preposte alla difesa dei diritti delle persone con disabilità, sarebbe un vero e deciso piano di incentivazione all'inserimento in contesti protetti o di open market, a seconda della singola situazione, al fine di valorizzare una diversità sul luogo di lavoro che, come sostenuto da tanti sia a livello nazionale che oltre confine, porterebbe innumerevoli vantaggi alle singole organizzazioni (profit e no profit), oltre che alla società ed alle politiche pubbliche in generale. A tal fine, rimarrebbe auspicabile un confronto sociale serio, che comprenda tutti i soggetti interessati, a partire dal settore pubblico, passando per il mondo dell'imprenditoria e quindi delle associazioni datoriali, fino a giungere alle rappresentanze sindacali ed agli attori del terzo settore e dell'associazionismo rappresentante il mondo della disabilità, affinché gli sforzi di tutti portino alla definizione di indicazioni regolamentative²¹ al passo con i tempi e

²¹ Cfr TESTA M., *Le 'diverse abilità' tra efficienza organizzativa ed efficacia sociale: lo Stakeholder Engagement approach* in METALLO G., MIGLIACCIO G., RICCI P., *La Risorsa Umana 'diversamente abile' nell'economia dell'azienda: disability management e accountability*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, 277, secondo cui, "la risposta a tali tematiche [...] deriva da un allineamento di intenti tra le diverse istituzioni che hanno lo scopo dichiarato di perseguire

veramente atte ad un inserimento proficuo della “caratteristica H” nelle diverse organizzazioni²².

l'obiettivo dell'efficacia sociale, creando le condizioni necessarie a ridurre l'impatto degli "oneri sociali", derivanti dalle attività economico-imprenditoriali. In altre parole, ciò significa garantire che gli interessi che ruotano attorno alle organizzazioni economiche siano composti in maniera equa e soddisfacente, nel rispetto sia delle normative vigenti sia dei valori diffusi e generalmente condivisi dalla collettività di appartenenza. In tale ottica, gli approcci manageriali delle imprese dovranno essere volti a recepire tali indicazioni con estrema lungimiranza, non necessariamente appellandosi ad un categorico imperativo morale, ma in funzione di un adeguato livello di efficienza organizzativa e di mercato."

²² Tra i vari contributi in tal senso, cfr. International Labour Office, *Managing disability in the workplace - ILO code of practice*, I.L.O., Ginevra, 2002 (disponibile online in <http://www.ilo.org/>): "4.1.3. Where employers rely on agencies for the management of recruitment, the competent authorities could collaborate with employers' organizations, relevant organizations of persons with disabilities and advertising associations to develop advertising practices which attract applications from jobseekers with disabilities."

L'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE CON APPORTO DI LAVORO: UNA BREVE RICOGNIZIONE DELL'ISTITUTO

Massimiliano Vaccari
*Dottorando di ricerca in Relazioni di lavoro*¹

SOMMARIO: 1. Nozione. - 2. Il limite massimo dei tre associati. - 3. L'effettiva partecipazione agli utili, la consegna del rendiconto e le competenze dell'associato. - 4. Il "non regime" transitorio. - 5. Le stipule successive e il consenso del precedente associato. - 6. La qualifica imprenditoriale dell'associante e il rapporto di parentela/affinità dello stesso con gli associati.

1. Nozione.

L'istituto dell'associazione in partecipazione è regolato negli articoli 2549 e ss. del codice civile e, come classicamente viene ricordato², è quel contratto con il quale una parte, l'associante, attribuisce ad un'altra, l'associato, il diritto ad una partecipazione agli utili della propria impresa o, di uno o più affari determinati, dietro il corrispettivo di un apporto da parte dell'associato. Tale apporto, secondo la giurisprudenza prevalente, può essere di natura patrimoniale ma potrà anche consistere nell'apporto di lavoro o nell'apporto misto capitale e lavoro.³

Si tratta quindi di un contratto di scambio, sinallagmatico, essenzialmente caratterizzato dall'aleatorietà della quota di utili attribuita all'associato in cambio del suo apporto.

Come meglio sarà evidenziato in seguito, l'associante rimane ovviamente titolare dell'impresa e come tale è l'unico soggetto a cui siano riferibili i rapporti giuridici nei confronti dei terzi, mentre nei rapporti tra associante e associato quest'ultimo assume su di sé il rischio di impresa, influenzando, come detto, gli esiti degli affari dell'impresa direttamente sul proprio compenso, fatte salve le eventuali forme di controllo previste dal contratto in suo favore (artt. 2551 e 2552 c.c.).

¹ Massimiliano Vaccari è ispettore del lavoro per il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, le opinioni espresse nel presente articolo sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per il Ministero di appartenenza.

² Così, ad esempio, CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, Contratti, Titoli di credito, Procedure concorsuali*, Utet, 1999, p. 220

³ Vedi in argomento: Cass. 18 febbraio 2009, n. 3894; Cass. 10 giugno 2005, n. 12261; Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420; Cass. 23 gennaio 1996, n. 503.

L'associato, salvo patto contrario, partecipa tanto alle perdite quanto agli utili, sebbene le perdite non possano superare il suo apporto. In tale ottica diviene fondamentale il diritto al rendiconto annuale della gestione, così che la parte possa conoscere i dati di bilancio sulla base dei quali viene determinata la sua quota di partecipazione agli utili. Tale quota qualora non sia stata determinata in sede contrattuale si determina in considerazione dell'apporto dell'associato rispetto al lavoro complessivo dell'impresa o dell'affare⁴.

Il contratto di associazione in partecipazione non richiede la forma scritta né ai fini della validità, né a fini della prova; anche se spesso viene formalizzato per iscritto per la deducibilità del reddito dell'associato e per cristallizzare i delicati equilibri contrattuali riguardanti la determinazione del compenso.

L'istituto si è inizialmente segnalato per la problematica, oggi definitivamente risolta, sulla possibilità o meno che l'apporto dell'associato consista in una prestazione di lavoro⁵.

Successivamente all'entrata in vigore dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. 276/2003 tale dubbio interpretativo fu sostanzialmente superato, in quanto detta normativa da ultimo citata, oggi sostituita dall'art. 1, commi da 28 a 31 della Riforma in commento, prevedeva che "al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore non compri, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento".⁶

⁴ Cass. 9 marzo 1982, n. 1476, Cass. n. 1134 del 1968.

⁵ Infatti, anche alcuni dei primi commentatori del Codice civile del 1942, tendevano a confermare la precedente impostazione dell'abrogato Codice di commercio, il quale pareva consentire il conferimento delle sole cose trasferibili in proprietà. Vedasi: DE FERRA, *Sulla ammissibilità dell'apporto d'opera nell'associazione in partecipazione*, in Giur. Compl. Cass. Civ., 1954, IV, p. 92; REALMONTE, *Associazione in partecipazione e obbligo di collazione*, in Riv. Soc., 1961, p. 517, n. 15; BRUNETTI, *Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato*, in Riv. Soc., 1958, p. 582 ss.

⁶ Il superamento di detta impostazione da parte della Riforma in commento ha suscitato commenti positivi, in quanto è stato evidenziato che nella "opportuna via di corretta distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato si colloca la disposizione che" elimina "dall'associazione in partecipazione il requisito delle adeguate erogazioni, assolutamente privo di senso in un contratto in cui per

La disciplina novellata dalla riforma in commento prevede una disposizione che appare francamente più in linea con i caratteri propri dell'istituto, in quanto si prevede che “i rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'art. 2552 del codice civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato”.⁷

Ad ogni buon conto, come si potrà intuire da questi due ultimi interventi normativi segnalati, lo stigma indelebile che l'istituto in discorso si è sempre portato appresso è che sia utilizzato spesso e volentieri per eludere la normativa del lavoro subordinato classicamente inteso.

Ciò posto e considerato, occorre anche evidenziare quella corrente di pensiero secondo la quale nella qualificazione della fattispecie di lavoro subordinato requisito fondamentale è lo scambio tra prestazione etero diretta e retribuzione tecnicamente intesa⁸, scambio senza il quale non potrebbe correttamente parlarsi di fattispecie riconducibile al lavoro subordinato. Ed infatti, prosegue questa impostazione, “nell'associazione in partecipazione non vi è scambio tra lavoro e retribuzione certa perché il soggetto associato mette a disposizione le proprie energie lavorative per partecipare ad un affare o ad un'impresa, con lo scopo di percepire gli eventuali utili che ne deriveranno” e che in ipotesi potrebbero anche non esservi, partecipando l'associato al rischio di impresa, con ovvie ricadute sul proprio compenso ove l'attività non dovesse avere utili o essere in perdita.

In conseguenza di ciò, non assume un rilievo risolutivo la eterodirezione, in quanto è plausibile immaginare che faccia in certo qual modo comunque parte del contratto di associazione in partecipazione, dato che potere direttivo e di controllo spettano comunque all'associante. Secondo il dettato dell'art. 2552, comma 1, c.c., infatti, “la gestione dell'impresa e dell'affare spetta all'associante”. In tale ottica, anche la Suprema Corte ha affermato che “l'associato che offre la propria prestazione lavorativa si inserisce nell'assetto organizzativo aziendale e quindi – essendo la gestione dell'impresa nella disponibilità dell'associante (art. 2552, comma 1, c.c.) – si sottopone al potere direttivo di quest'ultimo.

definizione l'associato partecipa al rischio d'impresa in quanto al suo apporto consegue solo una partecipazione agli utili (art. 2549 c.c.)”. Così VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 38. Nello stesso senso VALLEBONA, PIZZUTI, *Associazione in partecipazione*, in PELLACANI, *La riforma del lavoro, tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, pp. 189.

⁷ Art. 1, comma 30, Legge 28 giugno 2012, n. 92.

⁸ VALLEBONA, PIZZUTI, *Associazione in partecipazione*, in PELLACANI, *La riforma del lavoro, tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, pp. 183-185.

E' ben possibile allora che l'espletamento della prestazione lavorativa assuma caratteri in tutto simili a quelli della prestazione lavorativa svolta nel contesto di un rapporto di lavoro subordinato⁹.

2. Il limite massimo dei tre associati.

La recente riforma del mercato del lavoro odiernamente in commento, con una norma che ha suscitato parecchie perplessità tra i primi commentatori, ha dettato un limite massimo di tre lavoratori associati in partecipazione, stabilendo, con l'aggiunta di un ultimo comma all'art. 2549 c.c., che: "Qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti, con l'unica eccezione nel caso in cui gli associati siano legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo. In caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato."¹⁰

La principale critica che viene mossa a detta norma è che sia in odore di incostituzionalità, stante la medesima dignità riconosciuta dal nostro ordinamento a ciascuna forma di lavoro dall'art. 35, comma 1, Cost.¹¹

Inoltre, pare ad ogni modo norma di difficile lettura, il cui significato più probabile potrebbe esser quello di considerare la limitazione dei tre associati non già alla totale attività dell'associante, vale a dire all'impresa generalmente intesa, ma sembrerebbe riferirsi alla singola attività lavorativa, che esemplificando alle estreme conseguenze potrebbe individuarsi, forse, nel singolo punto vendita o nel singolo punto di attività¹². Infatti, com'è stato giustamente osservato, "se il legislatore avesse voluto contenere il numero dei contratti rispetto al soggetto associante nel suo complesso, avrebbe omesso la specificazione relativa alla <<medesima attività>> o, tutt'al più, avrebbe semplicemente riferito il limite massimo degli associanti alla <<impresa>> ed allo <<affare>> di cui al primo comma dell'art. 2549 c.c."¹³

⁹ Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496.

¹⁰ Art. 1, comma 28, Legge 28 giugno 2012, n. 92.

¹¹ Così VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 36-37.

¹² Sul punto si rinvia alla completa disamina delle problematiche connesse al concetto di "medesima attività" effettuata da RUSSO, *Profili teorico-pratici della nuova associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, pp. 4-5, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi*, 2012, Saggi, n.4, II.

¹³ VALLEBONA, PIZZUTI, *Associazione in partecipazione*, in PELLACANI, *La riforma del lavoro, tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, pp. 187.

Ad ogni buon conto, odiernamente l'interprete si trova innanzi alla problematica della trasformazione *ex lege* del rapporto di associazione in partecipazione in lavoro subordinato a tempo indeterminato in caso di superamento della soglia legale dei tre contratti. E, a scanso di equivoci, si precisa che tutti i contratti di associazione in partecipazione si trasformerebbero in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche i primi tre in ordine cronologico legittimamente stipulati dalle parti.

Come evidenziato dalla novella in commento, non si computano, nel calcolo degli associati, il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, disegnano, quindi un ambito coincidente con quello dipinto per l'impresa familiare *ex art. 230-bis*, comma 3, c.c.

La scelta operata dal legislatore di limitare numericamente gli associati in partecipazione, nei termini in cui è stata fatta, mal si concilia, ad opinione di chi scrive, prima di tutto con un'esigenza di certezza del diritto, non essendo ben chiaro, come accennato poc'anzi, a quale realtà dimensionale debba essere riferita la base di calcolo. Inoltre e di conseguito, questa scelta, anche a causa di tale dubbio interpretativo che "fa il paio" con una sanzione piuttosto severa qual è quella della trasformazione *ex lege* di tutti i rapporti di lavoro, rende non più immaginabile la libera scelta dell'imprenditore di organizzare la propria attività esclusivamente tramite associati in partecipazione, ritenendo in ipotesi tale figura contrattuale genuinamente più aderente alle proprie scelte di organizzazione del lavoro, eccezion fatta per quelle microimprese che possano limitare l'apporto a soli tre associati.

Sulla problematica sarebbe stata necessaria una riflessione più approfondita da parte del legislatore, per non mettere in crisi quelle grandi realtà imprenditoriali del nostro Paese che avevano scelto di regolare la propria forza lavoro esclusivamente tramite associati in partecipazione genuini, realtà che all'indomani dell'entrata in vigore della Riforma odiernamente in commento si sono trovate avanti un bivio piuttosto netto: certificare o modificare radicalmente la propria organizzazione del lavoro. Per non parlare di ciò che coerentemente sulla base di tale medesima scelta legislativa non potrà più essere fatto per il futuro da parte di nuove realtà imprenditoriali. La ricaduta purtroppo immaginabile, sperando di avere torto, è una verosimile limitazione dei posti di lavoro.

3. L'effettiva partecipazione agli utili, la consegna del rendiconto e le competenze dell'associato.

Proseguendo l'analisi dei caratteri dell'istituto novellato, altra norma dettata dalla riforma in commento utile ai fini della esplicazione contrattuale, stabilisce che “i rapporti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro instaurati o attuati senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile, si presumono, salva prova contraria, rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato”.¹⁴

Il legislatore, con tale previsione supera e sostituisce il precedente art. 86, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003, creando così un sistema che appare decisamente più coerente con i caratteri propri dell'istituto, che mal si conciliavano con le scelte di fondo della vecchia normativa, più vicina a creare un parallelo con il lavoro subordinato, plausibilmente per arginare il problema derivante da quel che abbiamo chiamato poc'anzi lo stigma indelebile dell'istituto.

Orbene ad oggi il legislatore opta per la ricorrenza di questi due indici presuntivi, che sono intervallati nella dizione normativa dalla disgiuntiva “ovvero”, la quale lascia chiaramente intendere che anche la sola ricorrenza di un'unica mancanza lascia scattare la presunzione relativa di subordinazione.

La presunzione di subordinazione in caso di mancata partecipazione agli utili, in sostanza, non fa altro che recepire un'impostazione giurisprudenziale consolidata che individua la partecipazione agli utili quale concretizzazione del rischio d'impresa.¹⁵

Per quanto riguarda la consegna del rendiconto di cui all'art. 2552 c.c. la tesi più sostenibile, parrebbe quella di considerare necessaria la dazione materiale del documento in questione per evitare l'operare della presunzione relativa di subordinazione.

¹⁴ Art. 1 comma 30, primo periodo, Legge 28 giugno 2012, n. 92. Secondo VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 37, tale passaggio normativo è molto rilevante, in quanto “conferma definitivamente che la distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato dipende dal rispetto degli elementi dell'associazione in partecipazione e non dall'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte dell'associante – in questo senso, finalmente, Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496 – che è comune alle due forme di lavoro. Invero questo potere è tipico anche dell'associazione in partecipazione con associato lavoratore, in quanto la gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante (art. 2552, comma 1, c.c.), essendo solo eventuale una qualche forma di <<controllo>> dell'associato su tale gestione (art. 2552, comma 2, c.c.), che è cosa ovviamente diversa dal rendiconto ai fini della determinazione degli utili dovuta all'associato”.

¹⁵ Per una completa panoramica sul concetto di effettiva partecipazione agli utili si rinvia a RUSSO, *Profili teorico-pratici della nuova associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi, Saggi*, 2012, n.4, II, p. 16.

Tuttavia, per completezza, si riporta anche la tesi secondo la quale il diritto al rendiconto di cui all'art. 2552 c.c. è ascrivibile alla categoria dei diritti potestativi, in particolare riconducibile in capo all'associato alla verifica del regolare andamento dell'impresa o dell'affare e non un vero e proprio obbligo alla consegna del rendiconto da parte dell'associante.¹⁶

Da tale impostazione deriverebbero alcuni dubbi sull'operatività della presunzione nell'ipotesi in cui l'associato non si attivi per richiederlo ovvero qualora l'associante lo metta materialmente a disposizione dell'associato ma quest'ultimo non lo ritiri.

Infine, si segnala la previsione di una presunzione relativa di lavoro subordinato qualora la prestazione di lavoro non “sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività”.¹⁷

Anche riguardo a tale passaggio della riforma è stata ipotizzata una plausibile declaratoria di incostituzionalità per violazione degli artt. 3 e 35, Cost.¹⁸

Tuttavia può immaginarsi una relativa inefficacia concreta di detta previsione normativa, in quanto pare piuttosto indeterminata quanto a contenuto precettivo tangibile, stante la vacuità del concetto di “significativi percorsi formativi”, in cui può farsi ricadere tutto e niente, e l'altrettanto indeterminata nozione di “rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività”, come potrebbe ad esempio differenziarsi un'esperienza rilevante da una non rilevante? Viene proprio da chiedersi chi sarà quel operatore del diritto che, chiamato a vagliare l'operatività di detta presunzione nel caso concreto, la possa considerare certamente operante “a cuor leggero” in assenza di ulteriori indici che lascino supporre più aderente il rapporto concretamente in essere alla fattispecie lavoro subordinato piuttosto che all'associazione in partecipazione.

4. Il “non regime” transitorio.

Deve segnalarsi una evidente scelta poco felice del legislatore, ovvero sia quella di prevedere un regime transitorio che è in realtà un “non regime”. Nel senso che è stata unicamente prevista la salvezza, fino alla loro cessazione, dei contratti di associazione in partecipazione in essere sotto la vigenza della vecchia normativa, oggi superata dalla novella

¹⁶ Così RUSSO, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁷ Art. 1, comma 30, secondo periodo, Legge 28 giugno 2012, n. 92.

¹⁸ Vedi VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 37.

in commento, i quali siano stati certificati alla data di entrata in vigore della riforma in commento.¹⁹

Scelta a dire il vero criticabile prima di tutto sotto un profilo di opportunità logico materiale. Prevedere in concreto solo pochi giorni per le parti interessate, ovvero sia dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della normativa all'entrata in vigore della stessa, i ben noti 15 giorni di *vacatio legis*, per scegliere alternativamente se certificare i contratti in essere ovvero rivoluzionare l'organizzazione del lavoro all'interno della propria impresa, pare scelta che forse poteva essere meditata un po' meglio.

E chi scrive tutto può esser definito fuorché uno che non abbia avuto modo di cogliere gli aspetti estremamente positivi della certificazione dei contratti fatta con tutti i crismi.

Al fine di cercare di salvare le Commissioni di certificazione da un possibile "assalto alla diligenza" è stato sostenuto che sarebbe sufficiente a soddisfare il requisito legale della certificazione del contratto alla data dell'entrata in vigore della riforma la mera presentazione dell'istanza di certificazione del contratto ad una Commissione di certificazione, essendo il procedimento di certificazione una procedura complessa e non a risposta istantanea²⁰.

Tale impostazione non convince fino in fondo però a causa della nettezza del dato normativo, che parla espressamente di contratti certificati alla data dell'entrata in vigore e non di contratti per i quali sia in corso la procedura di certificazione alla data di entrata in vigore della riforma.

Del resto le difficoltà di questo "non regime" transitorio si sono viste emergere anche con riguardo all'ipotesi di sottoscrizione di accordi *ex art. 8*, D.L. n. 138/2011, sui quali non ci soffermiamo per non rinvigorire uno scambio di vedute piuttosto acceso, plausibilmente ad oggi ormai sopito.²¹

Per concludere sul punto, probabilmente sarebbe stato sufficiente che il legislatore avesse indicato espressamente la salvezza di quei contratti di associazione in partecipazione

¹⁹ "Sono fatti salvi, fino alla loro cessazione, i contratti in essere che, alla data di entrata in vigore della presente legge, siano stati certificati ai sensi degli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276", art. 1, comma 29, Legge 28 giugno 2012, n. 92.

²⁰ Così BUBOLA, PASQUINI, VENTURI, *L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in *La nuova riforma del lavoro, commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, 2012, p. 193.

²¹ Per una ricostruzione della diatriba vedi: TIRABOSCHI, *L'associazione in partecipazione tra le rigidità della "Riforma Fornero" e le dubbie deroghe ex art. 8, decreto legge n. 138/2011*, in *DRJ*, n. 2, 2012; DE FUSCO, *Associazioni in partecipazione: letture superficiali e capziose rischiano di disorientare gli operatori*, 2012; TIRABOSCHI, *Associazione in partecipazione, una brutta caduta di stile*, in *Bollettino ADAPT*, 2012.

per i quali alla data dell'entrata in vigore fosse stata presentata istanza di certificazione poi conclusa positivamente, ove lo stesso legislatore avesse voluto aderire alla tesi segnalata appresso, ovvero, più ragionevolmente ad opinione di chi scrive, prevedere un termine perentorio entro il quale valutare se certificare i contratti, facendo salva la vecchia normativa per quei negozi così certificati entro tale data.

5. Le stipule successive e il consenso del precedente associato.

Un delicato equilibrio è da rinvenirsi nella successione di stipule contrattuali con diversi associati. Secondo il disposto di cui all'art. 2550 c.c., infatti, “salvo patto contrario, l'associante non può attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati”.

A tale riguardo si segnala un orientamento giurisprudenziale secondo il quale detto obbligo è in astratto applicabile “nell'ipotesi in cui l'attribuzione della nuova partecipazione sia successiva al primo contratto di associazione e importi, quindi, una modificazione di quote di partecipazione agli utili dell'impresa e dell'affare e non nel caso in cui l'attribuzione della posizione di associato a due distinte persone abbia luogo contestualmente con due distinte scritture redatte in pari data, in guisa da non potersi stabilire a chi delle due, quale precedente associato, spetti di dare il consenso prescritto dalla legge”.²²

6. La qualifica imprenditoriale dell'associante e il rapporto di parentela/affinità dello stesso con gli associati.

Per un certo periodo ormai piuttosto risalente ci si è interrogati sulla qualifica imprenditoriale o meno da ricollegare alla figura dell'associante. Non si ripercorrono in questa sede, necessariamente limitata su tale profilo, tutti i passaggi della disputa. Ciò posto e considerato, è ad ogni modo opportuno segnalare la corrente di pensiero prevalente, la quale sostiene che in capo all'associante debba ricorrere il requisito dell'imprenditorialità, nonostante la dizione legale di cui all'art. 2549 c.c. parli espressamente di partecipazione sia “all'impresa” che “ad uno o più affari”.²³

Altra questione connessa e, in certo qual modo, derivante da detta impostazione e dalla novella in commento, la quale ultima si limita a riferirsi alla neutra figura di “associante”, è quella relativa all'individuazione della persona fisica associante ai fini della individuazione

²² Così Cass. 27 marzo 1996, n. 2715.

²³ Come precedente giurisprudenziale della corrente di pensiero prevalente si segnala Cass. 12 marzo 1987, n. 2555.

del rapporto di parentela o affinità, stante la bonaria ironia che suscita pensare detto rapporto in capo a persone giuridiche. Orbene, la soluzione più plausibile parrebbe quella di seguire la classica impostazione secondo la quale per le società di capitali debba farsi riferimento a colui il quale, persona fisica, abbia la legale rappresentanza; nelle società di persone occorre ovviamente distinguere: per ciò che riguarda la società in accomandita semplice parrebbe opportuno fare riferimento ai soci accomandatari; per ciò che attiene alla società in nome collettivo, com'è noto, la legale rappresentanza è in capo a ciascun socio, per cui, in conseguenza di ciò potrebbe farsi riferimento a ciascun socio.

La tematica dei patti contrari tra soci di società in nome collettivo, tesi a limitare l'amministrazione e la rappresentanza a uno o alcuni dei soci, è tematica pur sempre di rilievo seppur, per così dire, in senso contrario a quello generalmente inteso sino a prima dell'entrata in vigore della riforma in commento, per l'aspetto di cui trattasi in questa sede. Infatti, la ricaduta principale o, quantomeno, una delle ricadute principali dei patti sociali tesi a limitare la rappresentanza e l'amministrazione era quella di circoscrivere la responsabilità personale delle persone fisiche formalmente "trasgressori" per le violazioni amministrative in tema di legislazione sociale e del lavoro. Per tale ricaduta limitativa della responsabilità, a volte creata ad arte esclusivamente a tale fine, senza avere cioè una ricaduta concreta sulla reale amministrazione della persona giuridica, si era soliti richiedere, proprio per evitare distorsioni di sistema, quantomeno una scrittura avente data certa dalla quale poter far derivare una limitazione nei poteri di amministrazione e gestione del personale. Ad oggi, stante il presupposto contrario sotteso alla limitazione dell'amministrazione per ciò che attiene alla conseguente ricaduta sulla determinazione del rapporto di parentela, non paiono porsi particolari problemi di tutela da effetti distorsivi sistemici, in quanto una eventuale limitazione nell'amministrazione della società potrebbe solo restringere la cerchia dei soggetti esclusi, per vincolo di parentela-affinità, dal limite legale dei tre associati, quindi in linea con la rigorosa scelta fatta dal legislatore.

NUOVE IPOTESI PER LA CONCILIAZIONE FAMIGLIA-LAVORO?

Giulia Trimarchi

Dottoranda Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Verso un'Italia più europea? Il congedo obbligatorio di paternità. 2. Le sfaccettature del *voucher baby sitting*.

1. Verso un'Italia più europea? Il congedo obbligatorio di paternità.

L'articolo 4, ai commi 24-26, della Legge 28 giugno 2012 n. 92 si occupa degli interventi a sostegno alla genitorialità, promuovendo due nuove misure, nell'intento di contribuire ad un migliore bilanciamento tra tempi di vita e tempi di lavoro.

La prima novità, alla lettera a) del comma 24 del sopracitato articolo, si sostanzia nell'obbligo del padre lavoratore dipendente, entro cinque mesi dalla nascita del figlio, di astenersi dal lavoro per un periodo di un giorno. Inoltre, lo stesso potrà astenersi per un ulteriore periodo di due giorni, anche continuativi, accordandosi previamente con la madre e sostituendola, in relazione al periodo di astensione obbligatoria a lei spettante. Nel caso in cui il padre decida di sostituire la madre nei due giorni consentiti viene a lui riconosciuta un'indennità giornaliera a carico dell' Inps pari al 100 per cento della retribuzione; inoltre, anche per il restante giorno in aggiunta all'obbligo di astensione della madre l'indennità giornaliera ammessa è pari al 100 per cento della retribuzione. Immutato risulta invece il regime delle comunicazioni: rimane sempre necessaria la preventiva comunicazione in forma scritta al datore di lavoro da parte del padre, per potersi assentare dal lavoro ed almeno 15 giorni di preavviso.

Obbligatorietà (non si parla più di possibilità) ed innalzamento dell'indennità giornaliera sono le due parole chiave che esprimono l'intento del legislatore nel continuare l'opera già iniziata, con la Legge 8 marzo 2000, n. 53¹ di costruire un sistema ritagliato sui tempi di

¹ Essa si presenta come un corpus normativo articolato che modifica ed integra parte della disciplina sulla maternità, toccando e ridisegnando una vasta tipologia di congedi, arrivando sino al sostegno delle banche del tempo e dei progetti di armonizzazione territoriale degli orari. E' ritenuto il provvedimento più completo rivolto alla conciliazione, se non addirittura alla redistribuzione dei ruoli familiari, Cfr. D. GOTTARDI, Lavoro di cura. Spunti di riflessione, in LD, a. XV, n. 1, 2001. Attraverso tale legge, il legislatore ha adottato un complicato modello sospensivo che vede il nucleo familiare nel complesso come beneficiario ultimo di

vita e di lavoro, rendendo “la maggior parte degli istituti di protezione pienamente utilizzabili tanto dalla madre quanto dal padre, così da far emergere, come referente centrale della normativa, la nuova figura del *genitore lavoratore*²”.

L'indennità retributiva giornaliera, innalzata così al 100 per cento *ex lege*, rispetto all' 80 per cento, mostra come nella pratica non si ammantano solo di obbligatorietà quella che in precedenza era una facoltà, ma opera nello specifico proprio sul trattamento economico come per rinforzare i presupposti e quindi dimostrare la funzione essenziale del congedo di paternità.

Da evidenziare che il congedo di paternità consentito è espressamente previsto dall'art 28 del D.lgs 26 marzo 2001, n. 151³ nel caso di morte o di grave infermità della madre, ovvero di abbandono, nonché in caso di affidamento esclusivo del padre.

Ad una prima lettura quindi tale intervento normativo sembrerebbe allargare lo spettro delle funzioni del congedo di paternità: una nuova estensione del diritto del padre lavoratore subordinato nel nostro sistema, dove si tiene conto del valore della maternità che si adegua ai mutamenti culturali, così promuovendo un'equilibrata partecipazione sia degli uomini che delle donne alle responsabilità familiari.

Infatti, già dagli anni '90 in poi, in linea con gli obiettivi designati dall'Ue, l'ordinamento italiano ha impostato una ricerca sull'innovazione dei modelli sociali, economici e culturali che consentissero di rendere compatibile la sfera lavorativa con quella familiare, concentrandosi sulle misure di conciliazione. A tal proposito, nell'ambito della Strategia europea dell'occupazione (SEO), dal macro tema conciliazione famiglia lavoro sono scaturite una serie di tematiche, tra le quali quella dei congedi parentali⁴, la cui ultima misura, ovvero l' Accordo quadro tra le parti sociali europee, tradotto nella Direttiva 2010/18/UE⁵ è la falsariga alla quale l'articolo 4 comma 24 della Legge di riforma tenta di uniformarsi.

Essa stabilisce prescrizioni minime sul congedo parentale dove è compito di ciascuno Stato e delle parti sociali definire le modalità di applicazione, considerandole rispetto

una serie di disposizioni, e come soggetti titolari dei diritti (potestativi) ai congedi sia il padre che la madre, Cfr. L. CALAFA', *La prestazione di lavoro tra assenze e (dis)equilibri familiari*, in LD, a. XV, n. 1, 2001

² R. DEL PUNTA, *I congedi parentali*, in DPL, 2005, n. 23

³ *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo, n. 53*, pubblicato in GU n. 96 del 26 aprile 2001

⁴ La prima direttiva realizzata al fine di facilitare la conciliazione tra le responsabilità di cura familiare e le responsabilità professionali è la *Council Directive on the Framework agreement on Parental leave 96/34/EC*; fanno seguito *Equal Treatment in Employment Directive 2002/73/EC*; *Directive 96/34/CE* concernente l'accordo quadro sul congedo parentale; *Directive 2002/73/CE*.

⁵ Direttiva del Consiglio dell'8 marzo 2010 che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP e CES. Abroga la *Directive 96/34/CE*

all'evoluzione demografica, all'invecchiamento della popolazione, alla promozione della partecipazione delle donne al mondo del lavoro e alla ripartizione delle responsabilità familiari. Le prescrizioni minime hanno però un deficit: “non paiono fornire strumenti vincolanti per gli Stati membri” ed inoltre vi è un'abbondanza di “disposizioni leggere, di verbi coniugati al condizionale e di rinvii al livello nazionale, alla legge e/o al contratto collettivo⁶” le quali acconsentono un alto grado di libertà nell'attuazione.

La conseguenza è che se andiamo a verificare come tali prescrizioni vengono attuate nella Legge di riforma, un solo giorno effettivamente obbligatorio e i due giorni eventuali in sostituzione alla madre appaiono periodi di tempo piuttosto esigui e minimi. E' lampante il confronto, ad esempio, con i dieci giorni del congedo di paternità della Svezia e della Danimarca, oppure con i quindici giorni (ora estesi ad un mese) della Spagna⁷. Inoltre sempre nel 2010, più precisamente con la risoluzione non vincolante emanata dal Parlamento Europeo⁸, la durata del congedo obbligatorio per i padri era stata quantificata di almeno quindici giorni: sebbene la stessa fosse stata accolta di buon grado dagli europarlamentari italiani, la sua adozione nell'ordinamento era mancata. L'occasione per poter recepire la misura nella sua interezza in termini di tempo, poteva essere data dalla Legge di Riforma che ha sì introdotto un congedo di paternità obbligatorio, ma nella sostanza depotenziato, per via della brevità di durata se si commisura ai primi anni di vita del bambino.

E' palpabile la differenza rispetto agli altri Paesi dell'Unione Europea sopracitati, i quali, sulla scia delle convinzioni manifestate da Strasburgo, hanno visto nel congedo una maniera per ripartire più uniformemente le responsabilità e le incombenze familiari per la cura dei figli, consentendo la reale attuazione del concetto di parità di genere. Al contrario, una scarsa fruizione da parte del padre, sia per motivi culturali, sia per la precarietà dei contratti

⁶ L.CALAFÀ, La direttiva rinnovata sul congedo parentale. Accordo BusinessEurope, Uneapme, Ceep e Ces, per la sostituzione della dir. 96/34 sul congedo parentale, in *noteinformative.it*, n. 50, 2011

⁷ Dati da V.SORCI e R. ZUCCARO in *Conciliazione. La strada per la ripresa*, in *Capitale Umano*, Inserto mensile *Tempi*, n. 1/2012

⁸ European Parliament legislative resolution of 20 October 2010 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding and on the introduction of measures to support workers in balancing work and family life (COM(2008)0637 – C6-0340/2008 – 2008/0193(COD)). Article 8a, Paternity leave, “Member States shall take the necessary measures to ensure that workers whose life partner has recently given birth are entitled to a continuous period of non-transferable paid paternity leave of at least two weeks, granted on an equivalent basis – except with regard to its duration – to maternity leave, to be taken after the confinement of the worker's spouse or partner during the period of the maternity leave (...)”

di lavoro, rende ancora più difficile una equiparazione del ruolo della donna sul piano familiare, oltre che professionalmente, a quello dell'uomo⁹.

D'altro canto, i tre giorni di congedo di paternità obbligatorio, potrebbero essere un punto di partenza, dal quale scelte virtuose di legislazione sociale dovranno contribuire a migliorare la parità uomo-donna. Come accennato in precedenza, pienamente condivisibile è la scelta del legislatore nel rafforzare la parte economica dei congedi parentali, innalzando l'indennità giornaliera al 100 per cento: è la presa di coscienza di come e quanto effettivamente il livello di reddito incide sull'esercizio del congedo da parte dei padri.

L'ordinamento italiano dovrà muoversi nella direzione di attribuire ai genitori una serie di prerogative giuridiche rivolte a consentire loro di conciliare il proprio status di lavoratore con quello di genitore. Un modello di *welfare state*¹⁰ improntato sull'obiettivo della crescita inclusiva ed intelligente promosso dall'Ue, dove la salvaguardia della maternità si sostanzia anche nel coinvolgere i padri nella gestione familiare per continuare “un percorso di valorizzazione della finalità di tutela del bambino¹¹”. Poiché, è ulteriormente un estratto del secondo rapporto Family Life and Work di Eurofound (2010) a dirci che “nonostante l'emergere di rapporti familiari e sociali meno vincolanti e più complessi (che generano preoccupazione riguardo all'indebolimento dei legami familiari), la famiglia rimane in Europa la sfera principale della socialità e del sostegno¹²”.

Non appare certo datato, nel commento alla Legge 8 marzo 2000, n. 53 il ritenere come una sfida “dimostrare che passare da un ruolo all'altro, alternando periodi di lavoro a periodi di congedo, almeno in una fase della vita, può essere un fatto normale e fisiologico del

⁹ Sul punto interessante la proposta di Saraceno in merito alla possibilità di utilizzo del congedo in part time orizzontale: madri e padri nel combinare lavoro e congedo recupererebbero tempo utile per dedicarsi al bambino, senza una grossa decurtazione del reddito. In tal modo si seguirebbe la direzione dei Paesi scandinavi e Germania “che negli ultimi anni hanno addirittura allungato il periodo di congedo genitoriale ben compensato, per consentire ai bambini di avere un tempo maggiore di cure e tempo dei genitori” Cfr. C. SARACENO, *L'altra faccia della riforma*, in *La Repubblica*, 03/04/2012

¹⁰ Strettamente correlato al concetto di *welfare* è quello dell'uguaglianza di genere: secondo la filosofa americana Nancy Fraser dal dopoguerra sono emerse fondamentalmente due visioni di essa, da un lato, un modello universale del mantenimento in cui le donne assumono ruoli maschili; dall'altro un modello della cura o dell'uguale valore, in cui donne e uomini hanno ruoli diversi. Ma, secondo Fraser il modello di uguaglianza di genere ideale per la società postindustriale è differente rispetto ai due e in grado di superare le loro debolezze: la cura diventa il valore centrale per la società, in cui la vita e le esperienze delle donne sono la norma. In tale visione gli uomini si impegneranno nella cura ma ciò non implica che le attività dei due generi debbano essere identiche (pur essendo simili). Cfr. A. BORCHORST, B. SIIM, *Uno sguardo di genere sul concetto di "welfare"*, in *La Rivista delle Politiche Sociali / Italian Journal of Social Policy*, 2/2009

¹¹ G. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto*, p. 485 ss. spec. p.568, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) M. BESSONE, volume XXIV, tomo II, p. XII-652, anno 2011

¹² The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), Second European Quality of Life Survey: Family and Work, 2010, <http://www.eurofound.europa.eu>

percorso lavorativo di ognuno, che le stesse imprese dovranno imparare a non drammatizzare, purché vengano dati loro i necessari strumenti di gestione¹³”.

Di tal maniera, la misura pianificata al comma 24 lettera a) dell'articolo 4, potrebbe essere una spinta nella promozione di un modello di genitorialità forgiato sull'esempio dei Paesi nord europei, creando un incremento dell'occupazione femminile.

Tuttavia, la possibilità e diritto di usufruire di congedi parentali ha un costo sull'organizzazione dell'impresa, poiché sarà necessario interessarsi di una gamma di esigenze prima non totalmente considerate: come è inconfutabile dire che “gli strumenti della conciliazione costituiscono la risposta dell'ordinamento a interessi dei lavoratori e delle lavoratrici, riconosciuti meritevoli di tutela in quanto radicati nella Costituzione, è altrettanto vero che uno dei termini della conciliazione – il tempo di lavoro – investe una relazione giuridica obbligatoria da cui anche il datore di lavoro trae legittime pretese, anch'esse costituzionalmente fondate, riguardo al proprio potere di organizzare i fattori della produzione¹⁴”. Si richiede in tal modo un'armonizzazione di interessi diversificati ed a tratti in conflitto, nella quale “la filosofia che muove, o che dovrebbe guidare, ogni intervento aziendale, si fonda sul riconoscimento del vantaggio competitivo dell'investimento nella conciliazione, o meglio, sul fatto che conciliare famiglia-lavoro non sia solo una necessità, ma soprattutto un'opportunità in grado di produrre benefici sia alle persone sia alle organizzazioni¹⁵”.

Tra i diretti fautori dell'opera di armonizzazione possono essere considerate le parti sociali, come già si auspicava nel T.U. e nella Direttiva, il cui compito viene identificato nel predisporre accordi contrattuali, diretti a rendere flessibile l'orario di lavoro, per permettere una fruizione parziale e condizionata dei congedi nel tempo, dove la flessibilità diventa “una risposta non a questioni economiche o produttive dell'attività imprenditoriale, contrapposte alla rigidità normativa del lavoro subordinato, ma ad obiettivi coordinati a proteggere l'interesse del lavoratore/ lavoratrice nello svolgimento della sua funzione familiare e nella ricerca della sua crescita personale e professionale¹⁶”.

¹³ R. DEL PUNTA, La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi, in RIDL., 2000, 02, 149

¹⁴ I. SENATORI, Il ruolo della contrattazione collettiva nella promozione del welfare aziendale, QFMB/ Saggi, 2/2012, p.2

¹⁵ S. MAZZUCHELLI (a cura di), Conciliazione famiglia e lavoro. Buone pratiche di welfare aziendale, in Osservatorio nazionale sulla famiglia, dicembre 2011 da www.osservatorionazionalefamiglie.it, Sito del Dipartimento per le politiche della famiglia della PCM.

¹⁶ E. MINALE COSTA, Il Testo Unico sui congedi parentali, in DRI., 2002, 01, 62

In ultimo, la spesa stimata per la misura del congedo è 78 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013-2015, facendoli valere nella parte di 65 milioni di euro (per ciascuno degli anni) mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa sulle risorse presenti nel Fondo per il finanziamento di interventi a favore dell'incremento in termini qualitativi e quantitativi dell'occupazione giovanile e delle donne (comma 27¹⁷, art. 24, legge n. 214/2011) e quanto a 13 milioni di euro per ciascuno dei tre anni ai sensi del comma 69 dell' art. 4 sopracitato.

Al contempo, è necessario non astrarsi completamente dal contesto economico di crisi in cui ci troviamo, ove la scelta del legislatore (con la Legge di stabilità 2012) ha percorso la direzione di ridurre fortemente le risorse destinate al *welfare* territoriale, rendendo per gli enti locali il compito di reperimento di risorse in compensazione ai tagli effettuati ancora più arduo. Rispetto agli ultimi due anni, il ridimensionamento per quanto riguarda i Fondi statali di carattere sociale è stato piuttosto cospicuo, sia con le manovre finanziarie che con le leggi di stabilità¹⁸: nei prossimi mesi, l'attuazione delle misure dovrà scontrarsi con il deperamento delle risorse disponibili.

2. Le sfaccettature del voucher baby sitting.

Passando invece alla lettera b) del comma 24 dell'articolo 4 si va ad apporre una novità rispetto al ruolo materno: al termine del periodo di congedo di maternità, per gli undici mesi successivi ed in alternativa al congedo parentale di cui al comma 1, lett. a)¹⁹, dell'articolo 32 del D.lgs n. 151/2001, le madri lavoratrici possono richiedere al datore di lavoro e vedersi corrispondere, nei limiti delle risorse disponibili, dei *voucher* per l'acquisto

¹⁷ “Presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e' istituito un Fondo per il finanziamento di interventi a favore dell'incremento in termini quantitativi e qualitativi dell'occupazione giovanile e delle donne. Il Fondo e' finanziato per l' anno 2012 con 200 milioni di euro, con 300 milioni di euro annui per ciascuno degli anni 2013 e 2014 e con 240 milioni per il 2015. Con decreti del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell' economia e delle finanze, sono definiti i criteri e le modalita' istitutive del predetto Fondo”.

¹⁸ Già dalla Legge di stabilità 2011 era stata prevista una riduzione degli stanziamenti per le politiche sociali piuttosto ragguardevole, ma è con la Legge n. 183/2011(cd. Legge di stabilità 2012) che la riduzione risulta ancora più drastica: ad esempio, il Fondo per le politiche della famiglia per il 2012 è stato ridotto dai 52,5 milioni inizialmente previsti ai 32,0 milioni; inoltre il Fondo per le politiche relative ai diritti e alle pari opportunità, è passato dai 17, 2 milioni di euro ai 10,5 milioni stanziati dalla Legge del 2012. Cfr. A. MISIANI, *Fondi statali per le politiche sociali: nuovi tagli con la legge di stabilità 2012*, in www.astrid.eu

¹⁹ “Per ogni bambino, nei primi suoi otto anni di vita, ciascun genitore ha diritto di astenersi dal lavoro secondo le modalita' stabilite dal presente articolo. I relativi congedi parentali dei genitori non possono complessivamente eccedere il limite di dieci mesi, fatto salvo il disposto del comma 2 del presente articolo. Nell'ambito del predetto limite, il diritto di astenersi dal lavoro compete: a) alla madre lavoratrice, trascorso il periodo di congedo di maternita' di cui al Capo III, per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi; (...)”

di servizi baby-sitting ovvero per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati. L'importo del *voucher* sarebbe modulato sulla base dei parametri Isee della famiglia ed erogato dall'Inps.

Preliminarmente, è necessario circoscrivere lo strumento del congedo parentale²⁰ nella legislazione vigente: esso può essere utilizzato da entrambi i genitori (per la madre, trascorso il periodo di congedo di maternità obbligatorio; per il padre, dalla nascita del figlio), per ogni figlio, per una durata totale di dieci mesi elevabili a undici se il padre si astiene dal lavoro per un periodo continuativo o frazionato non inferiore a tre mesi; il congedo è fruibile nei primi otto anni di vita del bambino e la fruizione di esso può essere per un periodo continuativo oppure frazionato.

La figura del *voucher*, che si profila all'articolo 4, comma 24 lettera b), già prevista dall'Intesa sulla Conciliazione²¹ del 7 marzo 2011 siglata dal Governo e delle parti sociali, potrà costituire, secondo il legislatore, una valida alternativa al congedo, attualmente una delle roccaforti delle politiche conciliative.

Ad una prima lettura della norma lo scopo del legislatore sembrerebbe sostanziarsi nell'esortare la lavoratrice madre a tornare quanto prima in attività. Il *voucher*, principalmente quando si parla di acquisto di servizi *baby-sitting*, diventa l'alternativa al congedo, ma un'alternativa che potrebbe connotarsi di un'accezione negativa, foriera di innescare meccanismi coattivi di rientro anticipato sul luogo di lavoro; la lavoratrice madre, davanti alla scelta se tornare alla propria occupazione o meno, potrebbe sentirsi obbligata ad optare per la soluzione più vicina alle logiche dell'interesse imprenditoriale e che quindi “monetizzi il congedo con un *voucher* di assistenza individuale²²”.

Ma il *voucher* contiene altresì un' ulteriore sfaccettatura, che ne allarga il campo d'azione, così creando una commistione tra pubblico e privato: la possibilità di sostenere le spese dei servizi per l'infanzia.

²⁰ Ciascun genitore ha a disposizione un massimo di sei mesi, da utilizzare senza arrivare a superare il limite di dieci mesi: vi potranno essere periodi nei quali i due genitori potranno usufruire dell'astensione facoltativa da lavoro congiuntamente, assicurando così al bambino una loro presenza completa. Il diritto di astenersi dal lavoro spetta inoltre anche se l'altro genitore non ne detiene il diritto: quindi nei casi di chi svolge un'attività non in forma subordinata o perché non svolge alcuna attività di lavoro.

²¹ Tale Intesa, in linea con gli obiettivi europei, cerca di salvaguardare e facilitare il delicato equilibrio tra tempi di lavoro e tempi di cura, incentivando le aziende a sperimentare e realizzare intese conciliative, dove il modello di lavoratore assunto è quello del cittadino adulto (*adult worker*).

²² D. GOTTARDI, *Baby sitter vs congedo parentale. Sicuri che non sia una trappola?*, in *L'Unità*, 4 aprile 2012.

È risaputo come nei primi anni di vita del bambino i servizi per l'infanzia giochino un ruolo fondamentale per il loro essere necessari intrinsecamente ai genitori da un lato, soprattutto nel conciliare i tempi di vita e di lavoro, ma anche, in termini di competenze socio-cognitive e sociali, al bambino stesso; il permettere che sia raggiunta una soglia minima sull'accesso ad essi, sia pubblici che privati, si conforma con quelli che sono gli obiettivi concordati a Barcellona.

In Italia, differentemente da paesi come Francia, Danimarca, Svezia e Germania, non esistono consistenti offerte alternative (escludendo i nonni o il genitore che decide di non lavorare, entrambi compresi nella rete di aiuto informale e non certificato) al servizio dell'asilo nido, rispetto al periodo della prima infanzia. Nei paesi sopracitati, invece le offerte alternative sono molto diversificate e questo è "l'esito di un duplice fenomeno: una crescente legittimazione della possibilità di scelta tra diverse modalità di servizio e i costi più contenuti, rispetto ai servizi collettivi, delle soluzioni alternative²³". E' infatti loro obiettivo provvedere ad una quasi totale copertura della domanda di fornitura di servizi della prima infanzia, considerati una parte essenziale delle politiche sociali²⁴.

Lo sperimentare il *voucher* per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l'infanzia o dei servizi privati accreditati, compie un primo passo verso un'accessibilità facilitata ad essi da un lato, e dall'altro, non abbandona la famiglia nel suo privato a sostenere i costi sempre crescenti.

In buona sostanza, si tratta di un esempio di misura di defamilizzazione²⁵, nel senso in cui lo Stato copre una parte di spesa dei servizi pubblici o privati, finanziando ciò che normalmente grava sulla famiglia. E' altresì auspicato che, lo strumento del *voucher*, allargandosi ai servizi esterni rispetto a quelli previsti dalla realtà aziendale e potendo essere utilizzato solo in presenza di contratti regolari, riesca a favorire l'emersione del lavoro

²³ M. NALDINI, C. SARACENO, Conciliare famiglia e lavoro. Vecchi e nuovi patti tra sessi e generazioni, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 88

²⁴ Comparando le percentuali relative a quanti bambini dai 0 ai 2 anni utilizzano servizi di childcare formale, vediamo come l'Italia, al 24%, sia in proporzione nettamente inferiore rispetto al 42% e 48% di Francia e Svezia, ma soprattutto al 72% della Danimarca. Cfr. D. DEL BOCA, S. PASQUA, Esiti scolastici comportamentali, famiglia e servizi per l'infanzia, in Programma Education FGA Working paper n. 36 (12/2012), Fondazione Giovanni Agnelli

²⁵ Nel processo di defamilizzazione del welfare, avviato in altri Paesi europei (soprattutto quelli scandinavi), le responsabilità familiari vengono alleggerite dallo Stato Sociale, che riconosce un più ampio spettro di diritti individuali; infatti le attività di cura, in Italia, restano dunque appannaggio delle donne, spesso collegate fra loro in reti di solidarietà, innanzi tutto di tipo parentale. La rete di aiuto informale, fortemente femminilizzata, è rimasta solida, nonostante le trasformazioni dovute all'ingresso delle donne nel mercato del lavoro e ai cambiamenti demografici (calo della fertilità e allungamento delle speranze di vita). Cfr. E. MANUEDDU, Tra mestoli e scrivanie: il lavoro delle donne. Attori, problemi, norme e pratiche della conciliazione, in Quaderni di donne & ricerca, Trueben edizioni, Torino, 2004

sommerso, la lotta contro l'evasione e una percentuale più alta riferita all'occupazione femminile.

Nonostante in Italia esistano esempi lungimiranti di pratiche conciliative aziendali, quali asili nido aziendali, benefit, riduzione dell'orario etc. il rendere più facile l'accesso alla rete di servizi per l'infanzia potrà essere un'ulteriore impulso, verso gli obiettivi della Strategia di Lisbona e in seguito a quanto ribadito dalla Commissione Ue nel documento Europa 2020, per il raggiungimento dei target quali il tasso di occupazione in Europa al 70% e la percentuale delle donne occupate al 60%.

Infatti, da un'analisi²⁶ del nesso tra grado di generosità degli schemi di congedo familiare e tassi di occupazione delle madri con figli piccoli nell'Unione Europea è stato rilevato come gli schemi di congedo non sono utilizzati come sostituiti dell'assistenza formale, ma coesistono con essi, determinando un effetto positivo sul tasso di occupazione delle madri. Nella Legge di riforma il *voucher* si pone come un'alternativa al congedo ma lo si può ritenere un tentativo di indirizzo verso le politiche conciliative di altri paesi europei, che costituiscono esempi e modelli che si aggiungono alle iniziative di *welfare* tradizionali, adattandosi sempre più alle esigenze del singolo nella realtà familiare.

Sicuramente sarebbe interessante non fermarsi solo sullo strumento del *voucher*, bensì potenziare ed intervenire sul versante dei congedi parentali: “per renderli più equilibrati nella loro utilizzazione tra madri e padri lavoratori; per renderli più convenienti, dato che l'indennità è bassa (30% della retribuzione) o addirittura inesistente (dopo 6 mesi); per renderli meno esposti alle discriminazioni, radicate soprattutto quando a fruirne sono i padri lavoratori; per renderli fruibili anche nei lavori precari e instabili²⁷”.

Poiché diventare madre non significa bloccare la propria carriera lavorativa ed è lo stesso articolo 37 della Costituzione che da un lato ribadisce come «*la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore*» e dall'altro che «*le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare*». Sono le due sfumature della donna intesa in senso moderno, senza ricadere in ruoli stereotipati ed ormai datati, in cui l'aggettivo «*essenziale*» evidenzia il ruolo connaturato nella figura femminile, senza intenderlo come un freno alla sua piena partecipazione al mondo del lavoro.

²⁶ L'analisi si basa su un confronto tra diversi paesi a partire dai dati Eu-Silc e quelli dell'Ocse sulla forza lavoro: i risultati mostrano come nella maggior parte dei casi, gli schemi di congedo familiare sono presenti in sistemi di *welfare* dove le politiche familiari sono relativamente generose ed offrono ai genitori differenti opzioni per la cura dell'infanzia. Vedi B. PFAU-EFFINGER, *L'impatto dei congedi parentali sull'occupazione delle madri nelle società europee*, in *La Rivista delle Politiche Sociali / Italian Journal of Social Policy*, 1/2010, p. 189 ss.

²⁷ D. GOTTARDI, *op. cit.*

Trascurare la diversità naturale tra l'uomo e la donna, diversità collegata in particolare alla funzione riproduttiva, equivarrebbe a permettere che essa limiti l'eguaglianza sostanziale tra i sessi; viceversa tutelare la donna nel momento della maternità significa consentire realmente una sua permanenza effettiva nel mercato del lavoro²⁸.

In conclusione, la conciliazione famiglia lavoro, si rende essenziale nella nostra società per comporre obiettivi in conflitto tra loro, rendendo meno vasto lo scarto tra l'ideale (e le aspirazioni personali) e la base reale.

I presupposti per permettere un bilanciamento dei tempi di vita e dei tempi di lavoro esistono, le proposte del legislatore dovranno essere affiancate da una politica aziendale virtuosa, "contemperando le necessità dei processi produttivi e delle strategie aziendali con l'utilizzazione delle risorse umane²⁹", con il fine ultimo di tutela dei valori dei quali si carica lo strumento del congedo.

²⁸ Cfr. A. ENRICHENS, C. MANASSERO, Discriminazione per sesso vs diritto umano della lavoratrice madre alla conservazione del posto di lavoro e delle proprie mansioni al rientro dalla maternità. Una fattispecie ancora aperta, Nota a Corte Appello Torino, 29706/2010, sez. Lav., in GM 2011, 11, 2639

²⁹ E. MINALE COSTA, op. cit.

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO NEL NUOVO ARTICOLO 18 STAT. LAV.

Federica Drago
Dottoranda Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. Il licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore e il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. – 3. La manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e l'incertezza della sanzione applicabile. – 4. Le altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo e la tutela indennitaria. – 5. Il mutamento del licenziamento nel corso del giudizio.

1. Considerazioni generali

L'analisi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo come modificato dalla legge 18 luglio 2012 n.92 necessita preliminarmente di alcune riflessioni generali.

In primo luogo non sembra inutile evidenziare come la nuova normativa sui licenziamenti deve essere letta alla luce di un contesto normativo sul piano sostanziale rimasto immutato. alcuna modifica infatti è stata apportata nel merito dei presupposti legittimanti il licenziamento¹.

Fatta questa premessa, dalla lettura della norma si ricava il superamento della tradizionale ripartizione tra tutela reale ed obbligatoria del licenziamento, in base alle quale i dipendenti delle imprese che occupavano più di 15 dipendenti avevano diritto oltre al risarcimento del danno anche alla reintegrazione del rapporto di lavoro, mentre i dipendenti delle imprese che occupavano fino a 15 dipendenti avevano diritto al solo risarcimento del danno, e ciò in ogni caso di declaratoria di illegittimità del licenziamento da parte del giudice².

¹ Non sembra inutile ricordare lo stato dell'arte della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo. Ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo incombe sul datore di lavoro l'onere di provare la soppressione del posto di lavoro, le ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro o il regolare funzionamento di essa, il nesso causale fra le ragioni e la soppressioni del posto, nonché l'impossibilità del reimpiego del lavoratore anche in mansioni inferiori, in tutte le unità produttive e in tutti i reparti. Si segnalano *ex multis* alcuni indirizzi giurisprudenziali circa la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo: Cass. 9 luglio 2012, n. 11465; Cass. n. 8237/2010; Cass. n. 16579/2010; Cass. n. 17887/2007; Cass. 7717/2003; Cass. n. 5777/2003; Cass. n. 4688/2001.

² In dottrina, tra i primi commenti sulla riforma del mercato del lavoro, cfr. ROMAGNOLI, in *Il manifesto*, 8 aprile 2012; ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property rule e liability rule*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 1545, ss.

Emerge invece un sistema sanzionatorio ben più complesso e frammentato al suo interno, “perché ciascuna delle fattispecie di licenziamento illegittimo in base alla “causale” può essere incasellata in più d’uno dei vari livelli di tutela, a seconda di quale venga effettivamente accertato essere la ragione del licenziamento, in una combinazione che talora sembra sfuggire al controllo del legislatore”³.

Tale frammentazione comporta due effetti dirompenti.

In primo luogo, è evidente che la scomposizione del sistema induce ad una più attenta analisi della fattispecie oggetto di causa da parte del giudice, il quale “dovrà sempre effettuare due diverse tipologie di accertamento”⁴. Il primo accertamento consta nella valutazione della illegittimità del licenziamento, mentre il secondo accertamento consta nell’individuazione della sanzione applicabile ad un licenziamento ritenuto illegittimo.

Il primo controllo non subisce una modifica rispetto al passato quanto al ragionamento logico e giuridico che condurrà il giudice a ritenere illegittimo il licenziamento, poiché, come ricordato in nota, l’art. 3, l. 604/1966, non è stato oggetto di alcuna modifica.

Diversamente dal passato però, questa prima fase di controllo comporta un ulteriore sforzo ermeneutico da parte del giudicante, ossia quello di misurare la gravità della illegittimità, o dir si voglia “incasellarla” fra i vari casi previsti dal legislatore⁵.

Il secondo controllo è invece relativo alla scelta della sanzione applicabile al licenziamento illegittimo, tra i molteplici rimedi sanzionatori proposti dal legislatore.

Con ogni probabilità, infatti, il legislatore, avendo distinto la portata sanzionatoria a seconda delle violazioni, non considera di certo queste ultime di uguale gravità.

Tuttavia, l’attribuzione del grado di gravità della violazione non è chiaramente individuata *ex ante* dal legislatore, bensì spetta unicamente al giudice *ex post*⁶.

Questa impostazione, che esprime un forte giudizio di valore nei confronti dei giudici, che dovranno pertanto porsi come *medium* fra la legge pensata e la legge applicata, ne fa discendere un secondo effetto: l’incertezza dell’esito del giudizio.

³ Così, CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, 7. Cfr., BASENGHI, *L’ingiustificata qualifica del licenziamento*, Colloqui giuridici sul lavoro, a cura di VALLEBONA, 9. L’A. ritiene che il nuovo art. 18 sia il risultato di una destrutturazione del vecchio sistema che, pur complesso e variegato non è privo di “una intima coerenza”.

⁴ MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 15.

⁵ Cfr. sul tema ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti – Fornero*, in *wp csdle “Massimo D’Antona”.it* – 160/2012.

⁶ Così ALBI, *cit.*, 4.

È stato sottolineato come la nuova disciplina svaluti in modo determinante il principio di “conoscibilità ed immutabilità del licenziamento”⁷.

In effetti, le scelte sanzionatorie previste dal legislatore, così come verranno di seguito esposte, conducono ad una disomogeneità delle tutele previste nei diversi casi del licenziamento.

Pertanto, proprio quando sembrava essersi consolidato un orientamento in ordine ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, è intervenuta nuovamente una perdita di unitarietà del licenziamento e delle relative sanzioni, che impegnerà ancora una volta la giurisprudenza verso il consolidamento di un nuovo orientamento.

2. Il licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore e il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c.

Il legislatore al comma 7, art. 18 Stat. Lav., ha stabilito l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata di cui al comma 4, art. 18⁸, in caso di accertamento da parte del Giudice del difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo nelle ipotesi di cui agli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, l. 12 marzo 1999, n. 68, e dunque nelle ipotesi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore, nonché del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c.

Si tratta delle uniche ipotesi rientranti nella categoria del giustificato motivo oggettivo nelle quali la tutela reintegratoria, seppure ad effetti attenuati, dovrà essere applicata, senza che alcun margine di discrezionalità in merito alla scelta sanzionatoria sia stato attribuito al giudice.

Al di là delle scelte sanzionatorie del legislatore, in dottrina ha destato perplessità la collocazione delle suddette fattispecie.

In particolare, è stata ritenuta “controversa” la riconduzione della violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., al giustificato motivo oggettivo, in quanto tale fattispecie “manifesta

⁷ Così SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL., 2012, 03, 521.

⁸ La tutela reintegratoria attenuata si sostanzia nella condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, nonché del versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, dedotto l'aliunde perceptum, dunque quanto percepito dal lavoratore che abbia eventualmente svolto altre attività lavorative, e l'aliunde percipiendum, ossia quanto il lavoratore licenziato avrebbe potuto percepire dedicandosi diligentemente alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso, la misura dell'indennità risarcitoria non potrà essere superiore alle 12 mensilità della retribuzione globale di fatto.

una propria irriducibile autonomia ed impone una chiara diversità di effetti”⁹ rispetto all’ipotesi della inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

La stessa giurisprudenza ha avuto modo di precisare che trattasi di due fattispecie sostanzialmente diverse, connaturate da due causali tra le quali non necessariamente debba sussistere un rapporto di dipendenza, “atteso che il superamento del periodo di comportamento attiene al protrarsi nel tempo di uno stato di malattia a carattere transitorio (o comunque, non necessariamente irreversibile), mentre l’inidoneità fisica attiene all’esistenza di una condizione permanente a carattere irreversibile concernente l’incapacità del lavoratore a svolgere le prestazioni tipiche delle sue mansioni”¹⁰.

Dunque sono due situazioni che incidono diversamente sull’organizzazione del lavoro di una impresa: solo quando l’impedimento fisico del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali abbia carattere definitivo, questo inciderà in maniera permanente in seno all’azienda.

In ogni caso, l’inquadramento della inidoneità fisica o psichica del lavoratore nell’ambito del giustificato motivo oggettivo ha chiarito qualsiasi dubbio interpretativo nel tempo emerso in giurisprudenza che, in parte, riconduceva la predetta fattispecie ad una impossibilità sopravvenuta ex artt. 1256, 1463, 1464, c.c.¹¹.

Quanto al licenziamento ex art. 2110 c.c., la nuova qualificazione come licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha, di riflesso, determinato delle novità nell’ambito dell’onere della prova a carico del datore di lavoro.

Infatti, il datore di lavoro che vorrà recedere per superamento del periodo di comportamento, se occupa più di 15 dipendenti, oltre al rispetto della procedura preventiva prevista nel nuovo art. 7, l. 604/1966, dovrà adesso provare il superamento del periodo di comportamento ex art. 2110, comma 2, e l’incidenza di tale presupposto sull’attività produttiva, sull’organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento di essa, ai sensi dell’art. 3, l. 604/1966.

⁹ ALBI, *cit.*, 11. Così l’autore citando le seguenti pronunce: Cass. 7 febbraio 2011, n.2971, in *Not. Giur. Lav.*, 2011, 202; Cass. 28 gennaio 2010 n.1861, in *Orient. Giur. Lav.*, 2010, I, 227. L’autore afferma che il fatto che la riforma del 2012 collochi fattispecie del recesso “non del tutto coincidenti con la nozione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3, l. 604/1966” comporta il rischio “di innescare potenziali asimmetrie fra in campo normativo più recente ... e quello più antico ...”.

¹⁰ Così, Cass. 20 gennaio 2011, n. 1250, in *De jure.it*.

¹¹ Cfr. Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, in *De jure.it*. In dottrina, si cfr. MARAZZA, *cit.*, 19. L’autore ritiene che nei licenziamenti per sopravvenuta inidoneità fisica “si registra una maggiore difficoltà, se non aleatorietà, nell’accertamento dei presupposti del recesso”, evidenziando comunque come “la scelta del legislatore sul regime sanzionatorio applicabile è oggettivamente inequivocabile”.

E' evidente come l'assolvimento dell'onere della prova da parte del datore di lavoro è reso ben più arduo, e ciò per una causa di recesso che ante riforma era pacificamente e chiaramente regolata da una norma speciale, l'art. 2110, comma 2, c.c..

3. La manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e l'incertezza della sanzione applicabile

Il legislatore ha altresì stabilito al comma 7, dell'art. 18, che la tutela reintegratoria attenuata di cui al comma 4, della stessa norma, possa essere applicata anche nell'ipotesi in cui il giudice accerti la "manifesta insussistenza" del "fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo".

La previsione legislativa, così formulata, ha suscitato in dottrina non poche perplessità interpretative, in particolare riguardo:

- 1) l'identificazione del "fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo";
- 2) la nozione di "manifesta insussistenza" *strictu sensu* e le relative conseguenze sanzionatorie.

In attesa di vedere come la giurisprudenza orienterà le proprie scelte in merito alla interpretazione della manifesta insussistenza e alle relative sanzioni, la dottrina si è adoperata, anche in ausilio dei giudici che si troveranno ad applicare il nuovo art. 18, al fine di individuare schemi interpretativi logici, univoci, e soprattutto ragionevoli.

Secondo una prima impostazione dottrinarica¹², "il fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" deve identificarsi con "la ragione economica e organizzativa che ne è a fondamento", e dunque nel caso in cui tale ragione sia carente, oppure "pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso".

Nello stesso senso, è stato rilevato¹³ che, poiché la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento presuppone anzitutto che "il licenziamento sia ingiustificato perché intimato in violazione dell'art. 3 l. n. 604/1966", nell'ambito dei confini della fattispecie così come definiti nel tempo dalla giurisprudenza, "il fatto posto a base del licenziamento ... non può intendersi come fatto materiale ma deve necessariamente riferirsi agli elementi che compongono il giustificato motivo oggettivo", e pertanto "è un fatto da intendersi in senso giuridico e deve essere globalmente accertato".

¹² SPEZIALE, *cit.*, 521.

¹³ ALBI, *cit.*, 19.

Si osserva tuttavia che “il fatto posto a base del licenziamento” altro non è che il fatto storico che il datore di lavoro indicherà nella lettera di licenziamento a giustificazione dello stesso licenziamento¹⁴, lo stesso fatto che dovrà indicare nell’atto introduttivo del giudizio e provare in prima battuta, proprio in virtù del regime delle preclusioni rigide vigente nel diritto processuale del lavoro. Tuttavia, il “fatto” non può essere identificato esclusivamente con il fatto naturale dedotto dal datore di lavoro. Il “fatto” è un insieme più complesso, che è costituito dalla modifica organizzativa e dalla conseguente soppressione del posto cui era addetto il lavoratore e, pertanto, si identifica nel fatto giuridico.

Tale locuzione dunque non apporta alcuna novità all’elaborazione giurisprudenziale ultra trentennale in punto di giustificato motivo oggettivo.

Non si ritiene di sostanziale rilevanza, quindi, la distinzione tra fatto materiale e fatto giuridico, costituendo il fatto materiale adottato dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento il presupposto giuridico del licenziamento intimato¹⁵.

Piuttosto, “il legislatore sembra implicitamente ribadire il noto principio della immutabilità dei motivi oggettivi di licenziamento comunicati al dipendente”¹⁶ concentrando solo su quelli la verifica giudiziale.

Dunque, è condivisibile la proposta interpretativa che identifica la “insussistenza del fatto” oltre alla non allegazione del fatto in sé, alla prova del nesso causale, dunque quando manchi uno stretto collegamento tra il fatto e la soppressione del posto di lavoro.

In altre parole, anche quando il fatto dedotto dal datore di lavoro, pur provato dallo stesso, non presenti all’esito dell’istruttoria alcun collegamento logicamente plausibile con la soppressione del posto di lavoro, il fatto deve considerarsi “insussistente”.

Detto ciò, bisognerà attribuire un significato anche alla nozione di “manifesta insussistenza”, che in prima lettura desta non poche difficoltà interpretative.

Letteralmente, ciò che rileva nella nozione di “manifesta insussistenza” è il “fatto manifestamente non sussistente”.

Taluno¹⁷ ha ritenuto che il termine “manifesta insussistenza” operi nell’ambito processuale della prova, perché “solo alla luce di quanto dimostrato in giudizio” la mancanza del giustificato motivo oggettivo può rivelarsi “manifesta”, dovendosi

¹⁴ In questo senso cfr., BIANCHI D’URSO E ARMENTANO, in *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento, Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di VALLEBONA, 13.

¹⁵ In questo senso, cfr., CESTER, *cit.*, 27.

¹⁶ MARAZZA, *cit.*, 15.

¹⁷ Così, SPEZIALE, *cit.*, 20.

necessariamente postulare “un raffronto tra i fatti descritti nella lettera di licenziamento e quelli provati in giudizio”¹⁸ da parte del datore di lavoro.

Occorre tuttavia distinguere fra la illegittimità del licenziamento per mera “insussistenza” del fatto e illegittimità per “manifesta insussistenza”.

L’espressione “manifesta” non può giuridicamente costituire un puro *flatus vocis*, sostanzialmente privo di alcun significato preciso.

Appare inverosimile che il legislatore abbia casualmente utilizzato una determinata terminologia. Piuttosto, appare evidente che sul piano delle conseguenze sanzionatorie l’illegittimità sia stata calibrata e, a seconda della gravità, sia stata o meno prevista l’applicazione della tutela reintegratoria¹⁹.

Infatti, l’aggettivo “manifesta” è certamente rafforzativo della mera insussistenza.

In dottrina è stato osservato che l’aggettivo “manifesta” sia “finalizzato a colorare e rafforzare proprio la modalità di accertamento del giudice ed anche ad evidenziare che nell’intenzione del legislatore la reintegrazione opera come *extrema ratio*”²⁰.

In tal senso l’aggettivo manifesta non avrebbe alcun significato sostanziale.

Altra parte della dottrina ha invece cercato di attribuire anche a tale controversa qualificazione un significato “ragionevole”²¹, suscettibile di arginare le valutazioni diversificate da parte dei giudici.

Rimanendo sul piano dell’onere della prova, è stato sostenuto che, “ove non siano provate le effettive ragioni di ordine produttivo ed organizzativo addotte a giustificazione della soppressione del posto di lavoro” da parte del datore di lavoro, dalla mancanza totale di tale elemento ne discenderà l’applicazione della tutela reintegratoria; diversamente, se la mancanza dell’elemento addotto dal datore di lavoro dovesse essere solo parziale, dovrà applicarsi la tutela indennitaria²².

¹⁸ MARAZZA, *cit.*, 16.

¹⁹ Cfr., COSIO, *op. cit.*; MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell’art. 18)*. L’autore ritiene che nel caso del giustificato motivo oggettivo, nonostante la sanzione sia soltanto indennitaria, è comunque “*certa, ed opportunamente adeguata e graduata*”. MARESCA, *op. cit.*, 433, ha rilevato che l’impostazione della norma esprime l’intenzione del legislatore di dichiarare che la tutela reintegratoria opera quale *extrema ratio*.

²⁰ Così, MARESCA, *cit.*, 24; nello stesso senso, cfr. SCARPELLI, www.wikilabour.it, 2012, 87; cfr. anche F. CARINCI, *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, Relazione tenuta al Convegno “La riforma del mercato del lavoro”, 13 aprile 2012, Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

²¹ Così, COSIO, *Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella riforma del mercato del lavoro*, in www.europeanrights.eu

²² ALBI, *cit.*, 21.

Orientando il giudizio di valutazione della “manifesta insussistenza” verso un piano meramente soggettivo, taluno ha avanzato l’ipotesi che il fatto provato dal datore di lavoro come causa di licenziamento sia manifestamente insussistente quando risulti privo di ogni collegamento logico con la soppressione del posto di lavoro del dipendente, facendo ciò emergere una assoluta mala fede del datore di lavoro, un comportamento pretestuoso dello stesso. In tal senso la manifesta insussistenza può essere parametrata alla buona fede e proporzionalità²³.

Sul punto, si ritiene che la “manifesta insussistenza” debba collocarsi proprio sul piano del nesso causale e dunque debba rilevare ogni qualvolta vi sia una formulazione dei fatti contraddittoria, priva di logica, dalla quale non risulti provato il nesso causale tra il fatto e il licenziamento. Contraddittorietà e incongruenza che potrebbe certamente rivelarsi pretestuosa e lesiva dei principi di buona fede nella gestione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro, ma che non necessariamente deve essere conseguenza della malafede dello stesso.

Ciò che appare evidente è che il legislatore, con la previsione della “manifesta insussistenza” del fatto che deve essere accertata dal giudice, ha espresso un giudizio di disvalore nei confronti degli atti compiuti in presenza di un diritto, quello di licenziare, proprio del datore di lavoro, valorizzando invece elementi “diretti a scopi non conformi alla funzione che la coscienza civile attribuisce al diritto stesso”²⁴, come l’imprevedibilità e l’incertezza.

Infine, ulteriori critiche sono state espresse in ordine alle conseguenze sanzionatorie dell’avvenuto accertamento della manifesta insussistenza del fatto. In tal caso, infatti, il giudice non “deve”, ma “può” applicare la sanzione reintegratoria²⁵.

L’attribuzione al giudice di un’ampia ed indeterminata discrezionalità, dovendo egli valutare in base alla insussistenza del fatto contestato quando questa sia “manifesta”,

²³ DIAMANTI, relatore del Seminario dal titolo *I licenziamenti dopo la riforma*, Università di Pisa, 25 maggio 2012. L’autore riporta un esempio pratico circa la fattispecie della manifesta insussistenza del fatto: una modifica organizzativa determinata dalla introduzione di macchinari, dalla quale dipende la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il dipendente, in quanto le relative funzioni vengono svolte dai macchinari introdotti. Tuttavia, non viene realizzato alcun acquisto di macchinari. Conseguentemente, vista la clamorosa falsità del fatto dedotto, si è in questo caso sul terreno della manifesta insussistenza.

²⁴ Così, PALLINI, *Utilità sociale quale limite interno al potere di licenziamento?*, in *RIDL*, 2012, II, 95.

²⁵ Cfr., MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell’art. 18)*. Secondo l’autore il “può” deve essere inteso come “deve”, nel senso che l’applicazione della reintegrazione sia “una eventualità incumbente ed impalpabile, perché ognuno comprende che la sottile linea di confine fra la insussistenza, e la “manifesta” insussistenza, della ragioni organizzative o produttive poste a base del licenziamento, o della non riutilizzabilità del lavoratore in altre mansioni, può essere individuata soltanto scrutando le profondità della mente del giudice”.

dunque così grave da giustificare non una mera tutela indennitaria ex comma 5, dell'art.18, bensì una tutela reintegratoria, ex comma 4, dell'art. 18, ha suscitato in dottrina “un sospetto di discriminazione”, per non aver il legislatore previsto la medesima disciplina giuridica per situazioni fortemente omogenee.²⁶

Ricordiamo al riguardo come nel licenziamento per giustificato motivo soggettivo l'applicazione della reintegrazione è prevista, senza alcuna alternativa, in caso di mera “insussistenza del fatto”.

La mancata esplicitazione di un qualunque criterio obiettivo sul quale fondare e giustificare la scelta del giudice può effettivamente comportare il rischio ulteriore che “la discrezionalità si traduca frequentemente in arbitrio”²⁷.

Tuttavia, il giudice dovrà espressamente motivare la propria decisione e pertanto non sarà difficile comprendere quali siano stati i principi, generali dell'ordinamento o arbitrari, che lo hanno guidato verso una scelta piuttosto che un'altra.

4. Le altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo e la tutela indennitaria

Il legislatore ha stabilito che “nelle altre ipotesi in cui si accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo” il giudice applica la tutela di cui al comma 5, dunque la tutela indennitaria²⁸.

Dunque, quali sono le altre ipotesi che rientrano nella categoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?

È escluso che nelle “altre ipotesi” di licenziamento rientrino le fattispecie del licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore e il licenziamento in violazione dell'art. 2110, comma 2, c.c., per i quali, lo abbiamo visto, è prevista l'applicazione della tutela reintegratoria.

²⁶ Così, SPEZIALE, *op. cit.*, 19, nel comparare il comma 4 e il comma 7 del nuovo art. 18. In questo senso anche, BARBIERI, *L'ingiustificata qualificazione del licenziamento, Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di VALLEBONA, 8.

²⁷ BIANCHI D'URSO E ARMENTANO, in *L'ingiustificata qualificazione del licenziamento, Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di VALLEBONA, 15.

²⁸ La tutela indennitaria prevista al comma 5 consiste nel pagamento, in favore del lavoratore, di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, fra le 12 e le 24 mensilità di retribuzioni, tenuto conto dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, delle iniziative assunte dal lavoratore per ricercare una nuova occupazione, del comportamento delle parti nella procedura preventiva di licenziamento.

È esclusa altresì l'ipotesi della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, perché in questo caso, specificamente previsto dal legislatore, è prevista la possibilità di applicare la tutela reintegratoria, o quella indennitaria.

Il primo indizio utile ad una ricostruzione interpretativa delle “altre ipotesi” è la sanzione prevista, ossia la tutela indennitaria, senza che alcuna possibilità di scelta sia stata riconosciuta al giudice, che pertanto non potrà decidere diversamente come nel caso della “manifesta insussistenza”.

Si ritiene pertanto che le “altre ipotesi” siano quelle che rientrino nella mera “insussistenza” dei fatti, dunque dalla non allegazione del fatto in sé, alla prova del nesso causale privo di uno stretto collegamento tra il fatto e la soppressione del posto di lavoro, o comunque in tutti i casi in cui i fatti provati in termini di causa ed effetto non integrino i presupposti legittimanti il licenziamento²⁹.

Pertanto, la distinzione, apparentemente complessa, non sembrerebbe essere concretamente di difficile attuazione. Piuttosto, tale destrutturazione normativa sembrerebbe responsabilizzare ulteriormente il datore di lavoro, al quale converrà intimare un licenziamento per giustificato motivo solo se effettivamente esistente un motivo potenzialmente legittimo, poiché in caso contrario rischierebbe l'applicazione della sanzione reintegratoria.

5. Il mutamento del licenziamento nel corso del giudizio

Nell'ultimo periodo del comma 7, del nuovo articolo 18, il legislatore ha previsto la possibilità per il giudice, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, di accertare che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia in realtà determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari. In tal caso, dovranno trovare applicazione le relative sanzioni, come previste nella stessa disposizione.

Il giustificato motivo oggettivo costituisce un presupposto di legittimità dell'atto di recesso che per essere considerato legittimo deve essere fondato su ragioni “inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, che abbiano causato la soppressione del posto di lavoro cui era adibito il lavoratore licenziato.

²⁹ In questo senso, MARESCA, *cit.*, 22.

La giurisprudenza ha da sempre fondato la propria decisione sul positivo accertamento della sussistenza del giustificato motivo, in ragione delle prove addotte, delle testimonianze assunte, e soprattutto della documentazione dedotta in giudizio, valutate complessivamente.

Dunque, dal testo della norma sorge spontaneamente un interrogativo: come sia possibile che nel corso del giudizio il licenziamento risulti determinato da ragioni differenti da quelle provate dal datore di lavoro, posto che se non provata la causa del licenziamento, questo verrebbe dichiarato illegittimo.

In che modo il giudice può attribuire al datore di lavoro la scelta di un presupposto di legittimità del licenziamento, di diversa natura, e che il datore di lavoro non ha in concreto posto a fondamento dell'atto di recesso?

Evidentemente, come già sopra accennato in riferimento alla manifesta insussistenza, il giudice non deve limitarsi ad accertare l'avvenuto assolvimento dell'onere della prova da parte del datore di lavoro, per poi dichiarare la legittimità o meno del licenziamento, com'è avvenuto fin'ora nelle aule giudiziarie, ma adesso al giudice è richiesto qualcosa di più.

Non appare sufficiente la verifica da parte del giudice dell'effettività del giustificato motivo, che costituisce presupposto causale e di legittimità del licenziamento, piuttosto è necessaria una ricostruzione capziosa dei fatti, che possa svelare il vero interesse del datore di lavoro al licenziamento intimato.

Solo così, infatti, sarebbe possibile individuare le ragioni discriminatorie o disciplinari del licenziamento.

Pur volendo censurare la scelta imprenditoriale di licenziare per motivo oggettivo, al fine di nascondere il reale motivo di licenziamento, che possa essere invece disciplinare o discriminatorio, e dunque censurare la difformità valoriale di una condotta, è pur vero che “tale difformità può ritenersi giuridicamente rilevante solo ove il valore prescelto quale parametro di comparazione sia assunto dalla norma”³⁰.

Non devono essere confusi i criteri esterni di valutazione della legittimità dell'esercizio dei poteri datoriali, con quelli interni all'interesse organizzativo del datore di lavoro, che fino a prova contraria prescindono dalla prova del licenziamento.

Eppure, con il testo del nuovo articolo 18 è stata legittimata la possibilità, per il giudicante, di ricercare ragioni diverse da quelle indicate e provate dal datore di lavoro,

³⁰ Così, PALLINI, *Utilità sociale quale limite interno al potere del licenziamento?*, in RIDL, 2012, II, 96.

ammettendo la possibilità che nel corso del giudizio risulti il mutamento della causale del licenziamento.

Il risultato fa molto discutere, perché una cosa sarebbe rilevare da parte del giudice l'inesistenza del motivo addotto dal datore di lavoro come causa del licenziamento intimato, cui seguirà la sanzione prevista; altra cosa è conferire al giudice un potere che neppure la nostra carta costituzionale gli riconosce, ossia quello di andare oltre gli elementi del giudizio, sino a giungere alla valutazione dell'elemento volitivo insito nella scelta datoriale resa manifesta nel licenziamento, avvalorando in aggiunta la discrezionalità di ogni singolo giudice nell'agire.

Quanto al licenziamento discriminatorio, l'espressa previsione normativa non introduce nulla di nuovo, in quanto da sempre il licenziamento che risulti essere stato intimato per ragioni discriminatorie è nullo. Questo tipo di licenziamento emerge sempre e solo nel corso del giudizio, perché nessun datore di lavoro giustificerebbe il licenziamento con motivi discriminatori.

È stato osservato come riguardo al licenziamento discriminatorio “la disposizione è forse superflua”³¹.

Infatti, il licenziamento discriminatorio costituisce l'unico caso che rende necessaria la ricostruzione della fattispecie da parte del giudice oltre i fatti adottati dal datore di lavoro, per individuare il fattore discriminante, che è un fattore qualificante interno e non esterno. Questo è l'unico caso in cui al giudice è stato sempre concesso di andare oltre i fatti, a garanzia della tutela dei principi costituzionali antidiscriminatori³².

Ancora, è stato ribadito che “la riqualificazione del licenziamento e la conseguente modificazione del regime sanzionatorio applicabile non può essere disposta d'ufficio dal giudice, ma deve essere espressamente domandata dal ricorrente”³³.

Tuttavia, la prova del motivo discriminatorio non è sufficiente, essendo necessario provare che tale motivazione “costituisce l'unica ragione del provvedimento espulsivo che, quindi, è stato adottato esclusivamente per finalità disciplinari o discriminatorie”³⁴.

In conclusione, il legislatore sembra aver agito con un evidente pregiudizio nei confronti dei datori di lavoro, il pregiudizio che gli stessi siano soliti abusare del licenziamento per

³¹ MARAZZA, *cit.*, 18.

³² In questo senso, MARAZZA, *cit.*, 7.

³³ Così MARAZZA, *cit.*, 18.

³⁴ MARESCA, *cit.*, 23.

giustificato motivo oggettivo, al fine di celare i reali motivi di licenziamento, non attinenti all'organizzazione aziendale nel complesso³⁵.

³⁵ A quattro mesi dall'entrata in vigore della riforma sul mercato del lavoro, il Tribunale di Bologna (Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *www.giuslavoristi.it*) ha avuto modo di pronunciarsi in merito al recesso per giustificato motivo oggettivo, applicando il nuovo art. 18. Il caso è quello di una lavoratrice cinquantasettenne, dipendente part-time alla quale, in Modena presso un nuovo esercizio, a condizione che accettasse le condizioni di lavoro praticate agli altri dipendenti (rapporto di lavoro a tempo pieno, con tutti i sabati e le domeniche lavorati). La lavoratrice si rifiutava e veniva licenziata. L'ordinanza ha ritenuto che "la manifesta violazione ... integra motivo illecito nonché il carattere esclusivamente ritorsivo (e come tale discriminatorio : v. Cass. sez. lav. N. 6282/2011) e quindi la nullità del licenziamento intimato, che rende applicabile a favore della ricorrente la tutela reintegratoria prevista dal novellato art. 18, c. 1, legge 300/1970 avverso il licenziamento discriminatorio nonché "riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c.".

LA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO: UN INVITO A RIPENSARE

Francesco Basenghi
Università degli studi di Modena e Reggio Emilia

Da qualche mese la c.d. Riforma Fornero è legge. Ma raramente – pur in un quadro politico-istituzionale da tempo confuso e sfilacciato, pronto ad ogni contorsione suggerita dalle reciproche convenienze del momento – un intervento così ambizioso è stato accolto con toni tanto critici: critiche, pur con accenti diversi, le organizzazioni sindacali dei lavoratori; critiche – con toni talora caustici – le associazioni datoriali; critiche le stesse forze politiche che *ob torto collo* hanno poi votato il provvedimento; critici i primi commentatori, con toni oscillanti tra la disincantata “presa d’atto” dell’ennesima occasione perduta e l’aperta censura rispetto a possibili derive ritenute vuoi reazionarie vuoi dirigistiche.

Niente di nuovo sotto il sole, si dirà¹.

Ma se è vero che da tempo immemorabile la critica, spesso schierata in modo rigorosamente *bipartisan*, accoglie ogni provvedimento legislativo, quale ne sia il contenuto – via via perché troppo timido o troppo ardito, troppo banalizzante o troppo complesso, troppo ideologico o troppo pragmatico – sarebbe anche troppo semplice liquidare le affermazioni di biasimo come il solito *deja-vu*. E’ indubbio che la riforma – salutata con favore nel momento “alto” in cui pareva voler coniugare senza esitazioni flessibilità e sicurezza, efficienza e tutela, competitività e protezione, ragioni della produzione e tutela dei diritti, non senza allusioni al dovere di onorare impegni assunti nei riguardi delle istituzioni europee² – ha progressivamente perso l’*appeal* originario per decadere “in basso” a misura di più corto respiro, depotenziata nei suoi contenuti più incisivi. Al suo progressivo disconoscimento proveniente, quanto a paternità, da chi se ne era fatto dapprima

¹ Come pure non è nuova la riprovevole prassi di apportare modifiche ad un provvedimento appena nato – come è invariabilmente avvenuto anche con la l. n. 92 del 2012 – denunciando in questo modo un procedere incerto e irrisolto.

² Si allude alla celebre lettera dell’agosto 2011 inviata dalla BCE – a firma di Trichet e Draghi – al Governo italiano, con la quale si sollecitava “una accurata revisione delle norme che regolano l’assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi”.

promotore, ha fatto seguito il consueto rito dei veti partitici incrociati e solo alla fine la riforma è stata “salvata” a colpi di fiducia parlamentare³. Ma non senza perdite.

Di fronte a questo esito, stonano alcuni toni enfatici; al solito, polarizzati nei due sensi opposti. Così, è vero che la riforma – o ciò che ne è rimasto – non pare avere nulla di epocale, almeno se con questo aggettivo si allude alla capacità di incidere sui nuclei fondativi ed essenziali dell’assetto del mercato del lavoro nazionale. Da questo punto di vista l’intervento non è ciò che il Paese attendeva per superare con forza la pesantissima recessione e – si è facili profeti – non darà la spinta decisiva per invertire questo processo. Per converso, però, nemmeno può dirsi che esso abbia un peso trascurabile o marginale, tanto da risultare ininfluente.

Senza perdersi in fuor d’opera, si può forse dire che ci si trova di fronte all’ennesimo tentativo di aggiustamento e, nel contempo, di manutenzione del quadro legale, soprattutto in funzione correttiva rispetto ad alcune palesi incongruenze – generate sia da regolamentazioni nate come già equivoche e confuse sia da distorsioni maturate in fase applicativa – non più accettabili e pagate a carissimo prezzo da quello che taluni chiamano il “Sistema Paese”⁴; proprio quelle distorsioni così macroscopiche ed indigeribili che hanno reso il mercato del lavoro nazionale inefficiente e bisognoso di riforme tanto radicali da far apparire la riforma in esame come velleitaria, quasi si volesse – per parafrasare il noto editoriale del WSJ – “vuotare il lago di Como con mestolo e cannuccia”.

Al di là di facili ironie, l’impressione finale è che il saldo sia comunque favorevole, anche se si sarebbe potuto fare ancora meglio, dal punto di vista tecnico, senza per questo sollevare grandi opposizioni o resistenze. Insomma, con un po’ di maggiore attenzione – soprattutto rivolta alla tecnica redazionale – si sarebbero potuti facilmente evitare alcuni piccoli infortuni.

Nell’ovvia impossibilità di affrontare una trattazione minimamente esauriente, ci si limiterà ad alcune osservazioni frutto più del comune buon senso che di una rigorosa e puntuale ermeneusi, limitata a due parti ritenute a ragione qualificanti l’intero provvedimento: da un lato, gli interventi sulle figure contrattuali; dall’altro, il regime protettivo per i casi di licenziamento illegittimo.

³ Per una arguta analisi del quadro generale di riferimento si rinvia a F. CARINCI, Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, in LG, 2012, 538 ss.

⁴ Per un quadro complessivo si rinvia, tra gli altri, a R. ZACCARIA, Fuga dalle legge? Seminari sulla qualità della legislazione, Grafo, Brescia, 2011.

E' noto quanto peso abbia avuto la contrapposizione – semplificante ma utile ai fini descrittivi – tra flessibilità “in entrata” ed “in uscita”⁵. Essa procede dalla duplice convinzione che al maggior dinamismo del mercato del lavoro possa giovare l’allentamento dei vincoli nella regolazione della fase di cessazione del rapporto, e che, per contro, dalle imprese si debba e si possa esigere un maggior rigore nell’uso degli strumenti contrattuali alternativi rispetto al modello ordinario – anche al di fuori dell’area del lavoro dipendente – rappresentato dalla figura *ex art.* 2094 cod. civ., con il conseguente abbandono delle ben note prassi abusive in materia.

Da questo punto di vista, non è un caso che – dopo l’opportuna previsione di percorsi di monitoraggio e di valutazione della riforma – il legislatore “apra i giochi” con una riscrittura dell’art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 solo apparentemente cosmetica.

In realtà, la novellazione esprime con forza una nettissima opzione di principio, che va oltre la limitata contrapposizione tra lavoro a termine ed a tempo indeterminato. E così il “contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato” viene assunto al rango di modello negoziale di *default* ed assorbente, *la* “forma comune di rapporto di lavoro”; rapporto di lavoro non ulteriormente qualificato, cosicché l’omissione dell’aggettivo “subordinato” non appare come l’ennesimo episodio della ormai consueta trascuratezza del legislatore ma si eleva a frutto consapevole di una precisa scelta di fondo, volta a ridurre gli spazi lasciati alla adottabilità di tipologie contrattuali “altre” rispetto a quella prototipale.

Insomma, il contratto di lavoro *subordinato* a tempo indeterminato viene assunto a modello di *default* rispetto all’universo delle relazioni nelle quali venga dedotta una prestazione di lavoro personale⁶. E ciò vale a ribadire l’assoluta centralità nel sistema tolemaico che comprende le forme contrattuali di lavoro, validando tanto le operazioni che ammettono il ricorso a figure tipologiche alternative solo in presenza di condizioni eccezionali quanto il meccanismo della riconducibilità vincolata della prestazione di lavoro – nel suo porsi come erogazione di energie a favore di altri – proprio al modello *ex art.* 2094 cod. civ.

⁵ A questa giustapposizione sono più o meno fedeli, pur in modo diverso, i primi commenti: si v., tra gli altri, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *DPL* (suppl.), 2012; M. TIRABOSCHI, P.L. RAUSEI (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata*, Adapt Labour Studies, e-book series, n. 2, Modena.

⁶ Una lettura più restrittiva è invece suggerita da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, 415 ss., il quale colloca la previsione all’interno della consueta polarizzazione tra contratto di lavoro a termine ed a tempo indeterminato.

Da questo punto di vista il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato è *il* modello referenziale, rispetto al quale tutti gli altri tipi devono invariabilmente porsi in relazione di specialità; specialità ammissibile solo in presenza delle condizioni individuate dalla legge. E', insomma, il "tipo dominante", tanto per restare fedeli alla precisa scelta di principio rivendicata con orgoglio in apertura dell'art. 1.

Compiuta questa opzione di sistema, si comprende la *ratio* degli interventi sulle figure estranee alla subordinazione ma storicamente segnate da un largo utilizzo improprio o abusivo.

Per essere concretamente attuata e non rimanere solo affermata, la centralità presuppone la promozione di una *actio finium regundorum* che ridisegni il sistema di ambiti e relazioni tra i tipi contrattuali. Ben si spiega, quindi, la revisione della disciplina in materia di contratto d'opera, di contratto a progetto e di associazione in partecipazione; revisione tutta orientata nella direzione del recupero della originaria destinazione funzionale dei singoli tipi e della introduzione di strumenti di dissuasione o contenimento rispetto a prassi poco virtuose, se non apertamente illecite.

Con quali esiti, è difficile dire in modo limpido e definitivo. Ma il segno è tracciato.

Quanto al contratto d'opera non mancano le distonie. Così, da un lato si introduce una presunzione di collaborazione coordinata e continuativa – solo relativa, però – in presenza di una serie di indicatori individuati dalla legge e già valutabili, secondo il diritto vivente, come indicativi di una relazione di natura parasubordinata (si pensi alla disponibilità di una "postazione di lavoro fissa" presso il committente ovvero alla rilevante dipendenza economica del prestatore); dall'altro si confina l'operatività della norma tramite la definizione di limiti obiettivi tanto stringenti da pregiudicarne la reale efficacia⁷.

Alla modesta incidenza regolativa si contrappone però la straordinaria severità degli esiti potenzialmente conseguenti all'eventuale mancato superamento della presunzione da parte del committente che vi abbia interesse. Si allude al singolare processo bifasico costruito dal legislatore e giocato su un doppio passaggio: il primo tra rapporto d'opera e rapporto di

⁷ Si allude ovviamente al sistema di limiti costruito sulla concorrenza di condizioni ostative – la presunzione non opera in riferimento a "prestazioni lavorative svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati" – come pure dalla coesistenza di requisiti reddituali minimi e pochezza dei contenuti professionali dell'attività prestata, che non deve comportare "competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi", ovvero "capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività". Sul tema cfr. V. PINTO, *Prime chiose sulla nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, W/P C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, n. 151/2012, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>, 15 ss.

collaborazione coordinata e continuativa, infulcrato proprio sulla presunzione *iuris tantum*; il secondo tra quest'ultimo ed il rapporto di natura subordinata *ex art. 2094 cod. civ.* conseguente all'operatività del ben noto meccanismo di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003, inevitabilmente destinato ad applicarsi ogniqualvolta nel caso di specie non si possa rivenire un "progetto" ovvero non ricorra una delle ipotesi derogatorie rispetto al modello della riconducibilità vincolata voluto dall'art. 61 dello stesso decreto.

Insomma, ad una previsione di limitata ampiezza applicativa si accompagna uno straordinario rigore sanzionatorio; rigore probabilmente eccessivo, se è vero che l'effetto finale è quello di configurare *ex lege* un rapporto di lavoro dipendente a fronte di una relazione formalizzata come autonoma e, al più, qualificabile di fatto come parasubordinata – grazie al gioco delle presunzioni – giammai come dipendente *tout court*.

Anche il contratto a progetto è coinvolto nel processo di rimodulazione degli spazi intertipologici e ne esce con maggior nitore.

La pulizia è condotta su più direttrici: eliminando il da sempre sfuggente riferimento al "programma" quale *quid* alternativo rispetto al "progetto"; insistendo sulla necessaria, puntuale individuazione del risultato finale dedotto in contratto; validando il più rigoroso orientamento giurisprudenziale – prevalente ma non pacifico – formatosi a proposito del significato attribuibile all'equivoco disposto di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003. A quest'ultimo proposito la scelta legislativa non risolve le fondatissime perplessità nutrite nei riguardi di una soluzione tecnica tanto punitiva da condurre alla qualificazione forzata *sub specie* di subordinazione di un rapporto – quello dedotto nel contratto a progetto – svolto realmente in modo autonomo, e ciò a causa di una semplice carenza di natura cartolare⁸.

Resta nondimeno il fatto che la creazione di un sistema normativo composto da regole certe, semplici, di facile lettura e di ancor più facile applicazione costituisce un valore in sé apprezzabile, al di là delle scelte tecniche compiute.

Nell'area della subordinazione si assiste ad una complessiva opera di messa a punto di tipologie già collaudate e si preferisce la sorvegliata cautela al piglio determinato e volitivo.

Così, tra la manutenzione del *part-time* e l'ennesima riscrittura di alcune norme in tema di apprendistato – figura sulla quale il legislatore dà segno di patologica inquietezza, al limite dell'ossessione – la novità di maggior momento è quella riguardante la "acausalità" del primo contratto a termine; scelta tecnica solo apparentemente distonica rispetto a quella

⁸ Cfr. ancora V. PINTO, *Prime chiose*, cit., 12 ss.

dichiarata nell'*incipit* della l. n. 92 del 2012 in merito alla qualificazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato come tipo dominante, dacché questa va compiutamente valutata solo nell'ambito del complessivo riassetto della fattispecie, caratterizzato da misure in tema di allungamento del periodo "cuscinetto" corrente tra un'assunzione a termine e quella successiva ovvero dalla computabilità dei periodi di somministrazione ai fini del calcolo dei 36 mesi di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, del d. lgs. n. 368 del 2001⁹.

Come accennato, nel sistema della riforma, agli interventi incidenti sulla selezione delle tipologie contrattuali hanno corrisposto interventi sulla regolazione della fine del rapporto, secondo una logica riassunta nella giustapposizione tra flessibilità in uscita ed in entrata.

La sensibilità della materia ha giustificato le tensioni – anche ideologiche – che hanno accompagnato la riscrittura del sistema protettivo forte. E queste tensioni non hanno giovato alla serenità della valutazione complessiva sul nuovo impianto. Del resto, la banalizzazione dei termini del dibattito – il suo degradarsi a contrapposizioni semplificanti buone al più per qualche urlato confronto televisivo – sebbene non sia inedita, oltre ad impedire ogni riflessione seria e produttiva, genera equivoci e porta ad abbagli ingiustificabili¹⁰.

In realtà – come tutti sanno – si tratta di tensioni tutt'altro che inattese, visto che di riforma o revisione del regime protettivo "forte" si parlava con insistenza da almeno un quindicennio o forse più.

Dopo tanto discutere, la riscrittura è finalmente arrivata e – va da sé – non poteva che giungere da parte di un esecutivo che – forte della assenza di esplicite caratterizzazioni politiche sue proprie e dell'appoggio di una maggioranza *bipartisan* – ha potuto dove altri, in precedenza, avevano fallito.

Si è molto detto del complessivo significato di un simile intervento, tanto sul piano della sua concreta rilevanza quanto su quello della sua giustificabilità in termini di supporto alla crescita dell'occupazione: nel primo senso si è insistito sul limitato numero delle controversie cui abbia fatto seguito un provvedimento di effettiva reintegrazione; nel secondo senso, sulla mancanza di riscontri scientificamente inoppugnabili a sostegno dell'assunto.

⁹ Di operazione compensativa, condotta all'interno degli interventi in tema di contratto a termine, parla giustamente L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., 100.

¹⁰ Si fa riferimento, ad esempio, a chi – qualche giorno dopo l'entrata in vigore della Riforma – ha parlato di "licenziamento economico" come di una figura ammessa solo oggi nel nostro ordinamento.

Ma entrambi gli argomenti non sono parsi così convincenti da suggerire l'ennesima moratoria e l'abbandono del progetto di rimodulazione della tutela. Ed in effetti, alla indiscutibile infrequenza dei casi in cui si sia fatto luogo alla reintegrazione effettiva e "forzosa" del lavoratore, a seguito del provvedimento giudiziale, si contrappone – ed è un dato di tutta evidenza – l'elevatissimo numero di controversie nelle quali l'art. 18 St. lav. viene comunque invocato ed applicato dal giudice¹¹, sebbene poi il lavoratore preferisca esercitare la c.d. opzione economica e, comprensibilmente, rifiutare il rientro in un ambiente di lavoro ostile, mantenendo però il diritto alle retribuzioni maturate *medio tempore* tra il licenziamento e la successiva reintegrazione. Quanto al secondo tema, il preteso legame tra allentamento dei vincoli al licenziamento ed incremento dell'occupazione sembra avvertibile più sul versante psicologico che su quello fattuale. Ciò non toglie, nondimeno, che anche la semplice percezione di minori vincoli alla risoluzione del rapporto possa muovere l'imprenditore a preferire la più onerosa ma sicura forma del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato rispetto ad una delle fattispecie atipiche – in senso atecnico – offerte dal sistema ma adattabili a fatica alla realtà del rapporto, spesso a costo di cervelotiche acrobazie lessicali e spregiudicati contorcimenti formali.

Va da sé, peraltro, che l'incremento occupazionale non poteva e non può rappresentare da sé il solo tema ispiratore della riforma. Ben diversamente, il regime meritava una revisione anche e soprattutto in considerazione della profonda iniquità di esiti ai quali esso conduceva principalmente (ma non solo) a causa dell'abnorme durata del processo¹²; iniquità – v'è da dire – gravante su entrambe le parti del giudizio: sul lavoratore, estromesso di fatto dall'azienda e costretto a ripiegare – di fatto in via definitiva, senza alcuna realistica aspettativa di rientro – su occupazioni alternative, spesso di fortuna; sul datore di lavoro, esposto al rischio di vedere dichiarata la illegittimità del licenziamento dopo anni ed anni di giudizio, con la conseguente condanna al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata alle retribuzioni perdute dal dipendente e, quindi, di consistenza economica gravosissima se non, a volte, insostenibile.

¹¹ Secondo P. ICHINO, La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, Relazione al Convegno del Centro Studi Nazionale di Diritto del Lavoro "D. Napoletano" – Pescara, 11 maggio 2012, in www.archivio.pietroichino.it/saggi/index.asp, 14, l'esiguo numero delle sentenze nelle quali di fatto si applica l'art. 18 non ha nulla a che vedere con il tasso di effettività della norma.

¹² Come è ben noto, si tratta di considerazioni largamente sottolineate dalla Commissione Foglia, che, nel 2006, già sottolineava come "l'estrema deteriorabilità del bene protetto – il posto di lavoro - stante il carattere dinamico, e non statico, connaturato all'organizzazione del lavoro" avesse rivelato, nel tempo, "l'enorme difficoltà insita nell'attuazione di una tutela specifica, reintegratoria, a distanza di mesi o anni dal licenziamento, dall'estromissione dal luogo di lavoro". La relazione finale è disponibile in www.giustizia.it.

Consapevoli di queste criticità, si è quindi intervenuti su due piani: sul versante sostanziale, attraverso una riscrittura polimorfa dell'art. 18 St. lav.¹³; sul versante processuale, attraverso la creazione di un procedimento dedicato – a cognizione sommaria – volto ad assicurare la massima tempestività nella risposta alle esigenze di ripristino del rapporto. La stretta interrelazione tra i due ambiti imponeva una co-regolazione secondo un disegno unitario e coerente.

Certo v'è ragione di credere – come si è pure notato – che già il solo intervento “processuale” avrebbe permesso di risolvere queste criticità attraverso un sensibile contenimento dei tempi richiesti per l'adozione, seppur interinale, di un provvedimento giudiziale anticipatorio degli effetti della decisione di merito assunta a cognizione piena¹⁴. Ciò nondimeno, operando solo su questo fianco non si sarebbe corretta una ulteriore distorsione, cioè quella relativa alla rigidità di una disciplina protettiva – quella dettata dall'art. 18 St. lav. – monolitica e uniforme, onnivale e pervasiva, inflessibile e cieca, insuscettibile di graduare la risposta alla sterminata varietà dei casi e delle vicende incidenti sulla legittimità del licenziamento¹⁵.

Alla definizione di un procedimento accelerato¹⁶ si è così associata l'operazione di decostruzione del regime reale nel segno della modulazione della tutela alla luce della natura del motivo di illegittimità e della giustificabilità della scelta datoriale. Del resto, è difficile negare che non fosse palesemente iniquo – e quindi sempre meno difendibile soprattutto alla luce delle esigenze di ammodernamento del sistema regolativo – un assetto che scandiva una disciplina comune per ipotesi di illegittimità del recesso del tutto dissimili, trattando nel medesimo modo, per esemplificare, il licenziamento, viziato solo nella forma, del dipendente responsabile di fatti gravissimi ed il licenziamento disposto per ritorsione, il licenziamento irrogato per il furto di beni aziendali – valutato dal giudice come ingiustificato

¹³ Cfr. C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., 30 ss.

¹⁴ Questa, del resto, era la proposta alla quale perveniva la stessa Commissione Foglia, che proponeva minime modifiche all'impianto formale della tutela reale a tutto favore di un intervento invece infulcrato su ridisegno della “tutela reintegratoria contro il licenziamento ingiustificato (...) nelle forme di un'azione tipica urgente a cognizione sommaria, sì da imprimere a siffatte azioni una durata ragionevole”. E' quanto segnalano C. PONTERIO, R. RIVERSO, *Art. 18: c'è una sola strada*, in www.lavoce.info.

¹⁵ Ampiamente sul punto si v. P. ICHINO, *La riforma*, cit., 6 ss. e A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., passim.

¹⁶ Operazione, peraltro, tecnicamente non impeccabile, se è vero che alcune rigidità – per esempio quella posta dalla impossibilità di proporre domande diverse da quella riguardante la illegittimità del licenziamento e la invocata applicabilità dell'art. 18 St. lav. – può portare alla abnorme moltiplicazione delle controversie, con un vero e proprio “spreco di giurisdizione”: cfr. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, n. 152/2012, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>, 15.

perché eccessivo dato il modico valore di quanto sottratto – ed il licenziamento deciso per “punire” il dipendente cagionevole perché troppo spesso ammalato.

Ne è quindi scaturito un assetto complesso e variegato ma non privo di una intima coerenza¹⁷. Il più rigoroso regime originario è stato mantenuto a fronte dei motivi di illegittimità più odiosi e riprovati, non tollerabili nemmeno nelle realtà di minori dimensioni, in sostanziale continuità con il passato. Al di fuori di quest’area la riforma introduce due ulteriore regimi graduati per gravità, indifferentemente applicabili tanto nell’area delle ragioni soggettive quanto in quella delle ragioni oggettive: il primo prevede sì un effetto ripristinatorio, ma associato ad una risarcibilità del danno confinata entro un numero minimo ed un massimo di mensilità, con la conseguenza di sterilizzare la dilatabilità, potenzialmente illimitata nel tempo, dell’indennità risarcitoria prevista dalla legge per il periodo successivo al licenziamento; il secondo esclude ogni “realità” della tutela e limita le pretese del lavoratore licenziato al riconoscimento di una sola tutela economica, anch’essa contenuta entro determinate soglie.

L’applicazione dei due regimi – vistosamente differenti per gradiente riparatorio – è in qualche modo plasmata sulla prevedibilità del motivo di illegittimità e, quindi, sulla prevenibilità della relativa declaratoria. In altri termini, pare che il legislatore si sia mosso rispettando una ideale linea confinaria posta a cavaliere tra l’area del licenziamento palesemente ingiustificato e quella del licenziamento invece apparentemente lecito e fondato, disposto quindi dal datore di lavoro *bona fide*, nella convinzione, in qualche modo ragionevole, di esercitare una propria facoltà. Nel primo caso la scelta del datore di lavoro merita una più grave sanzione perché il recesso doveva già apparirgli privo di una qualsiasi giustificazione, per quanto minima; nel secondo caso, invece, la decisione può dirsi, al più, avventata, ma non implausibile; solo lo scrutinio giudiziale – implicante i ben noti margini di insondabile discrezionalità – l’ha valutata non sufficientemente solida da fondare l’atto solutorio.

E’ difficile non convenire con questa linea d’azione, pur non potendo nascondere le obiettive difficoltà che avrà la sua messa a regime¹⁸. Così, è facile immaginare le questioni che riguarderanno le nozioni di “insussistenza del fatto contestato” ovvero di “manifesta

¹⁷ Per una analisi puntuale cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit.

¹⁸ Non condividono le scelte del legislatore M. FEZZI e F. SCARPELLI, *La Riforma Fornero*, in *Guida alla Riforma Fornero. Quaderni di Wikilabour*, in www.wikilabour.it, secondo i quali una simile modulazione delle tutele sarebbe di dubbia costituzionalità e dovrebbe suggerire all’interprete la rilettura estensiva della nozione di discriminatorietà del licenziamento, al punto da comprendervi anche il semplice recesso indimostrato.

insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, rispettivamente predicate a proposito del licenziamento per motivi disciplinari ovvero oggettivi. Per contro, una qualche distonia riguarda la scelta di considerare come palesemente ingiustificato il licenziamento disposto sull’errato presupposto della inidoneità psico-fisica del dipendente. E’ ben noto, infatti, che spesso il giudizio *de quo* è quantomai opinabile e pone il datore di lavoro in una situazione di obiettiva incertezza.

Ma va da sé che gli inevitabili interrogativi potranno trovare una composizione solo a fronte della naturale e progressiva sedimentazione degli orientamenti giurisprudenziali.

PROFILI TEORICO-PRATICI DELLA NUOVA ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE CON APPORTO DI LAVORO

Alberto Russo
Ricercatore Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Introduzione di un limite quantitativo: considerazioni generali. – 1.1. La nozione di “medesima attività”. – 1.2. L’eccezione per familiari dell’associante. – 1.3. L’applicabilità del limite anche agli associati con apporto misto. – 1.4. L’applicabilità del limite indipendente dal numero degli associanti: quale significato? – 1.5. La presunzione di subordinazione in caso di superamento del limite. – 2. Le presunzioni relative di subordinazione. – 2.1. Segue. La mancata partecipazioni agli utili. – 2.2. Segue. La mancata consegna del rendiconto. – 2.3. L’apporto di lavoro “qualificato”. – 3. Decorrenza della nuova disciplina, ruolo della certificazione e il caso Golden Lady.

1. Introduzione di un limite quantitativo: considerazioni generali

Con la riforma “Fornero” l’associazione in partecipazione con apporto d’opera non scompare dal panorama delle tipologie di lavoro, ma i suoi confini di applicazione vengono alquanto ridimensionati. Si conferma, in questo senso, la scelta del legislatore di intervenire sulla flessibilità di entrata, non attraverso l’abrogazione delle forme contrattuali più controverse, ma attraverso una regolamentazione alquanto rigida delle relative possibilità di ricorso, con l’intento dichiarato di ridurre al minimo il rischio di aggiramento della normativa inderogabile in materia di lavoro subordinato.

A questo comune intento non è corrisposto peraltro una piena omogeneità della tecnica legislativa utilizzata¹. Con riferimento alla associazione in partecipazione, il “gioco” delle presunzioni² – semplice e assolute – ha assunto una valenza del tutto specifica non riguardando i soli profili qualitativi del singolo rapporto o delle singole prestazioni oggetto del suddetto, ma anche profili quantitativi relativi al numero dei contratti stipulati

¹ Osserva una diversità nella tecnica legislativa anche T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 155/2012, 45

² Su un utilizzo eccessivo nella Riforma della tecnica delle presunzioni, cfr in particolare F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in LG, 2012, 541, secondo il quale, “la moltiplicazione delle presunzioni relative ed assolute, con riguardo non solo a circostanze sostanziali ma anche a mere carenze formali, risulta del tutto eccessiva, posta com’è al servizio di una dissuasione preventiva esacerbata e controproducente”.

dall'azienda. E' vero che anche riguardo al lavoro a progetto il legislatore ha inciso in senso definitorio prescindendo dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto e/o di configurazione del contratto, laddove ha stabilito un espresso divieto per prestazioni aventi carattere meramente esecutivo o ripetitivo. Tuttavia, il predetto riferimento conserva un margine di valutazione coinvolgente il contenuto stesso della obbligazione, che, sia pure non risolvendo alla radice i possibili rilievi di incostituzionalità inerenti una presumibile o presunta violazione al principio di indisponibilità del tipo, trova però un possibile elemento di razionalità nella considerazione che, con riferimento a prestazioni di basso contenuto professionale, la nozione di subordinazione non è agevolmente individuabile sulla base del solo esercizio del potere di eterodirezione³. Da cui una particolare insidiosità delle operazioni simulatorie tale da non far ritenere al riguardo irrazionale una valutazione *ex ante* di non meritevolezza degli interessi sottesi al contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

Nel caso invece dell'associazione in partecipazione il divieto di disporre del tipo legale opererebbe sulla base del mero superamento della soglia legale dei tre associati in partecipazione senza alcuna inferenza neppure indiretta con le modalità di svolgimento del rapporto.

Una siffatta tecnica legislativa di delimitazione della norma legale non sembra, del resto, trovare precedenti nel nostro ordinamento. Laddove infatti si è ricorso a precise soglie numeriche lo si è fatto generalmente per differenziare o graduare una particolare disciplina in ragione della dimensione aziendale⁴. E' pur vero che il legislatore è più volte intervenuto anche a delimitare quantitativamente il ricorso a specifiche tipologie contrattuali, ma in tutti questi casi si è evitato di individuare un limite preciso, delegando il compito alla contrattazione collettiva o fissando la soglia in rapporto al numero complessivo dei lavoratori.

Alcuni Autori⁵, proprio con riferimento alla scelta di non introdurre un limite in percentuale rispetto ai soggetti con contratto di lavoro subordinato, hanno ravvisato un elemento di irragionevolezza sul presupposto che la previsione di un vincolo secco

³ In questo senso cfr in particolare P. PASSALACQUA, *Il lavoro a progetto*, in G. PELLACANI (a cura), *op. cit.*, 137 ss..

⁴ Il riferimento più immediato è al regime di tutela del lavoratore licenziato senza giustificato motivo. In dottrina, sul criterio della dimensione aziendale quale scriminante nella selezione della tutele vedi in particolare M. BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, F. Angeli, Milano, 1978.

⁵ Vedi in particolare A. VALLEBONA-P. PIZZUTI, *Associazione in partecipazione*, in G. PELLACANI (a cura di), *La riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 190.

“colpirebbe” allo stesso modo imprese con dimensioni molto diverse, in violazione dell’art. 3 Cost.. Invero, l’osservazione rischia di apparire ultronea se non fuorviante rispetto alla critica – ben più pregnante – concernente la mera previsione di un limite quantitativo.

La previsione di una percentuale, configurando una connessione diretta tra il numero degli associati e il numero dei dipendenti, avrebbe reso, se possibile, ancor più contraddittoria la norma, se si considera che l’associazione in partecipazione rispetto al lavoro subordinato individua un modello organizzativo alternativo. E’ sufficiente in questo senso ricordare che con riferimento a situazioni di promiscuità tra lavoro subordinato e lavoro a progetto, ove è quindi più elevato il rischio di operazioni simulatorie, il legislatore ha correttamente irrigidito e non ammorbidito la disciplina, individuando una presunzione, sia pur solo relativa, di subordinazione⁶.

Se si è evitata la “pagliuzza”, resta però la “trave” del limite quantitativo, limite non facilmente giustificabile in termini di ragionevolezza, e quindi a rischio di incostituzionalità per violazione dell’art. 3 Cost..

Nessun ausilio sembra derivare dal raffronto con gli interventi in materia di apprendistato e lavoro a termine.

Nel primo caso il limite che il Legislatore ha inteso introdurre in relazione al numero di apprendisti è evidentemente legato alla necessità di garantire una adeguata formazione e affiancamento del lavoratore, secondo quindi un *ratio* non estendibile alla associazione in partecipazione.

Nel caso del lavoro a termine, invece, le c.d. clausole di contingentamento (affidate dal legislatore alle libere determinazioni della contrattazione collettiva) trovano la propria giustificazione nella volontà di configurare un controllo della flessibilità aziendale, finalità solo latamente compresa in una più ampia prospettiva antielusiva. Difficile ravvisare un profilo di continuità con la *ratio* dell’intervento in esame. Non solo e non tanto perché il limite in oggetto è stato sottratto al controllo sindacale, quanto perché, come già accennato, l’associazione in partecipazione non costituisce *strictu sensu* un sottotipo del contratto di lavoro subordinato, costituendo una modalità alternativa di organizzazione del lavoro. Ma anche a voler superare questa obiezione, resta la considerazione che un controllo sulla flessibilità troverebbe razionale giustificazione solo qualora la deviazione dallo schema contrattuale standard risponda, come nel caso del lavoro a termine, ad un interesse

⁶ Il riferimento è in particolare alla presunzione relativa di subordinazione di cui al 69 comma 2, d.lgs n. 27672003, come modificato dall’art. 1, comma 23, lett. g) , legge n. 92/2012 .

pressoché esclusivamente aziendale o comunque unilaterale⁷. Ipotesi non ravvisabile, almeno nel suo profilo fisiologico (e non patologico) nell'assetto di interessi dedotti nel contratto di associazione di partecipazione.

Sembra chiara invece la finalità antifraudolenta della norma in esame volta a contenere l'eccesso di abusi e in particolare ad interrompere un utilizzo "seriale" dell'istituto da parte di grandi aziende. Si rileva in questo senso una sfiducia del legislatore nella possibilità di contrastare efficacemente pratiche simulatorie mediante un rafforzamento del sistema di controlli amministrativi e mediante l'individuazione di precisi criteri selettivi che riducano, in una prospettiva di certezza del diritto, la discrezionalità del giudice nella qualificazione giuridica dei rapporti. Né, del resto, si può sostenere che l'individuazione di un limite quantitativo risponda ad un criterio selettivo attinente alla qualificazione. Anzi, a ben vedere, la scelta di non consentire al giudice di valutare le effettive modalità di svolgimento del rapporto superata la soglia dei tre associati, imponendo alle parti l'adozione di un modello di lavoro subordinato, sembra richiamare l'ulteriore finalità di un ampliamento delle tutele rispetto a soggetti privi di una adeguata disciplina protettiva, cavalcandosi quindi l'equivoco di utilizzare la debolezza socio economica del prestatore associato – dedotta dal mero inserimento del suo apporto nell'ambito di una organizzazione gestita dall'associante e non declinata nella sua variante di dipendenza economica tramite il ricorso a indici presuntivi (per esempio la monocommittenza) – quale criterio per estendere la disciplina del lavoro subordinato anche a soggetti non subordinati in senso tecnico.

Non è peraltro questa la sede per indugiare sulle conseguenze sistematiche di un simile approccio, salvo evidenziare il perdurare di tecniche legislative che non sembrano nettamente differenziare le finalità antifraudolente dalle esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti. Non che una siffatta opzione sia priva di un ragionevole pragmatismo laddove il profilo patologico costituisca, di fatto, l'elemento di maggiore attrattività del tipo contrattuale. Ma anche in questo caso, la riconduzione al tipo standard non potrebbe comunque completamente prescindere dal profilo qualificatorio: diversamente sarebbe più coerente e costituzionalmente più giustificabile abrogare *in toto* la tipologia a rischio di simulazione. Da questa prospettiva, i dubbi di incostituzionalità sarebbero stati minori qualora, paradossalmente, il legislatore avesse deciso di sopprimere l'associazione di partecipazione con apporto di lavoro. Del resto, l'esclusione della prestazione di lavoro

⁷ Si pensi per esempio alla limitazione percentuale delle ipotesi di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, su richiesta del lavoratore di cui alla l. n. 662/1996.

dalla nozione di apporto non sarebbe risultata incoerente con la causa di finanziamento che pare dover caratterizzare l'associazione in partecipazione⁸. Continuare invece a riconoscere la piena legittimità dello schema causale sotteso al contratto in questione⁹ e nel contempo limitare a tre i contratti di associazione stipulabili per “medesima attività”, individua un indiscutibile elemento di criticità, mettendo in crisi la stessa finalità antifraudolenta della norma, a meno che si voglia sostenere che fino a tre associati le esigenze di tutela sono attenuate o che nelle piccole realtà aziendali sono minori i rischi di simulazione.

Tuttavia un più ampio “spiraglio” di ragionevolezza è possibile intravederlo qualora l'applicazione del limite quantitativo alla “medesima attività” sia interpretata, forzando il dato letterale, secondo modalità coerenti con la complessiva disciplina dell'istituto.

Sul punto si rinvia alle considerazioni del paragrafo successivo.

1.1. La nozione di “medesima attività”

L'applicazione del limite numerico agli associati “impegnati in una medesima attività” pone non pochi problemi interpretativi. Il legislatore infatti non chiarisce se la nozione “attività” inerisca alla attività lavorativa o alla attività di impresa.

Nel primo senso il limite opererebbe con riferimento agli associati che nell'ambito della stessa impresa svolgono mansioni o compiti del tutto analoghi¹⁰. Non sarebbe peraltro evidente se la richiamata analogia riguardi la tipologia di mansioni o le mansioni nella loro esatta consistenza fattuale. Si pensi per esempio ad una negozio in cui vi siano due o più reparti destinati alla vendita di prodotti differenti. Non sarebbe chiaro se il limite dei tre associati coinvolga tutti gli addetti alle vendite o gli addetti alle vendite dei singoli reparti.

Nel secondo senso, il vincolo opererebbe in modo ancor più stringente, limitando il numero degli associati dell'impresa, indipendentemente dalla prestazione svolta. Alcuni Autori proprio per attenuarne la portata hanno prospettato la possibilità che l'attività in questione possa concernere l'unità produttiva e non l'azienda nel suo complesso¹¹.

⁸ Sull'originaria funzione dell'associazione quale contratto di finanziamento vedi in particolare M. GHIDINI, *Associazione in partecipazione*, in *Enc. Dir.*, 1958, 849. Sull'incidenza della causa di finanziamento nel contenuto del contratto in esame si rinvia alle riflessioni di G. MIGNONE, *L'associazione in partecipazione*, in F. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2008, 34 ss..

⁹ Anzi, l'inserimento della norma all'interno della disciplina codicistica sembra rafforzare la valutazione di legittimità dell'apporto solo lavorativo dell'associato, legittimità già confermata dal legislatore nel d.lgs. 276/2003 (art. 86, comma2). Per una ricostruzione del dibattito dottrinale riguardo la legittimità di un apporto avente ad oggetto una prestazione d'opera, vedi G. MIGNONE, *op. cit.* 423, ss..

¹⁰ In questo senso vedi A. VALLEBONA, P. PIZZUTI, *op. cit.* 187 e L. LODI, *Associazione in partecipazione: profili previdenziali*, in *DPL*, n. 35/2012, 2206.

¹¹ Cfr in particolare P. TOSI, *Associazione in partecipazione con la riforma Fornero*, in *LG*, n. 10/2012, 965. L'A. sembra favorevole ad interpretare il concetto di “medesima attività” dall'angolazione dell'oggetto dell'impresa,

Soluzione quest'ultima che, sebbene ha il merito di adeguare la norma alla struttura di molte aziende commerciali, non sembra però poggiare su solide base argomentative nella misura in cui la nozione di attività non pare poter comprendere il luogo fisico di esercizio della stessa.

La medesima esigenza di flessibilità è peraltro perseguibile tramite una terza via, ricollegando la nozione di attività all'oggetto stesso della partecipazione agli utili dell'"impresa" o degli"affari" di cui al primo comma dell'art. 2549 cod. civ.¹². In questi termini, il limite dei tre associati opererebbe in modo variabile a seconda del *quantum* di attività oggetto dell'associazione: con riferimento a tutta l'attività nel caso di partecipazione agli utili dell'impresa, con riferimento a una specifica parte nel caso di partecipazione agli utili dei corrispondenti affari¹³.

Si aprirebbe in questo senso quello spiraglio di ragionevolezza precedente richiamato, individuandosi la ragione del limite numerico in una esigenza di più agevole e quindi più trasparente valutazione della strumentalità dell'apporto di lavoro rispetto al risultato economico dell'attività oggetto di associazione. Il rigore del vincolo verrebbe quindi ad attenuarsi, traducendosi in uno stimolo per l'impresa a costituire rapporti associativi basati su una più stretta connessione tra apporto di lavoro dell'associato e attività dell'associante. Non solo, infatti, si potrebbe associare tre lavoratori per ogni unità produttiva qualora il loro apporto sia strumentale al risultato economico della stessa unità. Ma anche nell'ambito della singola unità, qualora siano agevolmente differenziabili specifici affari, il limite dei tre associati opererebbe con riferimento ai singoli settori oggetto di associazione.

Una siffatta interpretazione sarebbe del resto coerente con il già sussistente limite di cui all'art. 2550 cod. civ., concernente l'impossibilità per l'associante di attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati. Anzi, da questa prospettiva, l'individuazione di un limite massimo potrebbe anche intendersi come rafforzamento della tutela di cui al predetto art. 2550 cod. civ., tutela infatti agevolmente bypassabile dall'impresa tramite la formalizzazione di un consenso preventivo in sede di stipulazione del contratto.

ponendo però il dubbio "se debba guardarsi alla complessiva attività dell'impresa o alle ramificazioni nelle quali eventualmente tale attività si scomponga". Vedi anche E. FUSCO, *Associazioni in partecipazione: letture superficiali e capziose rischiano di disorientare gli operatori*, in www.dplmodena.it/approfondimenti.

¹² Non sembrano decisive, ad escludere una simile opzione ermenutica, argomentazioni riferite alla lettera della legge, in quanto da un punto di vista strettamente letterale non è vi è una corrispondenza univoca con nessuna delle possibili soluzioni interpretative.

¹³ Sulla nozione di affari, quale criterio di individuazione dei settori di attività a cui il contratto si estende, cfr G. MIGNONE, op. cit., 68.

1.2. L'eccezione per familiari dell'associante

L'applicazione del limite trova una eccezione con riferimento agli associati legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo. La ragione sembra individuarsi in una esigenza di coerenza sistematica con la disciplina dell'impresa familiare, sottendendo un'area di tutela coperta dall'art. 230 bis cod. civ., area rispetto alla quale la subordinazione ha natura suppletiva e come tale soggetta ad un rigoroso onere probatorio e quindi razionalmente incompatibile con una presunzione assoluta di subordinazione. Si consideri del resto che il parallelismo tra impresa familiare e associazione in partecipazione tra familiari era già stato individuato dalla giurisprudenza¹⁴ e dalla stessa Agenzia delle Entrate con riferimento alla ineducibilità fiscale dei compensi corrisposti agli associati, applicandosi in via analogica l'art. 60 Tuir. Da cui un evidente disincentivo fiscale ad utilizzare l'associazione in partecipazione quale strumento di elusione della disciplina protettiva del lavoro subordinato.

Semmai ad evidenziarsi è un rischio di elusione riguardo la stessa disciplina di cui all'art. 230 bis cod. civ., sul presupposto del carattere imperativo delle relative disposizioni. È stato in questo senso osservato¹⁵ che la possibilità delle parti di sovrapporre alla menzionata regolamentazione codicistica la disciplina del "diverso" tipo contrattuale sarebbe condizionata al rispetto dell'equilibrio di interessi dedotto dall'art. 230 bis cod. civ., da cui la sopravvivenza della relativa tutela qualora la disciplina contrattuale del diverso tipo offra al lavoratore una protezione deteriore. Il riferimento più significativo è stato individuato proprio nel contratto di associazione in partecipazione nella misura in cui esso si limita a attribuire una partecipazione agli utili e un potere di controllo sul rendiconto, non prevedendo invece a favore dell'associato un diritto al mantenimento né l'attribuzione di alcun potere decisionale. Si è conseguentemente affermata la sussistenza di una finalità elusiva nel caso in cui il contratto sia attributivo soltanto di una quota di utili rapportata alla quantità e qualità del lavoro prestato¹⁶.

Ma anche a voler rifiutare una simile impostazione limitativa dell'autonomia contrattuale, resta però il rilievo di ordine pragmatico che, in assenza di una formalizzazione del rapporto di associazione in partecipazione, la sopravvivenza della speciale disciplina di cui all'art. 230 bis cod. civ. sembra inevitabile, essendo piuttosto improbabile che il giudice,

¹⁴ Cfr in particolare Cass. 17 luglio 2000, n. 9417.

¹⁵ Cfr in particolare V. PANUCCIO, voce *Impresa familiare*, in *Enc. dir.*, *Agg.* IV, 2000, 668

¹⁶ Vedi, anche per i richiami, L. VENDITTI, *Solidarietà e protezione nel lavoro familiare anche dopo le recenti riforme*, in *QFMB Saggi*, n. 3/2012.

in sede di controversia, possa dedurre dalla sola esecuzione del rapporto significativi elementi di diversità concettuale tra le due fattispecie.

Tornando invece alla (mancata) incidenza del lavoro familiare sul limite quantitativo resta da chiarire l'ambito di operatività dell'eccezione. Questione che pare esaurirsi in due sottoquestioni: la prima relativa alla estensione della norma al convivente *more uxorio*, la seconda relativa alla applicabilità o meno dell'eccezione qualora l'associante non sia una impresa individuale.

Per entrambi i profili di analisi costituiscono utile riferimento ermeneutico – anche *a contrario* – le considerazioni della giurisprudenza in materia di lavoro familiare.

Riguardo al primo profilo, i giudici di legittimità, fin dalla prima pronuncia¹⁷, hanno costantemente negato l'applicabilità della tutela di cui all'art. 230 bis cod. civ. al convivente, non solo affermando il carattere eccezionale della norma, conseguentemente insuscettibile di interpretazione analogica, ma anche dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., sul presupposto che elemento saliente dell'impresa familiare e della sua disciplina non è l'apporto lavorativo, che è ravvisabile in qualunque rapporto di lavoro, né i legami affettivi, ma la famiglia in senso legittimo, istituto a cui sono ricollegati precisi doveri del coniuge non equiparabili a quelli convivente *more uxorio*¹⁸.

Tali affermazioni non sembrano tuttavia interamente ripetibili per il profilo in esame, in quanto il vincolo familiare, nel caso in esame, è finalizzato ad escludere l'applicazione automatica del regime di subordinazione, in una prospettiva di valutazione rispetto alla quale la semplice sussistenza di una convivenza *more uxorio* continuativa ed effettiva è considerata dal diritto vivente quale criterio presuntivo di gratuità della prestazione, o comunque indice, in presenza di un corrispettivo, di maggiore rigidità della prova di subordinazione. E' sufficiente del resto osservare che la stessa menzionata giurisprudenza di legittimità, nel dichiarare inapplicabile al convivente la disciplina di cui all'art. 230 bis cod. civ., ha nel contempo escluso la subordinazione, sottolineando come “i rapporti personali tra la prestatrice e il datore di lavoro interferiscono in modo tale da lasciare uno spazio meno definito a una gerarchia sul piano lavorativo, bastando che, per la resa di una

¹⁷ Cass. 18 ottobre 1976, n. 3585

¹⁸ Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *NGC* 1995, I, 278, con nota di M. BERNARDINI, *Rapporto di lavoro, o di collaborazione “parasubordinata”, e tutela del convivente more uxorio (c.d. familiare di fatto)*. Nello stesso senso, v. Cass. 29 novembre 2004, n. 22405.

proficua prestazione da parte dell'istante, essa si adeguasse agli interessi dell'azienda, sospinta dal rapporto affettivo col datore di lavoro¹⁹.

Detto questo, resta il carattere di eccezionalità dell'esenzione al limite quantitativo, carattere rafforzato dall'inconsueto utilizzo della locuzione "unica eccezione". In caso di controversia, si dovrà quindi presumibilmente richiedere o una interpretazione conforme a Costituzione o porre una questione di costituzionalità per irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost), disparità tanto più ingiustificata se si considera che l'effetto della conversione automatica ex art. 2549 cod. civ. comporterebbe, *strictu sensu*, una maggiore tutela del convivente rispetto a del coniuge.

Con riferimento al secondo profilo relativo all'applicabilità dell'eccezione all'impresa collettiva, l'analisi prognostica risulta più complessa a meno che si opti per una soluzione formalistica individuata nel semplice rilievo che non è configurabile un rapporto di parentela con l'ente società. Invero tale soluzione, non condivisibile in senso estensivo, è però a mio avviso da accogliere con riferimento alle società di capitali in ragione della peculiare struttura, organizzazione e regime patrimoniale delle stesse, profili ontologicamente incompatibili con i caratteri tipici del lavoro familiare. In questo senso si sono del resto espresse le uniche due pronunce di legittimità²⁰, laddove, con riferimento a fatti anteriori alla introduzione della speciale tutela ex art. 230 bis cod. civ., hanno negato l'operatività della presunzione di gratuità dell'attività lavorativa svolta a vantaggio di una società di capitali nella cui compagine vi sia un proprio familiare²¹.

Per quanto riguarda invece le società di persone, la distinzione tra società e soci assume sul piano della stessa disciplina societaria una rilevanza limitata, da cui la preferenza per una soluzione che valorizzi il profilo sostanziale dell'interesse protetto. In questi termini, l'eccezione di cui al secondo comma dell' art. 2549 cod. civ. dovrebbe certamente applicarsi

¹⁹ Così Cass. 2 maggio 1994, cit..

²⁰ Vedi Cass. 19 marzo 1980, n. 1810, in *MGC*, 1980, fasc. 3; Cass. 4 maggio 1983, n. 3062, in *MGC*, 1983, fasc. 5

²¹ Qualche dubbio potrebbe porsi qualora il soggetto di riferimento sia l'amministratore unico o l'amministratore delegato atteso il rapporto di immedesimazione tra la società ed i suoi organi. Da evidenziare al riguardo che proprio sulla base di tale immedesimazione una recente pronuncia di legittimità in tema di imposte sui redditi ha affermato che "la disposizione di cui all'art. 67, comma 10, D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, secondo la quale le spese per l'acquisto di beni utilizzati promiscuamente per l'uso dell'impresa e per quello personale o familiare dell'imprenditore sono deducibili nella misura del 50%, si applica anche alle società di capitali, con riferimento ai beni utilizzati dall'amministratore"(Così Cass. 7 aprile 2009, n. 8416). Tali considerazioni non sembrano però estendibili al caso in esame sul mero presupposto della assoluta non comparabilità della *ratio* sottesa all'art. 67 Tuir con quella di cui alla norma in commento. In dottrina per l'applicabilità dell'eccezione ex art. 2549 cod. civ. ai familiari dell'amministratore unico o dell'amministratore delegato vedi G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *L'associazione in partecipazione con apporto lavorativo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 184.

almeno nel caso in cui l'attività lavorativa dell'associato sia svolta a favore di una società di persone, che risulti composta da due o più soci che risultino tutti familiari del lavoratore in questione²².

Più complessa è invece la questione nel caso in cui la relazione familiare dell'associato non si estenda a tutti i soci. A mio avviso, il rilievo sulla responsabilità patrimoniale illimitata dei soci, individua una situazione, almeno sul piano fattuale, di contitolarità dell'impresa, tale da precludere una differenza di trattamento rispetto all'associante impresa individuale²³. Si consideri del resto che molte delle argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza²⁴ (non prevalente) per negare l'esercizio dell'impresa familiare in forma societaria erano basate sulla incompatibilità della disciplina dettata dall'art. 230 bis cod. civ. con le regole societarie, in una prospettiva di valutazione quindi non estendibile alla fattispecie in esame.

1.3. L'applicabilità del limite anche agli associati con apporto misto

Ulteriore serie di considerazioni concerne la scelta del legislatore di includere nel limite quantitativo gli associati con apporto misto capitale e lavoro, inclusione desumibile dall'utilizzo dell'avverbio "anche".

Si è correttamente osservato come tale scelta risponda alla volontà del legislatore di evitare condotte elusive "attraverso la configurazione di apporti di capitale minimi e di facciata"²⁵, con il risultato però di trascinare nel suddetto limite anche gli associati che apportano capitale in via principale e prevalente.

Tale conseguenza peraltro non sembra pregiudizievole dell'assetto di interessi tra le parti qualora il capitale non sia strumentale alla prestazione di lavoro. Basti solo osservare che non sembra individuarsi un ostacolo normativo ad una scorporazione dell'associazione in due distinti contratti.

Un profilo di criticità si individua, invece, qualora la prestazione di lavoro sia intrinsecamente collegata ad un utilizzo strumentale di beni, anche di rilevante valore economico, di proprietà dell'associato. Situazione raffigurabile in tutti i casi in cui l'apporto individui una attività di tipo imprenditoriale, attività però svolta con lavoro prevalentemente

²² In questa stessa prospettiva valutazione vedi Cass. 7 maggio 1993, n. 5294, in *MGC*, 1993, 83, ove si afferma che "la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese tra persone conviventi, legate da vincoli di parentela o affinità, opera anche quando l'attività lavorativa sia svolta a favore di una società di persone, che risulti composta da due soci, entrambi coniugi delle persone che ne figurano dipendenti".

²³ In questo ordine di valutazione, con riferimento all'applicabilità del regime ex art. 230 bis. cod. civ. al familiare di un socio di una società di fatto, vedi Cass. 19 ottobre 2000, n. 13861, in *FI*, 2001, I, c. 1226

²⁴ Cfr in particolare Cass. 6 agosto 2003, n. 11881, in *Famiglia*, 2004, II, 1152.

²⁵ Così G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *op cit.*, 186.

personale del titolare e quindi riconducibile in senso civilistico ad una prestazione lavorativa ex art. 2222 cod. civ.²⁶.

A stretto rigore, infatti, in caso di conversione automatica in lavoro subordinato, non solo muterebbe la disciplina del rapporto lavorativo ma i beni strumentali alla prestazione “uscirebbero” dal conferimento salvo essere oggetto di un nuovo apporto (di capitali) dell’associato.

Decisamente più ragionevole sarebbe stato escludere dal limite quantitativo quanto meno i lavoratori autonomi esercitanti una attività di impresa ex art. 2082 cod. civ., svolta cioè con una specifica organizzazione di mezzi. Difficile pervenire a una simile esclusione *de iure condito* sulla base di una interpretazione di tipo teleologico. Forzando oltre modo il dato letterale si potrebbe forse sostenere che il ricorso dell’avverbio “anche” abbia l’esclusiva finalità antielusiva sopra menzionata, da cui la non applicabilità del limite quantitativo con riferimento ad apporti misti qualora l’apporto di capitale sia prevalente o sia strumentalmente e inscindibilmente connesso con la prestazione di lavoro²⁷.

1.4. L’applicabilità del limite indipendente dal numero degli associanti: quale significato?

Non è chiaro cosa intenda il legislatore ove individua il limite massimo dei tre associati “indipendentemente dal numero degli associanti”.

Dal dato letterale, il riferimento sembra riguardare situazioni in cui più aziende sono coinvolte nel medesimo affare. Si pensi per esempio a un’associazione temporanea di imprese (ATI) in relazione all’esecuzione di un appalto. La norma, in questi termini, imporrebbe a tutte le imprese coinvolte un limite complessivo di tre associati, con la irragionevole conseguenza che, qualora una azienda X abbia già stipulato 3 contratti di associazione in partecipazione, le altre imprese Y sarebbero impossibilitate ad assumere associati e, qualora lo facessero, la mera stipulazione del contratto determinerebbe

²⁶ Da evidenziare che qualora l’attività imprenditoriale non sia svolta con lavoro prevalentemente personale allora si uscirebbe dall’ambito dell’art. 2222 c.c. e conseguentemente non opererebbe il limite quantitativo di cui all’art. 2549 cod. civ. In questo senso vedi L. LODI, op. cit., 2205. L’A., peraltro, nel criticare l’interpretazione secondo la quale sarebbero inclusi nel limite quantitativo anche gli associati che apportino una attività di natura imprenditoriale, contrapponendo tale attività con quella di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c., sembra trascurare il rilievo che, in senso civilistico, la nozione di attività di impresa può coincidere con una prestazione di lavoro autonomo.

²⁷ Tuttavia per una ipotesi di esclusione dal limite di tutti gli associati che svolgono una prestazione professionale vedi infra par. 1.5

l'automatica conversione in rapporto di lavoro subordinato non solo del proprio associato ma anche di tutti i tre associati della impresa X.

Soluzione interpretativa, quindi, da rigettare per palese violazione a criteri di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e al principio di libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., condizionandosi l'assetto contrattuale dei rapporti di lavoro di un'impresa a condotte di soggetti imprenditoriali estranei a tali rapporti.

Secondo una lettura più rispettosa del dato costituzionale si potrebbe sostenere che, nel caso in esame, il riferimento alla "medesima attività" degli associati, non individui una macro area di comune interesse tra imprese in stretta relazione fra loro, sia essa temporanea (come per esempio nelle ATI) o stabile (come per esempio nei gruppi di impresa), bensì una unica attività economica gestita comunitariamente da più imprese attraverso un'unica organizzazione produttiva. Ipotesi configurabili in senso fisiologico in tutti i casi in cui la relazione tra gli associanti – riguardo l'attività oggetto di associazione – sottenda un ente collettivo dotato di soggettività giuridica: si pensi per esempio alle società di fatto²⁸ o alle imprese di rete ex D. L. n. 5/2009 in presenza di un fondo patrimoniale comune. Ma anche in senso patologico, qualora, secondo un principio di creazione giurisprudenziale, "vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti"²⁹.

Una analoga prospettiva di valutazione sembra del resto porsi nell'ipotesi interpretativa, non necessariamente alternativa a quella sopra prospettata, secondo cui la pluralità degli associanti dovrebbe (o potrebbe anche) riguardare i singoli contratti di associazione, individuando una fattispecie plurilaterale dal lato del soggetto passivo: ipotesi non prevista

²⁸ In questi termini il legislatore neutralizzerebbe la possibilità di superare il vincolo dei tre associati tramite la stipulazione di contratti di associazione in partecipazione con i singoli soci, nei limiti della rispettiva quota sociale. Ipotesi da ritenere peraltro di per sé illegittima. E' vero che la prevalente giurisprudenza ha riconosciuto la possibile coesistenza tra la società di fatto ed una impresa ex art. 230 bis cod. civ. tra un socio e suoi familiari. Ma le ragioni erano basate su rilevanti esigenze di non elusione della protezione accordata dall'art. 230 bis all'apporto lavorativo del familiare, secondo quindi una logica argomentativa non riproponibile nel caso in esame. Vedi in particolare Cass. 2000 19 ottobre 2000, n. 13861, cit.

²⁹ Così Cass. 15 maggio 2006, n. 11107, in *NGL*, 2006, 4, 457. Da evidenziare che secondo la stessa pronuncia di legittimità l'analisi deve avvenire in modo alquanto rigoroso dovendosi verificare l'esistenza dei seguenti requisiti: "a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori". In senso conforme v. Cass. 29 ottobre 2004 n. 20701; Cass. 09 dicembre 2009 n. 2576.

– almeno fino ad oggi – dalla disciplina codicistica e nemmeno indagata dalla giurisprudenza e, a quanto consta, dalla dottrina, ma non per questo da considerarsi contraria al tipo contrattuale in esame. Del resto la conseguenza non sarebbe altro che la configurazione di una ipotesi di direzione in comune di una determinata attività, comportante, in relazione all'affare oggetto dell'associazione, l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato in favore degli imprenditori associanti.

1.5. La presunzione di subordinazione in caso di superamento del limite

In caso di superamento del limite dei 3 associati per “medesima attività”, il rapporto con tutti i lavoratori associati “si considera” di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Dalla lettera della legge sembra evidente la natura imperativa della norma, con conseguente nullità del contratto ed imposizione, in via sanzionatoria, di un rapporto di lavoro subordinato senza possibilità di prova contraria. Pare quindi corretta l'opinione di chi individua nella disposizione in esame una presunzione assoluta di subordinazione³⁰. Tuttavia, in senso strettamente giuridico, sembra preferibile osservare la fattispecie da una prospettiva aliena da suggestioni di tipo qualificatorio, inquadrandola come ipotesi di trasformazione *ex lege* di un contratto nullo, in deroga al criterio della necessaria indagine sulla volontà delle parti di cui all'art. 1424 cod. civ..

Un siffatto inquadramento consentirebbe anche di incentrare il dibattito sulla legittimità della norma non (solo) su argomentazioni “scivolose” relative al principio di indisponibilità del tipo³¹, bensì su valutazioni inerenti la ragionevolezza ex art. 3 Cost. della nuova disciplina. Ragionevolezza valutata nelle sue varie declinazioni, sia con riferimento alla

³⁰ In questo senso si sono espressi, a quanto consta, tutti i primi commentatori.

³¹ Argomentazioni scivolose in quanto si richiama un principio elaborato dalla Corte Costituzionale al fine - ad oggi esclusivo - di non consentire al legislatore di negare la qualificazione giuridica di subordinazione a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura (vedi Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121 e 31 marzo 1994, n. 115). Né pare sufficiente il richiamo all'art. 35 Cost (“*La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni?*”) nella misura in cui non si tenga conto della diversa rilevanza costituzionale del lavoro subordinato rispetto alle altre tipologie di lavoro. Se, infatti, negare la qualificazione giuridica di subordinazione a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura costituisce una scelta irragionevole *in re ipsa*, venendo meno l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato. Affermare, invece, la qualificazione giuridica di subordinazione a rapporti che non siano effettivamente subordinati non sembra escludere una valutazione comparativa degli interessi in gioco, riconducendosi la questione ad una valutazione di ragionevolezza dell'eccezione individuata dal legislatore al potere del giudice di qualificare la fattispecie in relazione alle specificità di ogni concreto rapporto.

Tra i primi commentatori, ripropongono argomentazioni sulla indisponibilità del tipo A. VALLEBONA, P. PIZZUTI, op. cit. 191 e P. TOSI, op. cit., 965.

adeguatezza, congruità e razionalità della disposizione rispetto ai suoi fini, sia con riferimento alla congruità e razionalità della stessa rispetto alla disciplina di settore.

Riguardo al primo ordine di valutazione si rinvia *de plano* a quanto già affermato nei paragrafi precedenti³².

Riguardo invece al secondo profilo di indagine, non sembra rilevarsi una contraddittorietà (c.d. esterna) rispetto al contesto normativo. Si consideri infatti che l'apporto di lavoro oggetto del contratto di associazione è di regola caratterizzato dall'inserimento della prestazione in una organizzazione aziendale gestita dall'associante. Da cui la riconducibilità della fattispecie – nel suo profilo fisiologico – ad una forma di collaborazione coordinata e continuativa³³. Da questa prospettiva, la valutazione legislativa di non meritevolezza del contratto di associazione stipulato oltre il limite dei tre associati farebbe riemergere i caratteri tipici della prestazione di lavoro con la conseguenza che, anche in assenza della sanzione di cui all'art. 2549, comma 2 cod. civ., la conversione in rapporto di lavoro subordinato poteva derivare dall'applicazione dell'art. 69 d.lgs n. 276/2003, sul presupposto dell'assenza di un progetto.

In questi stessi termini, un profilo di irragionevolezza può semmai individuarsi nel rilievo che l'apporto di lavoro può anche consistere in un prestazione autonoma professionale senza la sussistenza di un coordinamento con l'associante. Da cui la conversione automatica in lavoratori subordinati anche degli associati che svolgono l'attività in effettivo regime di pluricommitenza e in piena autonomia organizzativa. Non sembra peraltro da escludersi una interpretazione conforme a costituzione che escluda dal limite quantitativo le prestazioni di lavoro avente carattere professionale, valorizzando il carattere di specialità della disciplina sulle partite IVA di cui all'art. 69 bis d.lgs n. 276/2003.

Maggiori perplessità derivano invece dal rilievo che la sanzione della conversione automatica sembra estendersi a “tutti gli associati” con apporto di lavoro e, quindi, non solo nei confronti di quelli “assunti” in violazione del limite.

Pur evidenziando che la conversione sembra produrre effetti dal momento stesso della violazione del limite senza quindi retroagire al momento della stipulazione del contratto, tuttavia, l'aver coinvolto nella sanzione tutti i rapporti oggetto dell'associazione individua

³² Vedi i paragrafi 1. e 1.1.

³³ In giurisprudenza, cfr in particolare Cass. 9 marzo 1982, n. 1476, in *MGC*, 1982, fasc. 3. In dottrina vedi per tutti G. MIGNONE, op. cit., 436. L'A. sembra addirittura tracciare un preciso coordinamento con la disciplina sul lavoro a progetto, individuando nello stesso contratto di associazione il progetto specifico richiesto dall'art. 61, d.lgs n. 276/2003.

un profilo a grave rischio di incostituzionalità ex art. 3 Cost., per una evidente contraddittorietà interna della norma. Da un lato, infatti, si legittimano i contratti fino ad un numero massimo di tre, dall'altro lato, si dichiara l'illegittimità degli stessi sulla base della mera stipulazione di un quarto contratto senza che con esso vi sia alcun collegamento in termini giuridici. Né del resto si può sostenere che configuri un collegamento contrattuale la previsione di cui all'art. 2550 cod. civ., secondo cui *l'associante non può attribuire partecipazione per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati*: divieto, secondo l'unanime interpretazione giurisprudenziale³⁴ e dottrinale³⁵, a rilevanza meramente interna al rapporto (e quindi fonte di responsabilità contrattuale). Neppure è sostenibile che l'estensione a tutti gli associati risponda all'esigenza di evitare il problema "di stabilire quali di questi avrebbero dovuti essere selezionati a parziale bonifica dell'infrazione"³⁶. L'unico imbarazzo concernerebbe l'ipotesi davvero singolare in cui l'associante superi il limite, riconoscendo nello stesso giorno la posizione di associato a due o più persone senza che si possa stabilire con sicurezza quale rapporto sia stato instaurato per primo. La violazione, in tali casi, dovrebbe necessariamente imputarsi a tutti gli associanti assunti nel medesimo giorno.

I suddetti rilievi di incostituzionalità potrebbero d'altra parte indurre i giudici a forzare il dato letterale, intendendo l'aggettivo "tutti" riferito a tutti gli associati oltre il limite di tre.

Una simile prospettiva di valutazione, ma con minori ostacoli sul piano letterale, dovrebbe quanto meno portare il giudice ad escludere dalla sanzione i lavoratori familiari dell'associante³⁷.

E' infine curioso evidenziare che la tecnica legislativa in esame, anche dal punto di vista meramente letterale, è esattamente la stessa di quella utilizzata da legislatore ex art. 69, d.lgs n. 276/2003, per sanzionare l'instaurazione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto. Come è noto, una tale formulazione aveva dato adito ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura assoluta o relativa della presunzione: dibattito risolto nel primo senso solo grazie ad un intervento di interpretazione autentica di cui all'art. 1, comma 24 della legge n. 92/2012. Da questa prospettiva, aver riproposto la stessa formulazione senza un analogo chiarimento

³⁴ Vedi C.S. 27 marzo 1996, n. 2715

³⁵ Cfr in particolare, anche per i richiami, G. MIGNONE, *op. cit.*, 247.

³⁶ Così L. LODI, *op. cit.*, 2206.

³⁷ In questo senso vedi G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *op. cit.*, 187. Non escludono invece l'applicabilità della sanzione della conversione anche agli associati familiari: F. CARINCI, *op. cit.*, 542; L. VENDITTI, *op. cit.*, 36.

lascia la porta aperta ad interpretazioni alternative, non escludendosi, in una prospettiva di lettura della norma conforme a Costituzione, il carattere relativo della presunzione in oggetto.

2. Le presunzioni relative di subordinazione

Il legislatore abroga la speciale regolamentazione antielusiva di cui all'art. 86, comma 2, d.lgs n. 276/2003, che tante perplessità avevo suscitato per il suo contenuto "criptico", e la sostituisce³⁸ con una nuova disciplina di cui all'art. 1 comma 30, legge n. 92/2012, più coerentemente e più chiaramente basata sui tratti tipizzanti della fattispecie, quali la partecipazione agli utili e il diritto al rendiconto. Viene infatti individuata una presunzione relativa di subordinazione a tempo indeterminato in tutti i casi in cui i rapporti di associazione siano instaurati o attuati "*senza che vi sia stata un'effettiva partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa o dell'affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile*". Dall'utilizzo della congiunzione "*ovvero*" sembra dedursi l'operatività della presunzione in senso alternativo e non cumulativo rispetto alle due previste "mancanze", da cui un ulteriore elemento di diversità con la previgente disciplina laddove erano da interpretarsi congiuntamente gli elementi della "effettiva partecipazione" e delle "adeguate erogazioni".

Occorre osservare che la "salvezza" della prova contraria alla subordinazione non è, almeno in astratto, condizionata alla prova di genuinità dell'associazione in partecipazione, potendo comunque il giudice qualificare la fattispecie in relazione all'effettivo tipo contrattuale che emerge dalla concreta attuazione della relazione negoziale. Peraltro, il rilievo che sia la parte convenuta a dover provare l'assenza di subordinazione, in un (probabile) contesto di stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, riduce una simile possibilità a solo qualcosa di più di un caso di scuola. Tanto più se si considera che, una volta verificato che all'assetto contrattuale voluto dalle parti non corrisponde la concreta attuazione di un rapporto di associazione in partecipazione, troverebbe riemersione l'ambito di applicabilità dell'art. 69 d.lgs n. 276/2003, da cui la concreta possibilità di escludere la subordinazione solo nel caso di prestazioni di lavoro autonomo non riconducibili a collaborazioni coordinate e continuative.

³⁸ Da evidenziare che è la stessa relazione illustrativa al disegno di legge sulla Riforma Fornero ad individuare una siffatta relazione di sostituzione.

Di fatto, quindi la prova contraria passerà inevitabilmente dalla dimostrazione di un regolamento di interessi compatibile con lo schema dell'associazione in partecipazione.

Da questa prospettiva le due “mancanze” sottendono peraltro profili che non rilevano sullo stesso piano. E' infatti sostenibile che il diritto al rendiconto ex art. 2552, comma 3, cod. civ, non sia compreso nella struttura essenziale della causa del contratto, da cui la possibilità di provare la genuinità delle stesso mediante la valorizzazione del profilo di autonomia della prestazione. La stessa affermazione non è invece ripetibile per la partecipazione agli utili, almeno nella sua accezione più estensiva, comprendente la partecipazione ai meri ricavi.

L'insussistenza dell'associazione in partecipazione non sembra invece impedire, almeno stando alla lettera della legge, che la prova contraria riguardi il carattere indeterminato della subordinazione, potendosi quindi dimostrare la sussistenza di un tempo determinato, in presenza degli elementi caratterizzanti il contratto in questione³⁹, secondo uno schema del resto già previsto nell'abrogato art. 86, comma 2, d.lgs n. 276/2003 e che forse, in funzione di certezza del diritto, si poteva riproporre.

Alcuni autori hanno sostenuto che il nuovo regime presuntivo confermerebbe “definitivamente che la distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato dipende dal rispetto degli elementi dell'associazione in partecipazione e non dall'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte dell'associante”⁴⁰.

Tale affermazione pare condivisibile solo nella misura in cui non si intenda con ciò precludere una indagine circa la ricorrenza o meno degli indici della subordinazione in presenza dei requisiti individuati dall'art. 1, comma 30.

E' da escludere, infatti, anche senza indugiare sulla legittimità di una simile opzione interpretativa, che il legislatore abbia voluto consentire alle parti di dedurre una prestazione di lavoro subordinato nell'ambito di un genuino contratto di associazione in partecipazione. Una cosa, del resto, è sostenere che, nel caso in cui siano rispettati i suddetti requisiti, non sia sufficiente alla parte attrice dimostrare che la prestazione lavorativa abbia connotazioni analoghe alla corrispondente prestazione di lavoro subordinato. Altra cosa, invece, è

³⁹ Si consideri del resto che qualora il contratto “simulato”, abbia durata inferiore ai 12 mesi e sia il primo rapporto contrattuale intercorso con il lavoratore in questione, non dovrebbe ritenersi necessaria l'indicazione della causa giustificativa del termine. Si ricorda infatti che la Riforma Fornero ha introdotto la possibilità di stipulare un primo contratto a tempo determinato fino a 12 mesi senza l'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine al contratto.

⁴⁰ Così A. VALLEBONA, *op. cit.*, 37. L'A. ripete le stesse affermazioni anche in uno scritto a due mani, in A. VALLEBONA, P. PIZZUTI, *op. cit.* 189,

affermare la genuinità dell'associazione in partecipazione in presenza della prova di tutti gli elementi tipici della subordinazione, quali l'esercizio di un potere disciplinare, di controllo e di conformazione della prestazione.

Anzi, a ben vedere, il legislatore, con riferimento alle prestazioni di lavoro non "qualificate" di cui all'articolo 69-bis, comma 2, lettera a), d.lgs n 276/2003, rafforza l'indagine sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto, operando la presunzione di subordinazione anche in presenza di una effettiva partecipazione agli utili e di un effettivo potere di controllo dell'associato sul rendiconto⁴¹.

2.1. Segue. La mancata partecipazioni agli utili

La presunzione in oggetto non fa altro che recepire l'unanime orientamento giurisprudenziale che individua nella partecipazione agli utili l'elemento indefettibile del rischio di impresa, rischio caratterizzante il contratto in esame.

Anzi, a ben vedere, il riferimento esclusivo agli utili sembra di fatto svalutare quegli orientamenti giurisprudenziali che ritengono incompatibile con il menzionato rischio la previsione di un guadagno minimo⁴² ovvero la mancata partecipazione dell'associato alle perdite⁴³.

Qualche dubbio interpretativo sul significato della locuzione "effettiva partecipazione".

L'opzione più immediata, e forse per questo più convincente, è che il legislatore abbia voluto semplicemente ricondurre l'operatività della presunzione alle effettive modalità di svolgimento del rapporto, impedendo al giudice di attribuire valore presuntivo al *nomen iuris* usato dalle parti.

Non sembrano peraltro da escludersi opzioni ermeneutiche più suggestive.

Si potrebbe, per esempio, sostenere che la presunzione operi anche nel caso in cui il corrispettivo corrisposto all'associato non sia "effettivamente" conforme alla

⁴¹ Vedi però *infra* par. 2.3.

⁴² Invero orientamenti oramai risalenti nel tempo. Vedi in particolare Cass. 6 febbraio 1971, n. 313; Cass. 5 gennaio 1984, n. 32. La giurisprudenza più recente è invece orientata a non individuare nella garanzia di un guadagno minimo un profilo di incompatibilità, qualora esso sia di entità non compensativa della prestazione lavorativa e, comunque, non adeguata rispetto ai criteri parametrici di cui all'art. 36 cost. Cfr. in particolare Cass. 18 febbraio 2009, n. 3894; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264.

⁴³ Cfr in questo senso P. TOSI, *op. cit.*, 966. Da evidenziare che il panorama giurisprudenziale si presenta sul punto piuttosto controverso. Secondo un consolidato orientamento la partecipazione al rischio di impresa si estenderebbe alle eventuali perdite (cfr in particolare Cass. 21 febbraio 2012, n. 24, 96, Cass. 28 maggio 2010, n. 13179) Secondo altro orientamento, anch'esso consolidato e forse prevalente, la stessa partecipazione non individuerebbe un elemento qualificante del contratto (vedi da ultimo: Cass. 24 febbraio 2012, n. 2884; Cass. 27 gennaio 2011, n. 1954, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871). In questo ultimo senso si è espressa del resto la dottrina largamente maggioritaria. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia a G. MIGNONE, *op. cit.*, 464 ss.

partecipazione agli utili concordata. Una simile discrasia costituirebbe infatti un elemento rilevante per dedurre l'assenza di un effettivo potere di controllo sull'andamento economico dell'impresa⁴⁴.

Non è irragionevole nemmeno l'opzione che riconduce l'"effettiva partecipazione" al significato economico di "utile", inteso come saldo attivo tra ricavi e costi, da cui l'applicazione della presunzione qualora il riferimento sia ai meri ricavi⁴⁵. Interpretazione questa che si porrebbe peraltro in contrasto con la recente e prevalente giurisprudenza di legittimità⁴⁶.

2.2. segue. La mancata consegna del rendiconto

Il riferimento alla "*consegna del rendiconto previsto dall'articolo 2552 del codice civile*" sembra determinare una presunzione di subordinazione per il solo fatto della mancata dazione materiale del documento contabile.

E' da condividere la scelta di ancorare la presunzione ad un elemento oggettivamente verificabile, sia pure individuandosi un elemento di valutazione non perfettamente sovrapponibile con la nozione di "*diritto al rendiconto*" di cui al menzionato art. 2552 cod. civ, che pare invece configurare un diritto potestativo dell'associato a verificare il regolare andamento dell'impresa o dell'affare, e non invece un obbligo di consegna a carico dell'associante⁴⁷.

Non è quindi da escludere una interpretazione meno formalistica che consideri rilevante la mancata consegna solo qualora non risulti provato un simile potere di verifica in capo all'associato. Non opererebbe quindi l'inversione dell'onere probatorio (sulla subordinazione) qualora sia lo stesso associato in sede confessoria o testimoniale (in caso

⁴⁴ Una simile opzione interpretativa era stata già avanzata da parte della dottrina con riferimento alla nozione di "effettiva partecipazione" di cui all'abrogato art. 86, comma 2, d.lgs n. 276/2003, peraltro nell'ambito di una interpretazione congiunta con la nozione di "adeguate remunerazioni". Vedi in questo senso G. LEONE, *L'associazione in partecipazione e il lavoro subordinato nell'impostazione codicistica e nel d.lgs n. 276/2003*, in RIDL, 2012, n. 2, 565.

⁴⁵ Cfr in questo senso L. GIANSAITI, *Il contratto di associazione in partecipazione*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, www.wikilabour.it.

⁴⁶ Vedi da ultimo Cass. 24 febbraio 2012, n. 2884. Cfr anche: Cass. 18 febbraio 2009, n. 3894; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264.

⁴⁷ In questo senso si è espressa del resto la giurisprudenza prevalente laddove ha affermato che la sussistenza di un effettivo controllo sulla gestione dell'impresa non costituisce elemento qualificante del negozio, giacché la legge prevede il diritto dell'associato al controllo e al rendiconto annuale di gestione, ma lascia libero lo stesso di esercitare o meno tali poteri. Vedi da ultimo Cass. 24 febbraio 2012, n. 2884. Cfr anche Cass. 27 gennaio 2011, n. 1954; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871. Sul punto si segnala però la presenza di un minoritario, sia pur consolidato, orientamento di segno contrario. Vedi in particolare Cass. 28 maggio 2010, n. 13179; Cass. 18 aprile 2007, n. 9264.

di ricorso degli Enti ispettivi) ad affermarne la sussistenza⁴⁸. Tanto più nel caso in cui sia lo stesso documento contrattuale a prevedere espressamente le relative modalità di attuazione⁴⁹.

Peraltro, anche se “scattasse” la presunzione, la prova testimoniale o confessoria nei termini di cui sopra inciderebbe inevitabilmente nell'*iter* argomentativo del giudice, attenuando di fatto l'incidenza dell'effetto presuntivo.

2.3. L'apporto di lavoro “qualificato”

Il legislatore individua una ulteriore ipotesi di presunzione di subordinazione nel caso in cui l'apporto di lavoro non sia connotato “*da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività*”⁵⁰.

Il legislatore non fa altro che riproporre anche per l'associazione in partecipazione – come già per il lavoro autonomo e il lavoro a progetto – la tesi, invero non irragionevole, secondo cui vi sarebbe un collegamento naturale tra l'espletamento di prestazioni a basso contenuto professionale e il rapporto di lavoro subordinato⁵¹.

Tuttavia, in questo caso, il legislatore non sembra aver adeguatamente considerato il peculiare schema causale dell'associazione in partecipazione, schema rispetto al quale la professionalità della prestazione non sembra poter costituire un criterio rilevante della genuinità del contratto, dovendosi invece semmai valutare la pertinenza, o ancor meglio, la strumentalità dell'apporto dell'associato rispetto all'attività dell'associante⁵².

Più ragionevole, a mio avviso, sarebbe quindi stata la scelta di prevedere espressamente nel testo della legge un siffatto criterio di strumentalità, individuando in esso il medio logico per una valutazione dei caratteri, anche in termini di professionalità, della prestazione, senza invece spostare il giudizio di legittimità su elementi non costitutivi dell'associazione in partecipazione.

⁴⁸ Qualora per esempio affermi la disponibilità di accesso al rendiconto di gestione

⁴⁹ Sarebbe infatti illogico far scattare la presunzione in presenza di un controllo

⁵⁰ Così l'art. 69bis, comma 2, lett. a), d.lgs n. 276/2003 richiamato dall'art. 1, comma 30, ultimo periodo, l. n. 92/2012.

⁵¹ In dottrina, sul punto, si rinvia alle riflessioni di L. SPAGNOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *RDC*, 1965, 414.

⁵² In giurisprudenza, per una interessante affermazione sulla necessaria strumentalità dell'apporto di lavoro (sebbene in materia di responsabilità contrattuale), vedi recentemente Cass. 14 maggio 2012, n. 7426, in *DeG*, 2012, 15 maggio, secondo cui “nel contratto di associazione in partecipazione la prestazione dedotta nel rapporto sinallagmatico non può essere interpretata come di mera prestazione d'opera intellettuale bensì di risultato pratico concreto”.

Detto questo, il carattere solo relativo della presunzione dovrebbe evitare problemi di incostituzionalità della norma (art. 3 e 35 Cost.)⁵³.

Si consideri inoltre che, di fatto, la presunzione, sebbene operante per il mero rilievo dell'apporto non "qualificato", difficilmente avrà rilevanti conseguenze in senso qualificatorio.

E' probabile, infatti, che, in presenza di una effettiva partecipazione agli utili e di un effettivo potere di controllo dell'associato sul rendiconto, il giudice o non farà scattare la presunzione, tenendo anche conto che i parametri di cui al richiamato 69 bis, comma 2 lett.a), d.lgs n. 276/2003 sono alquanto indeterminati e come tali lasciati ad un suo apprezzamento discrezionale⁵⁴; ovvero tenderà a svalutare gli indici di subordinazione rendendo quindi meno onerosa la prova a carico della parte convenuta.

3. Decorrenza della nuova disciplina, ruolo della certificazione e il caso Golden Lady

Il legislatore non prevede una disciplina transitoria applicandosi le nuove disposizioni, sia ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della riforma, sia a quelli in corso di esecuzione alla predetta data, con l'unica eccezione, fino a loro cessazione⁵⁵, dei contratti, già certificati ai sensi degli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276⁵⁶.

Non pare peraltro chiaro se la suddetta eccezione concerna o no tutta la nuova regolamentazione. Dall'analisi topografica, infatti, la "salvezza" dei contratti certificati

⁵³ Afferma invece l'incostituzionalità della norma, in quanto "palesemente irragionevole". A. VALLEBONA, *op. cit.*, 37.

⁵⁴ Per una analisi sui criteri qualitativi di cui all'art. 69, bis, comma 2, lett. a), vedi G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *op. cit.*, 173 ss.

⁵⁵ Qualche dubbio con riferimento al fatto che la disciplina codicistica non contiene previsioni circa la durata del contratto, da cui la possibilità delle parti di sottoscrivere validamente un contratto di associazione in partecipazione a tempo indeterminato. In questi casi, la certificazione impedirebbe di fatto l'applicazione del limite quantitativo, non avendo alcun interesse l'azienda a recedere dal rapporto per costituire un nuovo contratto. Per evitare una simile conseguenza, alcuni Autori (G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *op. cit.*, 173 ss.) non sembrano escludere una interpretazione che, forzando il dato letterale, limiti l'esimente della certificazione alle sole associazioni in partecipazione a termine.

⁵⁶ L'eccezione relativa ai contratti certificati ha condotto inevitabilmente alcune aziende a "muoversi" per ottenere la certificazione prima dell'entrata in vigore della Riforma. Alcuni Commentatori hanno ipotizzato una interpretazione estensiva della norma "salvando" anche qui contratti di cui si fosse richiesta la certificazione prima del 18 luglio 2012, sebbene certificati in tempo successivo. La lettera della legge sembra peraltro chiara nel riferirsi ai soli "contratti che siano stati certificati". Da evidenziare che un Autore (E. DE FUSCO, *op. cit.*, 2) ha sostenuto che le richieste di certificazione per "salvare" i contratti dall'applicazione del limite quantitativo sottendono possibili profili di illiceità, aspettando sul punto "il vaglio degli organi ministeriali". L'A. non spiega peraltro quali siano tali profili, non potendoli certo individuare nel mero fatto che le aziende si sarebbero mosse "al solo scopo di prendere respiro rispetto ad una norma eccessivamente restrittiva". Scopo perfettamente coerente con quanto espressamente previsto dal legislatore.

prevista nel comma 29 dell'art. 1, l. n. 92/2012 sembra riferirsi unicamente al limite quantitativo di cui al comma 28⁵⁷ e non alle previsioni di cui al successivo comma 30 relativo all'individuazione delle ipotesi di presunzione relative di subordinazione.

Appare quindi non condivisibile l'affermazione secondo cui, con riferimento ai contratti certificati prima del 18 luglio, fino alla loro cessazione, nessuna nuova disposizione, troverebbe attuazione, seguitando conseguentemente ad applicarsi l'abrogato art. 86, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003⁵⁸.

Qualche perplessità di ordine costituzionale deriva dal fatto che estendendo il limite quantitativo anche ai contratti in corso di esecuzione si incide di fatto sulla validità di contratti perfettamente leciti al momento della loro stipulazione. Questione che si traduce in una verifica di ragionevolezza del sacrificio degli interessi della parti rispetto alla *ratio* complessiva del provvedimento.

Difficile sul punto una analisi prognostica, in quanto diversamente dall'art. 86, comma 1, d.lgs n. 276/2003 (sulla disciplina transitoria delle co.co.co.), dichiarato incostituzionale dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del dicembre 2008⁵⁹, non si è prevista semplicemente una anticipata cessazione dei rapporti già in corso, ma altresì la contestuale conversione di questi in un rapporto di lavoro subordinato (qualora eccedenti rispetto al limite dei tre). Conseguentemente, l'entrata in vigore della norma non è coincisa con la perdita del lavoro dell'associato, non potendosi quindi estendere al caso in esame le considerazioni della citata pronuncia costituzionale⁶⁰. Vero è però che, sul piano fattuale aver esteso il limite quantitativo anche ai contratti in corso ha imposto alle imprese scelte radicali: accettare la conversione dei contratti in rapporti di lavoro dipendente con tutte le conseguenze organizzative e sul costo di lavoro, oppure "correre" a certificare i contratti, oppure ancora decidere di interrompere il rapporto prima del 18 luglio. Si consideri del resto che la possibilità di recesso unilaterale – generalmente a favore di entrambe le parti –

⁵⁷ Ove si è aggiunto un nuovo comma all'art. 2549 cod. civ.

⁵⁸ Vedi in questo senso G. BUBOLA, F. PASQUINI, D. VENTURI, *op cit.*, 194.

⁵⁹ Corte Cost., 5 dicembre 2012, n. 399, in *GC*, 2009, 2, 268.

⁶⁰ La Corte aveva valutato "il sacrificio degli interessi che le parti avevano regolato nel rispetto della disciplina dell'epoca, (...) irragionevole per contraddittorietà della norma con la sua ratio." Proseguiva la stessa Corte: "una normativa che lo stesso legislatore definisce come finalizzata «ad aumentare [...] i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro» (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 276 del 2003) non può ragionevolmente determinare l'effetto esattamente contrario (perdita del lavoro) a danno di soggetti che, per aver instaurato rapporti di lavoro autonomo prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trovano penalizzati senza un motivo plausibile".

è prevista in molti contratti, anche in quelli a durata determinata, sfruttandosi un vuoto normativo sul punto.

Dimostrazione emblematica delle difficoltà causate dalla norma è del resto il caso Golden Lady. Tale azienda pochi giorni prima della entrata in vigore della “riforma Fornero” ha sottoscritto con le tre associazioni sindacali del settore di Cgil, Cisl e Uil un accordo aziendale in deroga ex art. 8, d.l. n. 138/2011.

L’accordo, relativo a 1200 associati in partecipazione, individua uno speciale regime transitorio prevedendo che le disposizioni contenute nell’articolo 1, commi 28 e 30 della legge n. 92/2012, produrranno i loro effetti entro dodici mesi dal 18 luglio 2012.

Le finalità sono state espressamente individuate nell’intento di “garantire una maggiore occupazione a livello nazionale evitando nel contempo una crisi occupazionale” sul presupposto anch’esso dichiarato che “la nuova disposizione legislativa determina la necessità di modificare in modo radicale la gestione e l’organizzazione della punti vendita con possibili conseguenza sulla sostenibilità economica di molti di essi”.

Lo stesso coinvolgimento di tutti i tre i sindacati comparativamente più rappresentativi, fino al giorno prima contrari all’utilizzo in deroga degli accordi di prossimità, dimostra una evidente irrazionalità dell’assenza di un periodo di decantazione della riforma almeno con riferimento ai contratti già in corso di esecuzione.

Sulla legittimità della accordo sono stati peraltro avanzati dei dubbi dai primi commentatori, “trattandosi di una forma di lavoro non subordinato non espressamente elencata tra le competenze della contrattazione di prossimità”⁶¹.

Si evidenzia invero una non felicissima formulazione del citato articolo 8 riguardo la disciplina dei contratti atipici. Il legislatore, infatti, per un verso, individua specificatamente un potere di deroga in materia di contratti a termine e di contratti a orario ridotto, modulato o flessibile (comma 2, lett. c), per altro verso, afferma una generica derogabilità in materia di rapporto di lavoro, comprendendo espressamente in tale nozione anche le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA (comma 2, lett. e). Da cui un’incertezza con riferimento a quelle tipologie non standard – come nel caso della associazione in partecipazione – non espressamente menzionate ma rientranti nell’ampia nozione di

⁶¹ Così I. SENATORI, *Struttura e funzioni della contrattazione collettiva nella “Riforma Fornero”*, in *Giurista del lavoro*, Ottobre 2012, in corso di pubblicazione. Così anche M. TIRABOSCHI, *L’associazione in partecipazione tra le rigidità della “Riforma Fornero” e le dubbie deroghe ex art. 8, decreto legge n. 138/2011*, in *DRI*, n. 2, 2012.

rapporto di lavoro⁶². Dubbio alimentato anche dal carattere tassativo e non esemplificativo delle materie oggetto di deroga, come evidenziato dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 221 del 2012⁶³.

Nel caso specifico, peraltro, la questione potrebbe essere superata nella misura in cui la disciplina transitoria, rinviando di un anno l'effetto di conversione di cui all'aggiunto comma 2, art. 2549 cod. civ., sembra configurare, almeno sul piano fattuale, una regolamentazione incidente sulla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato⁶⁴.

Un più evidente profilo di illegittimità si individua invece nell'aver posticipato gli effetti della riforma anche con riferimento all'art. 1, comma 30 relativo alle nuove ipotesi di presunzione relativa di subordinazione. Un simile intervento derogatorio non appare coerente con i vincoli di scopo individuati dallo stesso accordo aziendale⁶⁵.

Se, per un verso, la finalità di tutela dei livelli occupazionali pare coerente con la scelta di rinviare l'effetto di conversione automatica – conversione non evitabile neanche con una verifica di piena genuinità del contratto – per altro verso, la scelta impedire l'immediata operatività del regime di presunzioni sembra deviare dal suddetto vincolo di scopo. E ciò non sulla base di una difficile e controvertibile valutazione di inadeguatezza o incongruità degli strumenti individuati, ma sulla base di una più semplice valutazione di mera compatibilità tra mezzi e fini. E' sufficiente del resto osservare che tali presunzioni operano esclusivamente sul piano della prova, non modificando i requisiti di validità del contratto⁶⁶.

Né si può sostenere che l'aver reso più onerosa la prova della genuinità del contratto comporti la necessità di scelte radicali dal punto di vista organizzativo, salvo ammettere un utilizzo fino ad oggi non corretto della forma contrattuale in esame⁶⁷

⁶² Non sembra infatti revocabile in dubbio che i contratti di associazione con apporto di lavoro individuino, almeno in senso lato, un rapporto lavorativo, anche in considerazione della natura sinallagmatica del contratto (sul punto vedi, anche per i richiami: G. MIGNONE, *op. cit.* 338 ss., G. LEONE, *op. cit.*, 566 ss.). Non sembra quindi condivisibile l'opinione di M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, laddove afferma che, rispetto ai contratti di lavoro "i contratti di associazione in partecipazione sono ben altra cosa".

⁶³ Non sembra rispettare l'indicazione della Corte Costituzionale E. FUSCO, *op. cit.* 3, ove afferma che il richiamo alle collaborazioni e alle partita iva sarebbe di natura esemplificativa e non tassativa.

⁶⁴ In questo senso vedi anche E. DE FUSCO, *op. cit.*, 3.

⁶⁵ Vedi *Supra*.

⁶⁶ Si consideri inoltre che l'accordo non derogando all'art.1, comma 31 concernente l'abrogazione dell'art. 86, comma 2, d.lgs n. 276/2003, ha "liberato" i 1200 contratti anche dal previgente regime di presunzioni, limitando quindi ulteriormente il controllo non solo ispettivo ma anche del giudice.

⁶⁷ Anche per tali ragioni, mi sia consentito di definire come paradossale l'affermazione di E. FUSCO, *op. cit.*, 4, laddove qualifica come più trasparente la scelta di addivenire ad un accordo di prossimità in luogo della certificazione. E' sufficiente evidenziare che le aziende che hanno scelto lo strumento certificatorio hanno condizionato l'applicazione della deroga del limite quantitativo a una verifica di conformità del contratto al tipo legale da parte di soggetti terzi, non comportando inoltre tale scelta la preclusione del giudice, in caso di controversia, ad utilizzare il regime presuntivo di cui al comma 30.

I POSSIBILI EFFETTI DELLA RIFORMA FORNERO SUL REGIME DI PRESCRIZIONE DEI CREDITI RETRIBUTIVI

Alberto Russo

Ricercatore di Diritto del Lavoro, Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le pronunce della Corte Costituzionale. - 3. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità. - 3.1. Segue: onere della prova della stabilità del rapporto. - 4. Alcune considerazioni sulla decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro non retributivi. - 5. Le conseguenze della riforma sul regime della decorrenza della prescrizione: alcune ipotesi interpretative.

1. Premessa

La frantumazione dell'unitarietà del regime di reintegrazione previsto dall'originario art. 18 dello Statuto dei lavoratori evidenzia uno specifico profilo di indagine in relazione alle possibili ricadute della nuova disciplina sul regime della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro.

Più precisamente, l'interrogativo che si pone riguarda la possibilità che i giudici giungano a considerare la tutela del modificato articolo 18 non più sufficiente ad evitare il differimento del *dies a quo* della prescrizione al momento della cessazione del rapporto in corso.

Prima però di verificare le diverse possibili opzioni interpretative, si ritiene opportuno, anche al fine di consentire una più "credibile" valutazione delle stesse opzioni, soffermarsi a ripercorrere l'opera di sistemazione e razionalizzazione della materia effettuata dalla giurisprudenza a partire dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 1966.

2. Le pronunce della Corte Costituzionale

Come è noto, lo speciale regime di prescrizione dei crediti retributivi non è stato il "frutto" di una scelta del legislatore, ma è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 10 giugno 1966, n. 63, ove ha dichiarato l'illegittimità degli articoli 2948 n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 del Codice civile limitatamente

alla parte in cui consentivano che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorresse durante il rapporto di lavoro¹.

Tale declaratoria d'incostituzionalità è stata argomentata dal Giudice delle leggi in base ad un'interpretazione estensiva dell'art. 36 della Carta costituzionale dal quale si ricava il carattere della irrinunciabilità del diritto alla retribuzione, desumibile dallo stesso art. 36 Cost. che stabilisce l'irrinunciabilità del diritto alle ferie ed al riposo settimanale.

Partendo da questa premessa interpretativa, la Corte, per un verso, ha affermato che la suddetta irrinunciabilità, essendo concetto meno ampio dell'indisponibilità richiamata dal Codice civile (art. 2934), non basta a rendere perpetuo un diritto soggettivo, da cui la prescrittibilità dei crediti relativi alle singole prestazioni salariali dovute periodicamente dal datore di lavoro. Per altro verso, la stessa Corte ha rilevato che in un rapporto non dotato di quella particolare resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico, il timore del licenziamento può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti; di modo che la rinuncia, quando è fatta durante quel rapporto, non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale e la sua invalidità è sancita dall'art. 36 della Costituzione. Conseguentemente, qualora la prescrizione decorra in costanza di rapporto, si produrrebbe proprio l'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia.

Con tali argomentazioni la Corte costituzionale ha quindi differito al momento della cessazione del rapporto di lavoro la decorrenza della prescrizione estintiva e di quella presuntiva².

Successivamente la Consulta è più volte intervenuta a meglio specificare la portata del suddetto principio.

In primo luogo, con le sentenze n. 39 del 21 marzo del 1969 e n. 10 del 28 gennaio 1970 si è precisato che il differimento del *dies a quo* della prescrizione alla cessazione del rapporto in corso riguarda esclusivamente la sola area dei diritti retributivi, con esclusione quindi dei

¹ Sul dibattito in dottrina riguardo la natura interpretativa o no della sentenza della Corte del 1966 si veda, anche per i richiami, M. RINALDI, *Prescrizione e decadenza dei crediti di lavoro*, Halley Editrice, Matelica, 2007, 128 ss..

² Da evidenziare che in dottrina (Cfr. in particolare A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983, 63) si è rilevata una vera e propria contraddizione nell'applicazione delle prescrizioni presuntive ai crediti retributivi, in quanto applicare la prescrizione presuntiva a notevole distanza di tempo dal momento in cui il credito è sorto significherebbe snaturare la prescrizione presuntiva e la sua finalità di surrogazione della quietanza di pagamento entro certi limiti temporali, per trasformarla in una vera e propria prescrizione estintiva, il che è per di più apparso illegittimo stante la tassatività delle ipotesi di prescrizione abbreviata.

diritti a carattere non esclusivamente patrimoniale, quali per esempio, il diritto al risarcimento del danno da infortunio.

In secondo luogo, con la nota sentenza n. 174 del 12 dicembre 1972, la Corte, pur ribadendo il principio della non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto e confermando il collegamento tra il mancato decorso prescrizione e il timore del licenziamento, ne ha però circoscritto drasticamente il campo di applicazione estendendo l'area dei rapporti caratterizzati dalla c.d. resistenza al timore del licenziamento: non più solo i rapporti di pubblico impiego o quelli alle dipendenze di enti pubblici economici, secondo un principio già affermato nella sentenza del 1966 e ribadito con più evidenza nelle successive pronunce del 20 novembre 1969³ e del 29 aprile 1971⁴, ma altresì ogni rapporto privato di lavoro caratterizzato da una disciplina tale da assicurarne la stabilità. Più precisamente, la Corte, in considerazione del mutato contesto normativo rispetto al momento della pronuncia del 1966, ha ravvisato una incontestabile analogia con il lavoro pubblico ove nel settore privato trovino applicazione le tutele sulle causali del licenziamento di cui alla legge 604/1966 e la tutela reale di cui all'art. 18 legge n 300/1970, considerando espressamente tale seconda tutela una necessaria integrazione della prima, “dato che una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare”.

La stessa Corte costituzionale però, più volte sollecitata a pronunciarsi sulla compatibilità del dispositivo della sentenza del 1966 con l'interpretazione restrittiva enunciata nella sentenza del 1972, ha sempre rifiutato, pur convalidandone l'interpretazione, di attribuire autorità vincolante a tale ultima sentenza, affermando che “tra i (...) provvedimenti necessariamente tipici non si annovera né può annoverarsi l'accertamento del contenuto di precedenti sue sentenze, una sorta cioè di provvedimento di secondo grado, del quale oggetto immediato è non la disposizione e il gruppo di norme impugnati, ma altra sua sentenza”⁵. Sempre in questo senso si è anche precisato “che il rapporto tra la disciplina normativa, modificata da sentenza di accoglimento della Corte medesima, e la disciplina successivamente adottata con legge e atto avente forza di legge (...) dà vita a vicende di parziale o totale abrogazione tacita, competente a conoscere delle quali è il giudice

³ Corte Cost. 20 novembre 1969, n. 143, in *GC*, 1969, I, 319.

⁴ Corte Cost. 29 aprile 1971, n. 86.

⁵ Così Corte Cost., 1° giugno 1979, n. 40.

ordinario, non la Corte costituzionale per adire la quale sarebbe d'uopo muovere dalla premessa, per la verità inconsistente, che la sentenza di accoglimento della Corte attribuisca alla norma, parzialmente annullata, autorità superiore al vigore proprio delle leggi ordinarie e degli atti aventi forza di legge ordinaria”⁶.

Sembra quindi da condividere l'opinione dottrinale⁷ secondo la quale la sentenza del 1972 non avrebbe, almeno in senso formale, inciso nel rapporto tra le fonti, dovendo continuare il giudice a riferirsi alla disciplina codicistica come modificata dalla sentenza n. 63, sia pure sul presupposto che il dispositivo della citata sentenza non può essere avulso dalla sua motivazione.

3. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità

A riconoscere efficacia vincolante e quindi valore sostanzialmente normativo all'interpretazione della sentenza costituzionale n. 174 è stata invece la giurisprudenza ordinaria e, in particolare, la giurisprudenza di legittimità che fin da subito con la pronuncia a sezioni riunite del 1976 si è attestata sulle posizioni del giudice costituzionale del 1972. Più precisamente, la Corte di cassazione sebbene formalmente abbia proceduto ad una interpretazione autonoma della sentenza n. 63 del 1966, sostenendo che la Corte Costituzionale non possa in alcun modo vincolare gli organi giurisdizionali con le interpretazioni autentiche di propri giudizi, né far rivivere disposizioni che essa stessa ha eliminato dall'ordinamento configurandole come illegittime, tuttavia, all'esito dell'iter interpretativo, ha aderito pressoché totalmente alla impostazione della richiamata sentenza n. 174, ritenendo che il carattere della stabilità, requisito necessario per il evitare il differimento del termine prescrizione, sia da riconoscere per “ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale affidi al giudice il sindacato su tale circostanza e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo”⁸.

⁶ In dottrina sui rilievi concernenti l'inammissibilità di sentenze della Corte costituzionale di interpretazione autentica o di accertamento del contenuto di proprie precedenti decisioni con efficacia erga omnes, quali la pronuncia n. 63 del 1966 si veda, anche per i richiami A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, op. cit., 264 ss..

⁷ Si veda E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, in *RIDL*, 2008, I, 3.

⁸ Così Cass. S.U., 12 aprile 1976, n. 1268.

E' quindi corretto affermare che, almeno sul piano sostanziale, la sentenza n. 174 abbia introdotto nel diritto vivente un vero e proprio regime bipartito della prescrizione breve e presuntiva dei diritti dei lavoratori, operando la garanzia della prescrizione differita dei crediti salariali solo con riferimento ai lavoratori esclusi dall'ambito della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rientranti invece nella c.d. tutela obbligatoria ovvero nelle categorie per le quali è previsto il licenziamento *ad nutum* (lavoratori domestici, sportivi professionisti, lavoratori che abbiano diritto alla pensione di vecchiaia).

Invero la giurisprudenza, senza mai scostarsi dai principi della menzionata sentenza del 1976, ha però via via accentuato il proprio approccio empirico, condizionando l'applicabilità della menzionata regola alla verifica dell'effettivo atteggiarsi del rapporto e della sussistenza nel caso concreto di una plausibile condizione di *metus* del lavoratore, indipendentemente dalla disciplina giuridica astrattamente applicabile.

Il riferimento è in particolare a quei rapporti originariamente esclusi dalla tutela reale, e poi ivi ricondotti in sede giudiziale sulla base del riconoscimento della natura subordinata del rapporto e della contestuale sussistenza dei requisiti dimensionali di cui all'art 18 St. Lav.. Si pensi al lavoro falsamente autonomo, al lavoro in nero, alle serie di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in frode alla legge. In tutti questi casi la giurisprudenza ha rilevato che la decorrenza o meno della prescrizione in costanza di rapporto deve essere verificata con riguardo al concreto atteggiarsi dal rapporto di lavoro in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus* del lavoratore, e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente *ex post*, riconosce applicabili⁹.

Sembra quindi evincersi, quale criterio scriminante, la verifica di una situazione soggettiva di incertezza in capo al lavoratore sulla applicabilità della tutela reintegratoria, nella misura in cui tale incertezza sia oggettivamente comprovabile e non già quando rilevi nella sfera meramente soggettiva del singolo¹⁰.

Si consideri in questo senso le pronunce in tema di divieto di interposizione laddove si è affermato che la prescrizione non corre se il rapporto fittizio con l'interposto non risulti soggetto alla tutela reale contro il licenziamento, indipendentemente dalla sussistenza di un

⁹ Cfr in particolare Cass. 20 giugno 1997, n. 5494. Vedi da ultimo Cass. 12 novembre 2007, n. 23472.

¹⁰ Cfr in questo senso C. ZOLI, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro: i nodi vengono al pettine*, in RIDL, 1996, II, 429 ss.

rapporto di lavoro con l'effettivo datore di lavoro rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 18 st. lav.¹¹.

Ancor più indicative sono quelle sentenze che, con riferimento a casi di c.d. stabilità fluttuante – vale a dire a casi in cui le continue variazioni della consistenza del personale occupato rendono incerta l'operatività del regime di tutela reintegratoria – hanno escluso, ai fini della decorrenza della prescrizione, il ricorso al criterio della media occupazionale, ritenendo che la prescrizione non possa decorrere in costanza di rapporto, poiché l'incertezza circa le dimensioni numeriche dell'impresa non farebbe venire meno il timore per il lavoratore di essere licenziato¹².

Nella stessa linea di indirizzo è anche da annoverare quella giurisprudenza che, in relazione ad ipotesi di rivendicazione del lavoratore delle differenze retributive connesse al riconoscimento della superiore qualifica dirigenziale, ha affermato che la stabilità “deve essere verificata con riferimento alla disciplina legale che il lavoratore avrebbe potuto far valere e non anche a quella che di fatto è stata illegittimamente imposta”¹³. Conseguentemente, un volta accertato il diritto del dipendente all'inquadramento nella categoria dei dirigenti, il cui rapporto è escluso dal regime di tutele contro il licenziamento, non rilevarebbe, ai fini della decorrenza della prescrizione, la circostanza dell'illegittimo inquadramento di fatto del dipendente stesso nella categoria impiegatizia nei cui confronti opera invece il regime di stabilità. In questo caso i giudici, facendo prevalere il regime legale astrattamente applicabile rispetto a quello di fatto, sembrano discostarsi dalle precedenti pronunce. In realtà, come è stato bene sottolineato¹⁴, la contraddittorietà è solo apparente nella misura in cui quello che rileva, in ultima analisi, è pur sempre il *metus* del prestatore in ordine al recesso datoriale: l'impiegato, che pure gode di una tutela forte, può essere indotto a non esercitare i diritti retributivi connessi alla superiore qualifica dirigenziale, poiché questo comporterebbe minori garanzie contro il licenziamento.

Un parziale scostamento dai suddetti principi è invece ravvisabile in relazione alle ipotesi di successivi (legittimi) rapporti a termine, essendo prevalsa una interpretazione formalista non fondata sulla sussistenza di una situazione psicologica di incertezza del lavoratore relativamente al rinnovo contrattuale.

¹¹ Vedi Cass. 19 maggio 1990, n. 4551

¹² vedi Cass. 8 novembre 1995, n. 11615,

¹³ Così Cass. 9 giugno 1990, n. 5604

¹⁴ Vedi L. NANNIPIERI, in *Prescrizione dei crediti retributivi, effettiva situazione psicologica di metus del lavoratore e certezza del diritto: l'ipotesi del lavoro in nero*, in RIDL, 1998, I, 165 ss..

Invero sul punto si è verificato un rilevante contrasto giurisprudenziale.

Secondo un primo orientamento, la prescrizione dei crediti afferenti ad uno dei rapporti a termine non potrebbe validamente decorrere se la sua scadenza si verifica nel corso di un successivo rapporto, ciò sul presupposto che si configura anche in tale ipotesi una situazione psicologica di timore riguardo alle future possibili riassunzioni, e cioè alla continuità dei contratti a termine. Il lavoratore, in altri termini, verserebbe in una situazione di *metus* nei confronti del datore di lavoro assimilabile a quella riscontrabile nei rapporti privi di stabilità, atteso che a seguito della successione di contratti a termine si concretizza una forma di inserimento del lavoratore nell'impresa in base alla quale è lasciata al datore di lavoro la decisione sulla continuazione o meno della prestazione lavorativa in una situazione, quindi, di assoluta precarietà del rapporto¹⁵.

Secondo altro orientamento, invece, la prescrizione decorrerebbe regolarmente dalla cessazione dei singoli rapporti ovvero dalla maturazione dei crediti, in quanto la portata precettiva della dichiarazione di incostituzionalità operata dalla sentenza n. 63 del 1966 della Corte Costituzionale impone di ritenere che la prescrizione non decorra rispetto alla durata di un unico rapporto, ma non consente di applicare lo stesso principio, se i rapporti sono plurimi e successivi¹⁶.

A dirimere il contrasto giurisprudenziale è intervenuta la Cassazione a sezione riunite con sentenza n. 575 del 2003 che ha completamente aderito alla interpretazione più formalista, sul presupposto che il timore della mancata rinnovazione non è affatto equiparabile al timore del licenziamento che, avendo a differenza della prima un carattere incerto, genera una situazione di vera soggezione psicologica nei confronti del datore.

Infine, da evidenziare che il differimento della prescrizione è stato espressamente escluso dalla giurisprudenza¹⁷ con riferimento ai rapporti c.d. parasubordinati, non ritenendosi applicabile la tutela dell'art. 36 Cost., alla base della sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 1966.

3.1. Segue: onere della prova della stabilità del rapporto

Altro profilo affrontato riguarda il regime probatorio. Secondo il prevalente orientamento l'onere di provare il requisito occupazionale grava sul datore di lavoro che

¹⁵ Cfr. tra le altre: Cass. 22 febbraio 1995 n. 2020; Cass. 22 dicembre 1989 n. 5783; Cass. 13 novembre 1985 n. 5568 e nella stessa linea concettuale: Cass. 16 giugno 1987 n. 5303.

¹⁶ Cfr. tra le altre: Cass. 2 luglio 1999 n. 6852; Cass. 16 dicembre 1995 n. 12872; Caos. 9 maggio 1995 n. 5033; Caos. 16 dicembre 1983 n. 7444; Cass. 14 novembre 1979 n. 5937.

¹⁷ Cfr. in particolare Cass. 3 luglio 2001, n. 13323.

eccepisca la decorrenza del termine di prescrizione. E' vero che le SS. UU. hanno affermato con sentenza del 10 gennaio 2006, n. 141 che il regime della tutela reale (L. n. 300 del 1970, art. 18) costituisce la regola e quello della tutela obbligatoria (L. n. 604 del 1966, art. 8) l'eccezione. Tuttavia, nel considerare la ragione del decidere dell'intervento delle Sezioni unite, la giurisprudenza – anche recente – ha rilevato che la regola dell'onere probatorio operante nelle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa del licenziamento non può coincidere con quella operante nelle controversie aventi ad oggetto crediti retributivi¹⁸.

Rispetto infatti alla prescrizione dei crediti retributivi, per i quali rileva, come elemento di specialità, la tutela costituzionale approntata dall'art. 36 Cost., il rapporto “regola-eccezione” si pone diversamente nel senso che la regola è la sospensione del decorso del termine di prescrizione e l'eccezione è invece la normale decorrenza del termine anche in pendenza del rapporto di lavoro. Conseguentemente in caso di difetto di prova della stabilità del rapporto di lavoro, la prescrizione estintiva quinquennale decorre solo dallo scioglimento del rapporto.

Da evidenziare che in alcuni casi la prova della stabilità può essere assorbita dalla sussistenza di un giudicato implicito sulla questione della tutela reale. Qualora infatti la rivendicazione di poste retributive avvenga successivamente a un precedente giudizio (tra le stesse parti) in cui vi sia stata il riconoscimento della stabilità reale, anche solo in termini di mancata contestazione da parte del datore resistente, la giurisprudenza¹⁹ tende a rinvenire nella fattispecie una ipotesi di giudicato implicito, di per sé impeditiva di una diversa impostazione fattual/giuridica, anche qualora il secondo giudizio (inerente i crediti retributivi) abbia finalità differenti da quelle che costituiscono il *petitum* e la *causa petendi* del primo (inerente l'impugnazione del licenziamento).

4. Alcune considerazioni sulla decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro non retributivi

La Corte Costituzionale, come già evidenziato, è più volte intervenuta ad escludere dalla regola del differimento della prescrizione i crediti di lavoro non avente natura retributiva, esulando questi ultimi dalla garanzia costituzionale di cui all'art. 36 Cost²⁰. Il *metus* del lavoratore del licenziamento non assume quindi nella interpretazione del Giudice delle leggi

¹⁸ In dottrina, in senso contrario vedi D. ZAVELLONI, in *GL*, n. 23, 2008, 21 ss, secondo il quale, la regola della presunzione di tutela reale dovrebbe operare anche nel contenzioso retributivo.

¹⁹ Cfr. in particolare Cass. 24 marzo 2006, n. 6628.

²⁰ Cfr. in particolare: Corte Cost. 20 novembre 1969, cit., Corte Cost. 29 aprile 1971, cit., Corte Cost., 1° giugno 1979, cit..

una valenza autonoma, ma solo in quanto connesso alla tutela costituzionale della giusta retribuzione. Conseguentemente, indipendentemente dall'ambito di applicazione della tutela reale o obbligatoria, il termine prescrizione dei crediti non retributivi, per un verso, sarà decennale, secondo la regola ordinaria di cui all'art. 2946 cod. civ., per altro verso, comincerà a decorrere in costanza di rapporto nel momento stesso in cui il diritto può essere fatto valere.

La giurisprudenza ordinaria non si è mai o quasi mai discostata dal suddetto indirizzo, conservando tuttavia una importante funzione nel determinare o non la natura retributiva di alcune tipologie di credito di lavoro.

La questione, in particolare, ha riguardato e riguarda tutt'ora l'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti. La giurisprudenza prevalente²¹ ne afferma la natura risarcitoria, da cui la soggezione della indennità alla prescrizione ordinaria decennale con decorrenza anche in pendenza del rapporto di lavoro. Viene in questo senso rilevato che l'assenza di godimento dei giorni di riposo, qualora irreversibile, individua una perdita di "cura della persona" essendo evidente la funzione riparatrice e quindi risarcitoria della relativa indennità.

Non sono poche tuttavia le sentenze che anche in tempi recenti hanno affermato la natura retributiva della indennità in questione, sia pure nella maggior parte dei casi per esclusivi fini fiscali e contributivi²². Sono infatti piuttosto rare le pronunce che si sono espresse in questo senso per finalità attinenti al rapporto di lavoro²³, e quando lo hanno fatto si sono basate su argomentazioni tautologiche, rilevando semplicemente che nell'ambito del rapporto di lavoro le somme versate da una parte all'altra e non aventi autonoma causa hanno natura ontologicamente retributiva e che nell'art. 2126 secondo comma cod. civ., le somme versate per il lavoro prestato in violazione di norme poste a tutela del lavoratore sono qualificate come "retribuzione".

L'altra importante questione ha riguardato i termini prescrizione e la relativa decorrenza nell'ambito del diritto del lavoratore alla qualifica superiore, soprattutto in relazione alla contemporanea richiesta delle relative differenze retributive.

²¹ Vedi da ultimo Cass. 11 maggio 2011, n. 10341. Cfr. anche Cass. 13 marzo 1997 n. 2231; Cass. 16 luglio 1992 n. 8627.

²² Cfr. in particolare Cass. 27 maggio 1998 n. 4839.

²³ Cfr. in particolare Cass. 16 febbraio 1989 n. 927.

La giurisprudenza meno recente²⁴, pur rilevando che il suddetto diritto alla qualifica superiore e quello alle differenze retributive per le mansioni effettivamente svolte soggiacciono ad un differente regime prescizionale, il primo alla prescrizione decennale, insuscettibile di sospensione durante il corso del rapporto, ed il secondo alla prescrizione quinquennale, i cui termini invece restano sospesi in relazione ai rapporti di lavoro non assistiti dalla tutela reale, ha però affermato che, se il diritto alle differenze retributive sia fatto valere in dipendenza del diritto alla qualifica e non già autonomamente in correlazione ad un dedotto e provato svolgimento di mansioni superiori tutelabili ex art. 36 Cost., la prescrizione decennale applicabile al diritto alla qualifica si estende anche ai diritti patrimoniali consequenziali.

Tale soluzione interpretativa è stato tuttavia abbandonata dalla più recente giurisprudenza²⁵ laddove si è rilevato che non vi è motivo che una siffatta distinzione, in termini di regime prescizionale, venga meno nel caso in cui il diritto alle differenze retributive sia fatto valere contemporaneamente al diritto alla qualifica superiore.

Resta peraltro fermo il costante orientamento²⁶ secondo il quale, la domanda giudiziale di qualifica superiore interrompe anche, in considerazione dello stretto nesso di causalità, la prescrizione del diritto alle differenze retributive consequenziali. Interruzione che, se realizzata in costanza di rapporto, produrrà effetti sostanziali solo nei casi in cui non operi il differimento del termine prescizionale e quindi solo nei casi in cui il rapporto sia dotato della stabilità c.d. reale.

5. Le conseguenze della Riforma sul regime della decorrenza della prescrizione: alcune ipotesi interpretative

Così delineato lo stato dell'arte, è possibile ritornare al quesito in premessa e verificare le diverse opzioni interpretative riguardo le possibili conseguenze della Riforma sul regime di decorrenza del termine prescizionale.

Primo aspetto da sottolineare è che la tutela reintegratoria, fino a ieri alla base delle argomentazioni della giurisprudenza per giustificare l'eccezione alla regola del differimento

²⁴ Cfr. in particolare Cass. 3843/1986.

²⁵ Cfr. da ultimo Cass. 8 aprile 2011, n. 57.

²⁶ Cfr. in particolare Cass. 8 settembre 2007, n. 18570.

della prescrizione, viene messa “palesamente in discussione”²⁷ dalle modifiche apportate all’art. 18 St. Lav..

Non sembra infatti revocabile in dubbio che, con l’entrata in vigore della l. n. 92/2012, il regime della tutela indennitaria, anche con riferimento ai rapporti di lavoro rientranti nell’ambito di applicazione del menzionato art. 18 St. Lav., diviene la regola ordinaria in caso di licenziamento ingiustificato, derogabile dal giudice solo in presenza di circostanze eccezionali unicamente connesse a specifiche causali di licenziamento.

Più precisamente, la *restitutio in integrum* con indennità risarcitoria piena viene conservata per i soli licenziamenti discriminatori, secondo quanto già stabilito dall’art. 3, l. n. 108/1990, comprendendosi però espressamente anche i licenziamenti nulli per motivo illecito, soggetti prima della Riforma alle norme di diritto comune dei contratti.

Viene inoltre prevista un secondo, più “morbido”, livello di tutela reintegratoria in relazione ad ipotesi di recesso palesamente illegittime e precisamente: con riferimento al licenziamento disciplinare, qualora il giudice accerti che il fatto non sussiste ovvero non sia riconducibile alle condotte punibili con una sanzioni conservative alla luce delle tipizzazioni previste dai contratti collettivi applicabili; con riferimento al licenziamento per motivo oggettivo, in caso di manifesta insussistenza del fatto, a cui devono aggiungersi le ipotesi relative ai licenziamenti intimati prima delle scadenze del periodo di comportamento o giustificati sulla base di una insussistente motivazione del venir meno dell’idoneità fisica o psichica del lavoratore. La tutela però in questi casi, come detto, non è piena, in quanto ai fini della *ricostitutio ad integrum* della retribuzione, dal momento di licenziamento fino alla sentenza di reintegrazione, è prevista la detrazione non solo dell’*aliunde perceptum* ma anche dell’*aliunde percipiendum*. Viene inoltre eliminato il tetto minimo di risarcimento delle cinque mensilità prevedendosi invece un tetto massimo nella misura di 12 mensilità²⁸, con il risultato di spostare sul lavoratore il rischio della lunghezza del processo, spostamento già di per sé sufficiente ad aumentare il *metus* del lavoratore in ordine al recesso datoriale, anche in considerazione degli alti tassi di disoccupazione che caratterizzano l’attuale mercato del lavoro²⁹.

²⁷ L’espressione, condivisibile, è di L. GALANTINO, La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi: le modifiche all’art. 18 dello statuto dei lavoratori, in G. PELLACANI (a cura di), Riforma del lavoro, Giuffrè, Milano, 2012, 265.

²⁸ Non sembra peraltro opinabile, nonostante una cattiva formulazione legislativa, che il risarcimento forfettizzato nel massimo vada a coprire solo il periodo precedente la sentenza.

²⁹ Cfr. sul punto C. CESTER, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, in ADL, 2012, 547 ss, secondo il quale, “la situazione del mercato locale ad alto tasso di disoccupazione (..) priverà il lavoratore, passati i primi dodici mesi, di ogni sostentamento, posto che l’eventuale prestazione di

Si consideri inoltre che con la Riforma sembrano diminuire le garanzie di stabilità reale anche con riferimento alle ipotesi di violazione della procedura di licenziamento collettivo, conservandosi la tutela reintegratoria, peraltro nella forma attenuata, solo nel caso di violazione dei criteri di scelta.

E' chiaro quindi che la nuova dimensione di tutela di cui all'art. 18 St. Lav. evidenzia una necessità di raccordo con il regime di decorrenza della prescrizione, raccordo che, se non sarà realizzato dal legislatore, spetterà alla giurisprudenza ordinaria. Non sembra invece probabile né tanto meno inevitabile, come invece è stato sostenuto³⁰, un intervento risolutorio della Corte Costituzionale, per almeno due ordini di ragioni.

Il primo concerne il fatto che il mutato contesto normativo non sembra poter incidere sul fondamento giuridico della sentenza n. 63 del 1966 nella misura in cui non si individua in tale pronuncia un collegamento diretto tra la stabilità del rapporto e la decorrenza della prescrizione né una tale connessione sembra potersi ravvisare nella motivazione, limitandosi questa ad evidenziare, in contrapposizione al settore privato, il carattere di particolare resistenza del rapporto del pubblico impiego. Anzi, a ben vedere, qualora i giudici ritenessero non più sufficiente la tutela di cui all'art. 18 St. Lav., non si farebbe altro che riportare il regime della decorrenza della prescrizione nella stessa situazione in cui era intervenuto per la prima volta il Giudice delle Leggi nel 1996, riproponendosi la stessa bipartizione tra impiego privato ed impiego pubblico.

Il secondo ordine di ragioni riguarda il rilievo che la Corte costituzionale, quando è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del dispositivo della sentenza del 1966 con l'interpretazione restrittiva della sentenza del 1972³¹, si è sempre rifiutata di attribuire valore vincolante alle proprie interpretazioni, attribuendo invece al giudice ordinario l'esclusiva competenza a "conoscere" gli eventuali effetti sulla norma derivanti dal mutato contesto normativo.

Peraltro, modificandosi la disciplina legislativa alla base della pronuncia del 1972, viene certamente svalutato il più importante parametro normativo utilizzato dalla giurisprudenza, potendo da ciò derivare un disgregamento del processo di assestamento e razionalizzazione del diritto vivente in materia.

disoccupazione fruita in seguito al licenziamento, diventerà indebita una volta che il licenziamento medesimo sia stato annullato e dovrà essere restituita all'ente previdenziale erogatore".

³⁰ Vedi in questo senso M. MARRAZZA, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, 622 ss..

³¹ Vedi *Supra* par. § 2.

Occorre infatti ricordare quanto già detto e cioè che la giurisprudenza ha costantemente “valutato” il requisito della stabilità sulla base del concreto atteggiarsi del rapporto in relazione all’effettiva esistenza di una situazione psicologica di *metus* del lavoratore. Per i giudici, quindi, non sarebbe sufficiente che sia astrattamente applicabile la tutela reale contro il licenziamento, peraltro ora fortemente ridimensionata nelle ipotesi di reintegrazione con risarcimento limitato a dodici mensilità, ma occorrerebbe anche che il lavoratore che intenda esercitare i propri diritti retributivi possa dirsi oggettivamente sicuro di poter fruire di tale tutela.

Questa sicurezza nell’attuale contesto normativo viene completamente meno, non essendo più solo collegata al tipo di categoria (non dirigenziale) e alla dimensione occupazionale dell’impresa, elementi variabili ma pur sempre oggettivi e come tali rilevabili in ogni momento di svolgimento del rapporto. D’altra parte, laddove questi assumevano contorni sfumati o di difficile individuazione, la giurisprudenza ha individuato una vera e propria presunzione assoluta di non stabilità, ritenendo che la prescrizione in questi casi non possa decorrere in costanza di rapporto, nella misura in cui l’oggettiva incertezza circa la sussistenza dei requisiti di operatività della tutela reale non fa venire meno il timore per il lavoratore di essere licenziato³².

Con la l. n. 92/2012, questa incertezza diviene una caratteristica connaturata allo stesso sistema sanzionatorio, dipendendo il diritto alla reintegrazione, fermo restando l’ambito di applicabilità dell’art. 18 St. Lav. non toccato dalla Riforma, dalle specifiche causali del licenziamento o meglio dalla configurazione delle stesse da parte del Giudice. Anzi, a ben vedere, la scelta di applicare la tutela reintegratoria non sembra nemmeno imprescindibilmente connessa con le suddette causali, dal momento che, con riferimento al licenziamento per motivo oggettivo, l’accertamento giudiziale della manifesta insussistenza del fatto, non determina automaticamente il diritto del lavoratore alla *restitutio in integrum*, occorrendo una ulteriore valutazione del giudice³³.

Il lavoratore conseguentemente non è più in grado di “controllare” le circostanze che gli garantirebbero l’accesso alla tutela reale, non potendo queste essere mai “attuali nel momento in cui il lavoratore debba decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la

³² Vedi Supra par. § 3.

³³ Interpretazione che sembra dedursi dal rilievo letterale dell’art. 18, comma 7, St. Lav., in cui si prevede che in tali casi il Giudice “può” e quindi non “deve” applicare la sanzione reintegratoria. In questo senso vedi in particolare A. VALLEBONA, *La Riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, 58-59.

prescrizione o attendere”³⁴. E questo anche nel caso in cui tra le parti vi sia stato già un precedente giudizio e il lavoratore abbia ottenuto la reintegrazione, non potendo trovare applicazione il principio del giudicato implicito, nella misura in cui l'accertamento non riguarda più solo elementi fattuali oggettivamente e preventivamente verificabili.

Si consideri inoltre che già nel contesto previgente, nell'ambito della tutela obbligatoria, vi era un sistema di modulazione delle tutele collegato alle causali del recesso datoriale, potendo infatti il lavoratore accedere alla tutela reale, indipendentemente dalla dimensione dell'impresa, non solo in caso di licenziamento discriminatorio ma anche, sulla base delle norme di diritto comune dei contratti, in tutti i casi di licenziamento nullo. Ciò nonostante nessun giudice si è mai spinto al punto di negare il differimento del termine prescrizione in presenza di un rapporto di lavoro escluso dall'ambito di applicazione della tutela di cui all'art. 18 St. Lav.

Da rilevare altresì che, sebbene i giudici abbiamo reiteratamente affermato che il criterio della stabilità poteva derivare anche dall'applicazione di una disciplina non coincidente con quella di cui all'art. 18, qualora fosse garantita una intensità di tutela almeno equivalente, tuttavia non si è mai giunti a ritenere sufficiente ad evitare il differimento del termine prescrizione la previsione di una tutela solo indennitaria, anche di rilevante entità³⁵.

Ciò non significa che i giudici d'ora in avanti differiranno inevitabilmente il *dies a quo* della prescrizione al momento della cessazione del contratto: significa invece che, qualora ritenessero la tutela derivante dal nuovo art. 18 ancora idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti senza temere di essere licenziato, dovranno però modificare il relativo *iter* motivazionale, allontanandosi dalle argomentazioni della sentenza della Corte Costituzionale del 1972.

In questa prospettiva, la “resistenza” del rapporto potrebbe, per esempio, essere valutata non più solo sulla base delle conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento, ma anche in virtù della sussistenza o meno di una procedimentalizzazione del potere di recesso datoriale. Potrebbero quindi essere valorizzate alcune novità della riforma, quali l'introduzione dell'obbligo della motivazione contestuale all'atto di recesso e soprattutto dell'obbligo di attivare in capo al datore di attivare una specifica procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo³⁶. Naturalmente il profilo

³⁴ Così C. CESTER, op. cit.

³⁵ Cfr. tra le tante: Cass. 13 settembre 1997, n. 9137; Cass. 13 marzo 1996, n. 2058; Cass. 4 maggio 1983, n. 3062.

³⁶ V. il nuovo art. 7, l. n. 604/1966.

sanzionatorio continuerebbe ad avere un peso rilevante, potendosi però evidenziare che la tutela del nuovo art. 18, pur non essendo più quella reale alla quale faceva riferimento la giurisprudenza nel contesto previgente, conserva comunque la sua funzione di “deterrente”, individuando un regime di protezione ben più pregnante rispetto al regime di tutela solo obbligatoria di cui alla l. 604/1966, sia per la diversa entità dell’indennità risarcitoria, sia soprattutto per la permanente operatività della reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Senza poi contare il generale ambito di applicabilità della sanzione reintegratoria ad effetti risarcitori pieni in caso di licenziamento discriminatorio e di licenziamento nullo per motivo illecito ex art. 1345 cod. civ., quest’ultimo prima della Riforma soggetto alle sole norme di diritto comune dei contratti.

Proprio il predetto rafforzamento della tutela in caso di licenziamento per motivo illecito è alla base di una suggestiva opinione dottrinale. Partendo dalla premessa che la «particolare resistenza» che esclude la configurabilità di un’inferiorità psicologica deve essere verificata esclusivamente sulla possibilità offerta al lavoratore di impugnare un licenziamento per ritorsione, ottenendo una tutela ripristinatoria adeguata, si arriva ad affermare³⁷ che la formulazione del nuovo art. 18, nel prevedere indipendentemente dal numero degli occupati la tutela reintegratoria piena in caso di licenziamento determinato da motivo illecito, determinante e non più esclusivo, come invece richiesto dall’art. 1345 cod. civ., non solo sembra escludere una qualsiasi possibile modifica al regime della decorrenza della prescrizione per i rapporti che già prima della riforma godevano della c.d. stabilità reale, ma sembra anche autorizzare una interpretazione che preveda la decorrenza del termine prescrizionale in costanza di rapporto per tutti i rapporti di lavoro, di fatto così abrogando la relativa disposizione codicistica così come modificata dall’intervento della Giudice delle legge del 1966.

Una simile conclusione non è però assolutamente condivisibile. Sarebbe infatti paradossale che ad una oggettiva riduzione dell’effetto di deterrenza dell’art. 18 St. Lav. corrispondesse, ai fini prescrizionali, un indifferenziato riconoscimento del carattere di stabilità per tutti i rapporti di lavoro. Sembra del resto ravvisarsi un errore di sopravvalutazione delle modifiche intervenute in materia di licenziamento per motivo illecito. Per un verso, già prima della riforma la tutela speciale dell’art. 18 era ritenuta, per

³⁷ Vedi G. PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *MGL.*, 2012, 748 ss..

costante giurisprudenza³⁸, dotata di forza espansiva e quindi applicata anche al licenziamento per ritorsione. Per altro verso, la nullità del recesso per motivo illecito ex art. 1345 cod. civ. avrebbe comunque comportato il diritto all'intero trattamento economico fino al ripristino della funzionalità del rapporto, non operando unicamente la garanzia del tetto di risarcimento minimo di cinque mensilità. Sopravalutato altresì è il riferimento al carattere "determinante" e non più "esclusivo" del motivo illecito, in quanto la stessa esperienza giurisprudenziale non sembra tracciare una reale differenziazione tra i due aggettivi, tant'è che sembra del tutto condivisibile l'opinione³⁹ secondo la quale il riferimento del nuovo art. 18 al motivo illecito di cui all'art. 1345 cod. civ. confermerebbe integralmente la nozione codicistica, stante il richiamo espresso all'intero articolo con la conseguente sintesi nell'aggettivo "determinante" della formula "determinate a concluderlo esclusivamente per".

Una diversa valutazione sarebbe stata possibile laddove il legislatore avesse sul punto modificato il regime dell'onere probatorio. Ma così non è stato. Né sembra possibile sostenere che l'espansione della tutela reintegratoria verso l'area del diritto comune dei contratti possa arrivare a comprendere anche le ipotesi di licenziamento non giustificato⁴⁰, in quanto soluzione interpretativa che sembra confondere l'ambito di applicabilità del regime sanzionatorio con le fattispecie costitutive del licenziamento, rispetto alle quali i motivi assumono rilevanza solo se qualificati in senso discriminatorio o illecito ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.. Peraltro, una parificazione del licenziamento ingiustificato con il licenziamento discriminatorio o illecito potrebbe anche risultare pragmaticamente ragionevole, ma solo in prospettiva *de iure condendo*, non essendovi nell'attuale contesto normativo post Riforma alcuna diretta o indiretta indicazione in tal senso⁴¹. Anzi, se è possibile ravvisare una qualche indicazione, questa è di segno esattamente contrario. Infatti, il legislatore, modulando la gravità del licenziamento ingiustificato anche con riferimento

³⁸ Vedi da ultimo Cass. 26 marzo 2012, n. 4797.

³⁹ Vedi A. VALLEBONA, op. cit., 51-52.

⁴⁰ Sulla qualificazione del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo sempre e comunque discriminatorio e/o illecito vedi MT CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS* – Pisa 7-9 giugno 2012, 22 ss..

⁴¹ In questo senso cfr in particolare T. TREU, *Flessibilità e tutele nella Riforma del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012, il quale osserva che il legislatore si è occupato solo delle sanzioni applicabili e ha lasciato immutate le fattispecie costitutive del licenziamento. Lo stesso A. aggiunge che "la fattispecie del licenziamento discriminatorio, come degli altri atti discriminatori, è in tutti gli ordinamenti identificata con tratti propri, consistenti non nella mancanza di giustificazioni, bensì nella contrarietà dell'atto a specifici divieti normativi tassativamente stabiliti".

alle ipotesi di manifesta insussistenza del fatto, sembra inevitabilmente incidere sul piano probatorio della discriminazione.

In conclusione, non resta che ribadire le difficoltà a formulare una prognosi credibile su quali effetti produrrà la Riforma sul regime di prescrizione, anche se, mio avviso, sarà difficile, in assenza di una intervento legislativo *ad hoc*, che i giudici giungano a smentire sé stessi fino al punto di considerare la mera eventualità della tutela reintegrazione come sufficiente a consentire il decorso della prescrizione in costanza di rapporto⁴².

E' quindi probabile che la giurisprudenza, d'ora in avanti, sceglierà di far decorrere la prescrizione, anche per i rapporti compresi nella tutela dell'art. 18 St. Lav., dal momento della cessazione del contratto, facendo però salvi i periodi di prescrizione decorsi, anche in costanza di rapporto, prima dell'entrata in vigore della norma, periodi che andrebbero poi a cumularsi con quelli successivi alla fine del rapporto⁴³.

Il rischio però che si crei un vero e proprio contrasto a livello giurisprudenziale non è di poco conto, con conseguente grave lesione della certezza del diritto quanto mai essenziale in una materia come quella in esame⁴⁴.

E' quindi auspicabile, come suggerito da quasi tutti i primi commentatori, che il legislatore intervenga con una esplicita presa di posizione. Potrebbe essere, del resto, l'occasione per un aggiornamento dei principi alla base della giurisprudenza manipolativa degli anni '60 e '70, principi sorti in un contesto socio economico oramai datato dove gli esempi di sfruttamento salariale erano all'ordine del giorno⁴⁵. Aggiornamento che potrebbe anche portare ad un superamento del regime speciale della prescrizione per i crediti di lavoro ed al conseguente ripristino del regime di diritto comune per tutti i lavoratori. La contingente situazione di grave crisi economica e occupazionale sembra tuttavia decisamente allontanare tale opzione almeno fino a quando non sarà a pieno regime il sistema di tutele del lavoratore nel mercato del lavoro.

⁴² In questo senso vedi C. CESTER, *op. cit.*; M. MARAZZA, *op. cit.*; L. GALANTINO, *op. cit.*. *Contra* si veda A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, II, 415 ss., il quale sostiene che "le modifiche all'art. 18 possano continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro".

⁴³ Da evidenziare che il criterio del cumulo dei diversi periodi di decorrenza era già stato espresso dalla giurisprudenza con riferimento alle ipotesi di variazione delle dimensioni occupazionali dell'azienda. Cfr. in particolare Cass. 20 dicembre 1982, n. 7014.

⁴⁴ Cfr. sul punto le osservazioni di C. ZOLI, *op. cit.*, secondo cui "se la certezza del diritto e dei rapporti non può più essere considerata un dogma e un obiettivo sempre raggiungibile in assoluto, non si può negare che essa costituisca la stessa ragion d'essere dell'istituto della prescrizione".

⁴⁵ Cfr. sul punto E. GHERA, *op. cit.*

Più verosimile, quindi, che il legislatore, qualora decida di intervenire, si limiti a reiterare la bipartizione tra tutela solo obbligatoria di cui alla legge n. 604/1966 e la tutela modulata di cui all'attuale art. 18 St. Lav. o, in alternativa, faccia in ogni caso decorrere, con la sola eccezione dell'impiego pubblico, la prescrizione dei crediti retributivi solo a partire dalla cessazione del rapporto di lavoro, ritornando quindi al dispositivo della sentenza della Consulta del 1966. Tale soluzione era stata avanzata dalla prevalente dottrina anche nel contesto previgente, individuando nel timore del licenziamento un criterio giuridicamente ed empiricamente insoddisfacente a garantire una razionalizzazione efficiente ed equa del regime prescizionale, sia perché la tutela del lavoratore contro il licenziamento trovava e trova tutt'ora il limite della insindacabilità nel merito delle scelte imprenditoriali di ricorrere al recesso⁴⁶, sia perché la debolezza di fatto del lavoro dipendente non può solo misurarsi con il *metus* di essere licenziato, essendo numerose le sfere di subordinazione che, in costanza di rapporto, espongono il lavoratore alle ritorsioni della controparte.

⁴⁶ In questo senso vedi le osservazioni di A. MARESCA, *La prescrizione...*, *op. cit.*

STRUTTURA E FUNZIONI DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NELLA “RIFORMA FORNERO”

Iacopo Senatori
Ricercatore Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le relazioni industriali nell’impianto della riforma. - 2. I richiami della L. n. 92/12 in tema di struttura della contrattazione collettiva. - 3. Le funzioni dell'autonomia collettiva. - 4. I margini di intervento della “contrattazione di prossimità” nella materie disciplinate dalla riforma.

1. Introduzione. Le relazioni industriali nell’impianto della riforma.

Non sarà sfuggita, ai più attenti osservatori del percorso politico che nell’arco di alcuni mesi ha condotto all’emanazione della L. n. 92/12, la risolutezza con cui il Governo ha negato la propria disponibilità a condividere con le parti sociali la complessa gestazione della riforma, secondo le tradizionali liturgie concertative¹. Nel caso di specie, probabilmente, l’urgenza di soddisfare le aspettative dell’Unione Europea e il diffuso consenso politico ed istituzionale tributato all’esecutivo “tecnico” hanno operato come sostituti funzionali della legittimazione elettorale, escludendo quindi la necessità di quel sostegno esterno che a precedenti edizioni di governi appoggiati da maggioranze politiche diverse da quelle uscite dalle urne era stato arrecato mediante la partecipazione istituzionalizzata dei sindacati e delle associazioni datoriali al processo legislativo².

Non sembra tuttavia condivisibile l’opinione secondo cui il Governo sarebbe stato mosso dall’intento di mettere in scena “una specie di regolamento di conti con il sindacalismo confederale”³; né appare persuasivo l’orientamento di quanti hanno ravvisato nella legge “una sconfitta” – non tanto della concertazione, ma finanche – “delle relazioni industriali”⁴, per il fatto che il legislatore avrebbe inteso riaffermare la centralità della norma

¹ Cfr. D. Di Vico, Verbalizzare al posto di concertare, *Il Corriere della Sera*, 21 marzo 2012.

² Cfr. F. Carinci, La concertazione, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, Trattato di Diritto del lavoro coordinato da F. Carinci e M. Persiani, Cedam, Padova, Vol. III, p. 911; G. Giugni, *La lunga marcia della concertazione*, Il Mulino, Bologna, 2003.

³ Cfr. F. Carinci, Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, in www.csdle.lex.unict.it, p. 4.

⁴ Cfr. P. Tomassetti, Riforma del lavoro: una sconfitta della concertazione o delle relazioni industriali?, in P. Rauseri, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, Adapt University Press, 2012, p. 13.

imperativa sulle determinazioni dell'autonomia collettiva. Ciò non solo per il personale scetticismo nutrito da chi scrive nei confronti di una impostazione culturale radicata, la cui "fiducia nella capacità dei protagonisti del mercato del lavoro di autoregolarsi nelle diverse circostanze di tempo e di luogo entro una cornice legislativa essenziale"⁵ si è negli anni estremizzata fino al punto di ritenere possibile consegnare, con l'art. 8 della L. n. 148/11, l'intero impianto del diritto del lavoro nelle mani della contrattazione collettiva⁶. Piuttosto, scorrendo la trama della L. n. 92/12, si ricava l'impressione che il legislatore abbia coltivato un'idea ben precisa del ruolo da attribuire agli attori sociali nel sistema disegnato dalla riforma, e finanche delle configurazioni strutturali della contrattazione collettiva più adatte ad assolvere efficacemente alle funzioni assegnate.

Infatti, come si dirà più approfonditamente nel prosieguo, scorrendo la fitta e variegata trama della legge pare possibile ricostruire una gamma assai articolata di competenze riservate alla contrattazione collettiva, che spaziano dalla classica integrazione o specificazione del dettato legislativo – soprattutto in materia di c.d. contratti "atipici" – alla partecipazione a processi deliberativi in sede ministeriale – ad esempio, in ordine alla ricognizione delle attività per le quali non operano le presunzioni legali in materia di prestazioni rese da soggetti titolari di partita IVA – per finire con la assegnazione di compiti la cui natura si protende sensibilmente verso la dimensione pubblicistica, come quelli prefigurati dall'art. 3 in materia di sostegno al reddito per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale.

Tendenzialmente chiara è anche l'impostazione di politica del diritto osservata dal legislatore rispetto ai profili strutturali della contrattazione. Traspare infatti in modo inequivocabile, seppure al netto di rilevanti quanto estemporanee eccezioni, la preferenza per un modello coordinato di relazione tra i livelli negoziali, fondato sulla prevalenza del contratto nazionale e su criteri di selezione dei soggetti di tipo inclusivo, intesi a favorire il consenso unitario degli attori quantitativamente più rilevanti.

⁵ Così si legge nella relazione introduttiva al d.d.l. S/3470, d'iniziativa dei Senatori Sacconi, Gasparri, Quagliariello, Giuliano, Castro, presentato il 19 settembre 2012.

⁶ Convinzione quantomeno ottimistica, oltre che scarsamente attenta ai vincoli di sistema, come la dottrina maggioritaria e le stesse parti sociali si sono incaricate di dimostrare: cfr. per tutti G. Ferraro, Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 129/2011. Sono invero vicende come quella di Golden Lady, denunciata nella relazione introduttiva al d.d.l. menzionato nella nota precedente, ad attestare il rischio che l'art. 8 promuova il ricorso all'autonomia collettiva in funzione elusiva dei vincoli legali. L'azienda, com'è noto, ha convenuto con le organizzazioni sindacali la posticipazione di un anno dell'applicazione delle nuove norme in materia di associazione in partecipazione introdotte dalla riforma.

Su un piano più generale, la riforma assegna alle relazioni industriali, questa volta nella loro accezione partecipativa, una vera e propria funzione sistemica. La promozione di “modalità partecipative di relazioni industriali in conformità agli indirizzi assunti in sede europea” è infatti enunciata nell’*incipit* del testo (art. 1, co. 1, lett. h, della L. n. 92/12) alla stregua di uno dei pilastri concettuali dell’intervento, collocandosi ad un livello equiordinato rispetto alle parole chiave più ricorrenti nella *vulgata*, come il “contratto dominante”, l’apprendistato inteso come canale di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro e l’adeguamento degli istituti della flessibilità in entrata e in uscita.

Se, per ciò che si è appena detto, le critiche basate sulla presunta ostilità del legislatore nei confronti dell’autonomia collettiva appaiono troppo enfatiche, nondimeno permangono da chiarire alcuni aspetti relativi alla qualità dell’interlocuzione instauratasi tra il potere pubblico e le parti sociali con l’insediamento del governo in carica. L’impressione è che quest’ultimo interpreti in modo anomalo il limite dialettico tipico della legislazione lavoristica repubblicana, rappresentato dalla sfera di libera autodeterminazione delle parti sociali. Piuttosto, traspare da alcune norme la tentazione di considerare l’autonomia collettiva alla stregua di una delle risorse da mobilitare ai fini dell’attuazione delle strategie perseguite, in una prospettiva di funzionalizzazione che, a quanto sembra, lambisce assai da vicino i confini del neo-corporativismo. Ne è un esempio la già menzionata serie di disposizioni in materia di integrazione salariale contenuta nell’art. 3, ai sensi delle quali la costituzione, mediante atto di autonomia collettiva, di appositi fondi di solidarietà, parrebbe configurarsi alla stregua di un vero e proprio obbligo (co. 10). E nel medesimo capitolo potrebbero annoverarsi le odierne invocazioni governative in tema di produttività, che, secondo quanto riportato dagli organi di stampa, sembrano postulare una pressoché completa devoluzione ad accordi tra parti sociali delle responsabilità in materia.

Invocazioni, queste ultime, tanto più sorprendenti in quanto paiono ignorare l’esistenza all’uopo dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011, mentre il testo della L. n. 92/11 dimostra, al contrario, di presupporre l’operatività del sistema di contrattazione delineato in detto accordo, nonché, a quanto sembra, di compiere una scelta di campo a favore di esso, in antitesi alla discussa “contrattazione di prossimità”.

2. I richiami della L. n. 92/12 in tema di struttura della contrattazione collettiva.

Il provvedimento normativo in esame si iscrive a buon titolo nel consolidato indirizzo legislativo che “dà per scontato un regime sindacale ‘di fatto’”⁷. Con ciò esso marca una discontinuità rispetto ad un diverso orientamento di politica del diritto, di cui è figura emblematica dall’art. 8 della L. n. 148/11, caratterizzato dall’intento – non esplicitato ma tuttavia imputabile “per fatti concludenti” – di sospingere le parti sociali sulla strada della divisione (verso la quale peraltro talune di esse hanno manifestato una spontanea inclinazione)⁸, proprio nel momento in cui le principali confederazioni sindacali e la Confindustria, con l’accordo del 28 giugno 2011, avevano posto le basi di un sistema negoziale autonomo, coordinato ed unitario.

Le norme di rinvio al “regime sindacale di fatto” contenute nella L. n. 92/12, pur scontando una certa anarchia lessicale⁹, peraltro non estranea a precedenti interventi normativi dello stesso genere, sembrano infatti sposare le scelte compiute dalle parti sociali e darne per scontata la vigenza.

Preliminarmente si può notare come la legge contempra l’ancoraggio delle norme di rinvio alla contrattazione collettiva a criteri selettivi fondati sulla rappresentatività comparata, che ricorrono in modo prevalente, cedendo il passo solo in casi sporadici al più classico parametro della maggiore rappresentatività¹⁰. Analoghi criteri selettivi caratterizzano talune norme che, come si vedrà più analiticamente nel prossimo paragrafo, prefigurano un ruolo “concertativo” o “pubblicistico” delle parti sociali. E’ il caso dell’art. 2, co. 46-*bis*, relativo alla disciplina transitoria dell’integrazione salariale per i lavoratori collocati in mobilità a decorrere dal 1° gennaio 2013 e fino al 31 dicembre 2016, che prevede l’intervento delle organizzazioni sindacali “comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” nella ricognizione delle prospettive economiche ed occupazionali dei prestatori¹¹. Altre ipotesi di coinvolgimento delle organizzazioni collettive in processi tripartiti contengono invece un più generico richiamo al confronto con “le parti sociali”: si tratta della ricognizione delle attività professionali per le quali non opera la presunzione legale in materia di “partite IVA” ai sensi del nuovo art. 69-bis del D.Lgs. n. 276/03;

⁷ Cfr. F. Carinci, Complimenti dottor Frankenstein, cit., p.6.

⁸ Cfr. R. Del Punta, Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l.n. 148/2011, e dintorni), in *Lavoro e Diritto*, 2012, p. 31.

⁹ Cfr. F. Carinci, Complimenti dottor Frankenstein, cit.

¹⁰ Cfr. art. 4 co. 1, e art. 1, co. 2, citati *passim* nel testo.

¹¹ In senso analogo l’art. 1, co.2, ma con riferimento alle associazioni maggiormente rappresentative.

dell'aggiornamento del valore dei *carnet* di buoni per prestazioni di lavoro accessorio di cui all'articolo 72 del predetto decreto e delle intese in materia di apprendimento permanente di cui all'art. 4, co. 51 e ss., della legge in commento. Tali ipotesi potrebbero presupporre il coinvolgimento di una platea più vasta di soggetti, fermo restando il requisito della collocazione nazionale degli stessi in virtù della funzione a cui il loro apporto appare preordinato.

Ulteriore elemento rivelatore della visione dei rapporti sindacali che ispira il legislatore della riforma è la predilezione per determinazioni negoziali “unitarie”, testimoniata dall'uso della preposizione “delle” a precedere la designazione degli stipulanti in quasi tutte le formule di rinvio, tanto quelle che prefigurano una competenza integrativa dei dispositivi legali (ad esempio in materia di contratto a termine e lavoro a progetto), quanto quelle che attribuiscono alla contrattazione collettiva ruoli di impronta pubblicistica (come la individuazione delle attività stagionali nel cui ambito non si applica, in caso di assunzione a termine, il contributo addizionale ASpI di cui all'art. 2, co. 28; la costituzione di fondi di solidarietà bilaterali per il sostegno al reddito nei settori non coperti dagli ammortizzatori sociali pubblici, *ex art.* 3, co. 4 e ss.; la definizione di prestazioni sostitutive del trattamento pensionistico nell'ambito degli accordi di incentivo all'esodo disciplinati dall'art. 4, co. 1; e l'individuazione delle sedi competenti alla convalida delle dimissioni ai sensi dell'art. 4, co. 17).

Nel quadro così ricostruito, l'unica eccezione è riscontrabile all'art. 4, co. 31, in materia di responsabilità solidale del committente per i crediti retributivi e contributivi dei dipendenti dell'appaltatore, che abilita i contratti collettivi nazionali stipulati “da” associazioni comparativamente più rappresentative a derogare alla regola generale fissata dall'art. 29, co. 2, D.Lgs. n. 276/03.

L'indicatore più vistoso della continuità intercorrente tra l'accordo del 28 giugno e la L. n. 92/12 è tuttavia rappresentato dalla centralità attribuita al livello nazionale della contrattazione, inteso sia come ambito geografico di misurazione della rappresentatività sindacale, sia come sede privilegiata dei rinvii legislativi.

Per quanto riguarda il primo profilo, il dato normativo è uniforme e trova eccezione nel solo art. 4, co. 1, già menzionato, che demanda agli accordi con le “organizzazioni sindacali

maggiormente rappresentative a livello aziendale” la determinazione delle prestazioni previdenziali sostitutive a beneficio dei lavoratori anziani incentivati all’esodo¹².

Si esclude quindi l’ipotesi di uno scrutinio di rappresentatività limitato al solo ambito territoriale, con ciò sconfessando uno dei capisaldi della contrattazione di prossimità disciplinata dall’art. 8, L. n. 148/11, la quale, com’è noto, assegna una speciale potestà derogatoria con efficacia *erga omnes* alle intese realizzate da “contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori *comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale*”.

Il solco scavato dalla riforma rispetto all’esperienza dell’anno precedente risulta ancor più profondo con riferimento al secondo dei menzionati profili, quello della dimensione negoziale destinataria dei rinvii legislativi. Il *favor* per il livello nazionale viene esplicitato con riferimento alla disciplina del lavoro a termine, del lavoro a progetto, della determinazione delle attività stagionali escluse dal contributo addizionale ASpI per i contratti a termine, della costituzione di fondi di solidarietà bilaterali per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, della individuazione delle sedi competenti alla convalida delle dimissioni e della deroga negoziale alla disciplina legislativa in materia di solidarietà negli appalti (solo in quest’ultimo caso ammettendosi, come si è ricordato *supra*, stipulazioni non unitarie tra le associazioni comparativamente più rappresentative).

Eclatanti, al riguardo, sono le formule di rinvio che legittimano la contrattazione collettiva ad autorizzare ipotesi di stipulazione “acausale” del contratto a termine alternative a quella di cui al nuovo co. 1-*bis*, primo periodo, D.Lgs. n. 368/01, ovvero a ridurre i periodi di intervallo tra due assunzioni a termine, che la stessa L. n. 92/12 ha esteso a sessanta e novanta giorni (in funzione della durata originaria del contratto), o ancora quelle che individuano i contratti collettivi da assumere a parametro per la determinazione dei corrispettivi minimi applicabili ai lavoratori ai sensi del novellato art. 63, D.Lgs. n. 276/03. In tutti i casi anzidetti, si prevede espressamente che la potestà regolativa possa trasmettersi dai destinatari originari, collocati al livello nazionale – interconfederale o di categoria - a quelli decentrati soltanto mediante delega da parte dei primi. Per le regole sulla successione delle leggi nel tempo, questa sequenza di rinvio, così chiaramente intesa a sostituirsi alla norma generale posta dall’art. 8, L. n. 148/11, produce l’effetto di “sterilizzare”,

¹² Tale formula di rinvio prefigura intrinsecamente l’eventualità di accordi separati, onde si pone il problema dei criteri da utilizzare al fine di individuare concretamente i soggetti abilitati alla stipula. E’ possibile peraltro ipotizzare il ricorso a quelli stabiliti nell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011, peraltro sostanzialmente ribaditi dall’art. 8, L. n. 148/11.

limitatamente agli istituti in esame, la contrattazione di prossimità, come riconosciuto anche dal Ministero del lavoro con la circ. n. 18/2012¹³.

Occorre peraltro evidenziare che con il c.d. “decreto sviluppo” (L. n. 134/12) è stata inserita, nel quadro della previsione che autorizza i contratti collettivi a ridurre l’intervallo legale tra due assunzioni a termine, una norma che abilita a questo scopo anche i “contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale”. Tale riflesso della logica ispiratrice della contrattazione di prossimità appare peraltro suscettibile di obiezioni sul piano costituzionale per l’esito irragionevole e contraddittorio che produce, giustapponendo nella medesima funzione regolativa due categorie di soggetti identificati mediante tecniche di rinvio antitetiche, l’ultima delle quali viene presentata come residuale ma risulta in concreto idonea ad operare in modo concorrente con la prima.

Tralasciando questo caso peculiare, sui cui per le ragioni enunciate sembra lecito aspettarsi un intervento correttivo dello stesso legislatore o della Consulta, la riforma non esclude ulteriori spazi di agibilità per la contrattazione di secondo livello nel quadro del “sistema sindacale di fatto”. Ovvi al riguardo, alla luce delle materie su cui incidono, appaiono i richiami esclusivi alla contrattazione aziendale espressi al già esaminato art. 4, co. 1, in tema di accordi di incentivo all’esodo, e all’art. 4, co. 62, ove il livello decentrato viene assunto come essenziale fonte costitutiva delle varie forme di “coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa” promosse dalla stessa disposizione. Altri margini di operatività, non esplicitati ma logicamente ricavabili alla luce del principio di libertà sindacale, sono quelli offerti dalle norme che, pur individuando nel livello nazionale la sfera di misurazione della rappresentatività degli attori, non precisano l’ambito di stipulazione del contratto. Il riferimento è al novellato art. 61, co. 1, D.Lgs. n. 276/03, che delega i “contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” ad individuare i “compiti meramente esecutivi o ripetitivi” che non possono essere dedotti nel contratto di lavoro a progetto, e all’art. 69, co. 2, dello stesso decreto, relativamente all’individuazione delle “prestazioni di elevata professionalità” a fronte delle quali non operano le presunzioni legali di sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

¹³ Cfr. V. Speciale, La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 153/2012. Ad analogo esito è preordinato l’art. 4, co. 32, in materia di obblighi delle imprese ferroviarie. Significativamente, quest’ultima norma era stata integrata una prima volta proprio dall’art. 8, che, in controtendenza rispetto al suo stesso spirito di favore per il decentramento contrattuale non coordinato, aveva prescritto l’obbligo di applicazione uniforme dei ccnl di settore in capo a tutti gli operatori ferroviari.

In questi casi, la contrattazione decentrata deve ritenersi abilitata ad intervenire anche in via diretta, prescindendo cioè da una esplicita delega del livello superiore¹⁴.

In conclusione, gli indizi della presa di distanza del legislatore dalla tecnica e dallo spirito della contrattazione di prossimità appaiono esibiti in modo evidente dal rifiuto della contrattazione territoriale e dal favore per determinazioni unitarie degli attori nell'ambito di un sistema negoziale coordinato retto dalla primazia del livello nazionale. Tuttavia, poiché l'istituto della contrattazione di prossimità è per sua natura idoneo a derogare anche a disposizioni di legge cronologicamente posteriori – entro certi limiti, come si è accennato poc'anzi – appare lecito chiedersi quali effetti esso possa produrre sul sistema normativo istituito dalla L. n. 92/12. Su questo problema ci si soffermerà nell'ultimo paragrafo.

3. Le funzioni dell'autonomia collettiva.

Si è già fatto cenno, nel corso di questa trattazione, alla multiforme configurazione funzionale predisposta dalla legge in commento nei riguardi dell'autonomia collettiva. Volendo ricondurre tale molteplicità ad una ipotesi classificatoria, sembrano potersi individuare – invero senza particolare originalità - quattro categorie: integrativa, gestionale, concertativa e para-pubblicistica.

Per quanto riguarda l'ormai classico ruolo di integrazione e specificazione dei dispositivi legali, la riforma si muove nel solco della tradizione, limitandosi ad un'opera di ordinaria manutenzione di alcune disposizioni aventi ad oggetto, in prevalenza, le forme di lavoro c.d. "atipico".

Rispetto al lavoro a tempo determinato, ai contratti collettivi è riconosciuta innanzitutto, ai sensi dell'art. 9 L. n. 92/12, istitutivo del co. 1-*bis* dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/01, la possibilità di stabilire ipotesi di apposizione "acausale" del termine (anche nella forma della somministrazione) alternative a quella del primo rapporto di durata non superiore a sei mesi.

¹⁴ Schema sostanzialmente analogo, quantunque non perfettamente coincidente, è adottato dal recente decreto legge "Crescita 2.0" del 4 ottobre 2012, il cui art. 28, rubricato *Disposizioni in materia di rapporto di lavoro subordinato in start-up innovative*, reca al co. 9 la seguente formula di rinvio: "I contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono definire anche con accordi interconfederali o avvisi comuni: a) criteri per la determinazione di minimi tabellari specifici di cui al comma 9 funzionali alla promozione dell'avvio delle start-up innovative, nonché criteri per la definizione della parte variabile di cui al comma 9; b) disposizioni finalizzate all'adattamento delle regole di gestione del rapporto di lavoro alle esigenze delle start-up innovative, nella prospettiva di rafforzarne lo sviluppo e stabilizzarne la presenza nella realtà produttiva".

Peraltro, tale possibilità è soggetta ad un doppio ordine di condizioni: la prima, di tipo quantitativo, limita al 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva l'ammontare massimo delle assunzioni effettuabili sulla base di questo schema; la seconda, di tipo qualitativo, ne circoscrive l'ambito di applicazione ai processi organizzativi determinati da una serie tassativa di ragioni, specificate dal novellato art. 5, co. 3, D.Lgs. n. 368/01 e accomunate dalla natura intrinsecamente temporanea¹⁵. Cosicché, a ben vedere, il compito affidato alla contrattazione collettiva non sembra essere quello di autorizzare una stipulazione "acausale" in senso stretto, ovvero permettere l'apposizione del termine al contratto di lavoro anche in mancanza di ragioni giustificatrici "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", ma più propriamente quello di "certificare" *ex ante* la sussistenza di tali ragioni, alleggerendo quindi l'onere di motivazione in capo al datore di lavoro.

Così ricostruito, questo modello di delega legislativa – che, qualora esercitata, produce l'effetto di precludere, nell'ambito di efficacia del contratto collettivo, il ricorso all'ipotesi generale¹⁶ - non appare affatto nuovo, ma piuttosto sembra configurare un ibrido tra la funzione autorizzatoria conferita ai contratti collettivi secondo la disciplina previgente al D. Lgs. n. 368/01 e l'autorizzazione legale preventiva disposta *ex lege* da alcune norme dello stesso decreto legislativo. Non sfugge infatti l'analogia strutturale tra il nuovo co. 1-*bis* e l'art. 2 del D.Lgs. n. 368/01, che autorizza, a condizioni non dissimili da quelle contemplate dal primo, la stipulazione di contratti a termine per i servizi aeroportuali e postali. Onde si ricava il corollario dell'applicabilità al caso di specie dell'orientamento giurisprudenziale che, con riferimento all'art. 2, ammette la successiva verifica giudiziale circa la corrispondenza tra ciascuna specifica assunzione a termine e i presupposti delineati dalla legge (o, in questo caso, dall'autonomia collettiva)¹⁷.

Il medesimo modello di delega, tanto con riferimento ai destinatari quanto ai presupposti, si applica al potere conferito alla contrattazione di abbreviare la durata degli intervalli che devono intercorrere tra ciascuna assunzione a termine, contestualmente elevati dalla legge a sessanta o novanta giorni (a seconda che la durata del rapporto

¹⁵ Si tratta di: avvio di una nuova attività; lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente. Cfr. art. 1, co.9, lett. h.

¹⁶ Come si ricava dall'uso dell'espressione "in luogo di": cfr. sul punto circ. Min.lav. n. 18/12. Per questo motivo si prevede un ricorso limitato o nullo a detta opzione negoziale, in quanto poco attrattiva per la parte datoriale: cfr. A. Vallebona, La riforma del lavoro 2012, Giappichelli, Torino, 2012.

¹⁷ Cfr. Trib. Roma 14 dicembre 2012, in Foro it. 2011, 4, I, 1252.

originario sia stata inferiore o superiore ai sei mesi) in luogo degli originari dieci e venti giorni. La L. n. 92/12 autorizza i contratti collettivi a ridurre i predetti periodi, rispettivamente, fino a venti e trenta giorni. Anche in questo caso nulla di nuovo, reiterandosi il copione seguito dalle riforme dell'istituto succedutesi a partire dal 2007, in base al quale all'inasprimento della disciplina legale, in funzione antiabusiva, si accompagna l'allentamento dei vincoli laddove l'intervento delle parti sociali sia ritenuto idoneo a garantire la corrispondenza della deroga al reciproco – e genuino - interesse delle parti.

Le ulteriori deleghe conferite alla contrattazione, con riguardo ad altre forme contrattuali *non standard*, non si discostano dal modello appena descritto. Non potendo ricostruirle in modo analitico ed esaustivo nel limitato spazio di questo intervento, basti evidenziare l'elemento teleologico che le accomuna, consistente, a quanto sembra, nell'assecondare la volontà legislativa rispetto all'equilibrato dosaggio di rigidità e flessibilità, e pertanto riducendo o ampliando gli spazi di agibilità di ciascun istituto in modo coerente con le intenzioni, a seconda dei casi repressive o promozionali, del legislatore. Così, sulla contrattazione collettiva in materia di apprendistato incombe l'obbligo di prevedere “una durata minima del contratto non inferiore a sei mesi” (art. 1, co. 16, L. n. 92/12), mentre con riferimento al lavoro a tempo parziale i contratti che introducano clausole flessibili e/o elastiche dovranno contemplare “condizioni e modalità che consentono al lavoratore di richieder(n)e l'eliminazione ovvero la modifica” (art. 1, co. 20). Per converso, all'autonomia collettiva in materia di lavoro a progetto è data la facoltà di individuare sia i compiti “meramente esecutivi e ripetitivi” non deducibili in contratto, sia le “prestazioni di elevata professionalità” per le quali non operano le presunzioni legali di subordinazione (art. 1, co. 23). Analogamente, i contratti collettivi possono escludere l'applicazione delle norme di legge in materia di responsabilità solidale negli appalti, a fronte della individuazione di “metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva” degli stessi (art. 4, co. 31).

Rispetto alle funzioni qualificate come “gestionali”, tipico ingrediente delle situazioni di crisi aziendale, la riforma ricorre alla contrattazione collettiva al fine di correggere il problema dell'elevato formalismo delle procedure di mobilità disciplinate dalla L.n. 223/91¹⁸, stabilendo che i vizi di comunicazione “possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di

¹⁸ Cfr. L.Montuschi, Procedure e forme: comunicare è bello?, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2000,p.651.

licenziamento collettivo” (art. 1, co. 45). La legge si occupa inoltre di promuovere la conclusione di accordi di gestione delle crisi, istituendo un deterrente economico nella misura del triplo del contributo dovuto dal datore per tutti i casi di interruzione del rapporto di lavoro per causa diversa dal licenziamento, laddove l'eccedenza di personale “non abbia formato oggetto di accordo sindacale” (combinato disposto art. 4, co. 31 e 35). Da menzionare infine la già accennata possibilità, per i datori di lavoro che impieghino mediamente più di quindici dipendenti, a fronte di situazioni di eccedenza di personale, di stipulare accordi collettivi che impegnino l'impresa a corrispondere ai lavoratori “una prestazione di importo pari al trattamento di pensione che spetterebbe in base alle regole vigenti, ed a corrispondere all'INPS la contribuzione fino al raggiungimento dei requisiti minimi per il pensionamento”, al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori più anziani (art. 4, co. 1). In questo caso, peraltro, l'accordo si inserisce all'interno di un procedimento complesso, che ne condiziona l'efficacia alla validazione da parte dell'INPS, rimanendo tuttavia incerto se tale validazione possa proiettare i propri effetti nella sfera soggettiva dei singoli dipendenti coinvolti, eventualmente anche a fronte di un loro dissenso.

A proposito delle funzioni concertative, espressione con cui si designano in questa sede le ipotesi in cui un processo deliberativo pubblicistico – sovente in ambito ministeriale – prevede una qualsiasi forma di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali e datoriali, ciò che attira l'attenzione non è tanto la casistica contemplata dalla legge - invero modesta sotto il profilo qualitativo e quantitativo – quanto la distinzione tra casi in cui un siffatto coinvolgimento viene previsto ed altri in cui viene invece escluso. Non risulta agevole, ad esempio, spiegare per quale ragione il Ministero del lavoro debba sentire le parti sociali ai fini della individuazione delle attività professionali, richiedenti l'iscrizione in appositi registri o albi, per le quali non operano le presunzioni legali in materia di “partite IVA” (art. 1, co. 26), ovvero in ordine alla ricognizione delle prospettive economiche e occupazionali dei lavoratori in mobilità sottoposti al regime transitorio di cui all'art.42, co. 46-*bis*, o ai fini della determinazione delle politiche di apprendimento permanente (art. 4,co. 51 ss.), mentre analoghe procedure deliberative non siano previste nell'ambito della definizione delle linee guida condivise con le regioni in materia di tirocini formativi (art. 1, co. 34) o ai fini dell'attuazione delle misure sperimentali di sostegno alla genitorialità (*voucher* e congedo obbligatorio di paternità,art.4, co. 25).

Infine, per quanto concerne le funzioni innanzi definite “para-pubblicistiche”, al di là dei già citati esempi del concorso al sistema di monitoraggio sull'attuazione della riforma

(art.1, co. 2) e della individuazione delle sedi competenti alla convalida delle dimissioni ai sensi dell'art. 4, co. 17, i più rilevanti spunti di riflessione sono offerti dall'art. 3, co. 4 ss., che disciplina la costituzione, ad opera di "accordi collettivi e contratti collettivi, anche intersettoriali", di fondi di solidarietà bilaterali aventi il compito di assicurare una tutela in costanza di rapporto di lavoro nei casi di riduzione o sospensione dell'attività in settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale.

Non essendo possibile dare conto in questa sede dell'articolata regolamentazione predisposta in materia, ci si limita a mettere in luce alcuni profili suscettibili, per quanto sembra, di integrare possibili elementi di tensione costituzionale, con riferimento al principio di libertà sindacale, in ragione del palese tentativo di "funzionalizzazione" dell'autonomia collettiva messo in pratica dal legislatore: l'obbligatorietà dell'istituzione dei fondi (art. 3, co. 10); la dettatura di vincoli sul contenuto degli accordi istitutivi (art. 3, co. 15) e sulla gestione dei fondi (come il pareggio di bilancio: art. 3, co. 26); la vigilanza dell'INPS sull'operato del comitato amministratore (art. 3, co. 40).

4. I margini di intervento della "contrattazione di prossimità" nella materie disciplinate dalla riforma.

Come si è accennato *supra*, la sequenza di rinvii allestita dalla riforma non esaurisce in sé tutti gli spazi di intervento praticabili dall'autonomia collettiva rispetto agli istituti considerati dal legislatore. Suscita interesse, in tale contesto, il quesito inerente alla riformabilità dei predetti istituti da parte della "contrattazione di prossimità", atteso l'ampio potere derogatorio attribuito all'autonomia collettiva dall'art. 8, L. n. 148/11, idoneo com'è noto ad investire finanche i dispositivi legali.

Il quesito rischia invero di rivelarsi scolastico, attesi i permanenti dubbi circa l'effettività di una norma, l'art. 8, costretta in una rete di limiti teleologici e materiali – tassativi, e pertanto di stretta interpretazione, secondo l'orientamento più accreditato¹⁹ – talmente aggrovigliata da esporre chi intendesse farvi ricorso ad un'alea giudiziale difficilmente sopportabile. Tuttavia, come è stato opportunamente rilevato, simili considerazioni di fatto

¹⁹ Cfr. Corte cost. n. 221 del 4 ottobre 2012. In dottrina cfr. A. Perulli-V. Speciale, L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del Diritto del lavoro, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 132/2011. Cfr. altresì, per un'analitica disamina degli spazi concessi alla contrattazione di prossimità nel periodo anteriore all'emanazione della L. n. 92/12, A. Russo, I poteri di deroga della contrattazione di prossimità. Un inventario critico, in QFMB Saggi, 2011, 2.IV.

non implicano che sia lecito sottovalutare l'impatto della norma in diritto, vista la sua astratta idoneità a provocare una rivoluzione nel sistema delle fonti del diritto del lavoro²⁰.

Sembra peraltro che l'effetto complessivo della L. n. 92/12 sia quello di mitigare sensibilmente tale carica rivoluzionaria. Si è già osservato, in proposito, che le regole in materia di successione delle leggi nel tempo conducono ad escludere qualsiasi possibilità di intervento della contrattazione di prossimità (anche a prescindere dall'esercizio del potere di deroga *in peius*) nei casi in cui la formula di rinvio manifesti inequivocabilmente la volontà del legislatore di istituire uno schema di delegazione alternativo a quello dell'art. 8. Questa ipotesi riguarda per certo, come si è innanzi precisato, le nuove funzioni attribuite alla contrattazione collettiva in materia di contratto a termine e di determinazione del compenso nel lavoro a progetto, che condizionano esplicitamente la legittimazione dei livelli decentrati alla delega da parte del livello sovraordinato.

In altre circostanze, l'inoperatività dell'art. 8 può desumersi alla luce dei vincoli per materia individuati dalla norma. E' il caso, ad esempio, dell'individuazione dei compiti meramente esecutivi o ripetitivi non deducibili nel contratto di lavoro a progetto, dal momento che le mansioni non deducibili in contratto, al pari delle prestazioni di elevata professionalità a cui non si applica la presunzione di subordinazione, non attengono strettamente alle "modalità di assunzione e disciplina del rapporto" a cui si riferisce il co. 2, lett. e, della predetta norma, quanto piuttosto ai presupposti applicativi della medesima disciplina.

Sempre in ragione dei limiti materiali, non sembrano riconducibili all'ambito di efficacia dell'art. 8 le nuove regole sull'associazione in partecipazione, trattandosi di una forma di lavoro non subordinato non espressamente elencata tra le competenze della contrattazione di prossimità²¹. Al medesimo esito si potrebbe giungere a proposito del contratto di apprendistato, laddove si ritenesse che la specificità della causa negoziale ne precluda la completa assimilazione al lavoro subordinato *tout court*, essendosi il legislatore del 2011 premurato di enumerare esplicitamente varianti molto più attigue al tipo standard come il contratto a termine e i contratti a orario ridotto, modulato o flessibile. Anche a non voler accedere a tale interpretazione, tuttavia, sembra doversi escludere la legittimazione dei contratti di prossimità a disciplinare il contratto di apprendistato giacché, anche in questo

²⁰ Cfr. A. Perulli-V. Speciale, L'articolo 8, cit.

²¹ Così anche M. Tiraboschi, L'associazione in partecipazione tra le rigidità della "riforma Fornero" e le dubbie deroghe ex articolo 8, decreto legge n.138/2011, in *Diritto delle Relazioni industriali*, n. 3, 2012.

caso, la legge – posteriore nel tempo all'art. 8 - rimette la relativa competenza esclusivamente ai appositi accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale (art. 2, co. 1, D.Lgs. n. 167/11).

Quali dunque gli spazi di intervento sulla "Riforma Fornero" praticabili con maggiore sicurezza dalla contrattazione di prossimità? Si ritengono ipotizzabili, ad esempio, la reintroduzione per via negoziale di alcuni istituti di flessibilità soppressi dalla L. n. 92/12, come il lavoro intermittente nella modalità week-end, ovvero la riformulazione delle causali soggettive inerenti alla medesima fattispecie²². Ancora, in materia di lavoro a termine, sembrano potersi ammettere deroghe al divieto di proroga del contratto "acausale" e alle scansioni temporali relative alla prosecuzione del rapporto oltre la scadenza (ma non, come si è osservato innanzi, a quelle stabilite per l'ipotesi di reiterazione dei contratti, in quanto oggetto di una delega specifica all'autonomia collettiva). Anche l'apparato sanzionatorio del lavoro a tempo determinato, pure fatto oggetto di revisione da parte della riforma, potrebbe essere ulteriormente rivisto alla stregua dell'art. 8; sennonché, la forza interdittiva dei vincoli costituzionali e comunitari appare in questo caso idonea a erodere sensibilmente i concreti margini di esercizio della contrattazione di secondo livello²³.

Resta da segnalare la riformabilità del sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo delineato nel nuovo art. 18 St. lav., con la rilevante eccezione della c.d. "tutela reintegratoria piena" di cui al co. 1, in quanto correlata ad ipotesi discriminatorie ovvero di recesso affetto da illiceità particolarmente gravi, e pertanto esplicitamente esclusa dall'ambito applicativo della contrattazione di prossimità ai sensi dell'art. 8, co. 2, lett. e, L. n. 148/11.

²² Come rileva anche la circ. Min. lav. n. 18/2012.

²³ Si pensi in particolare all'istituto della conversione, non imposto dai vincoli comunitari ma tuttavia di centrale importanza nell'impianto complessivo del nuovo apparato sanzionatorio, tanto da far pensare ad una sua sorta di necessità costituzionale per la difficoltà di individuare una pena altrettanto dissuasiva. Per considerazioni in merito cfr. Corte cost. n.303/2011.