



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Quaderni Fondazione Marco Biagi

Alberto Russo (a cura di)

Argomenti di diritto sindacale e del lavoro

2013

Quaderni Fondazione Marco Biagi

ISSN 2239-6985

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

Argomenti di diritto sindacale e del lavoro

Alberto Russo (a cura di). Modena: Fondazione Marco Biagi, 2013

© Copyright 2013 degli autori

ISBN 979-12-81397-04-0

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

Rappresentanza sindacale e contrattazione collettiva dopo il protocollo del 31 maggio 2013 <i>Iacopo Senatori</i>	7
La partecipazione dei lavoratori in Italia tra realtà e utopia <i>Iacopo Senatori</i>	23
Art. 4 Statuto dei Lavoratori: nozioni, limiti e possibilità di deroghe <i>Alberto Russo</i>	31
Le novità introdotte dalla legge 92/12 sul contratto a termine: Profili di (in)compatibilità europea e convenzionale <i>Enrica Pierini</i>	44
Lavoro a progetto e <i>call center</i> : una coesistenza impossibile? Nota a Sentenza della Cassazione civile, Sezione Lavoro, 21 marzo 2012, n. 4476 <i>Massimiliano Vaccari</i>	64
L'interpretazione giudiziale delle norme "elastiche". <i>quaestio facti</i> e <i>quaestio iuris</i> <i>Alberto Russo</i>	84

RAPPRESENTANZA SINDACALE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

DOPO IL PROTOCOLLO DEL 31 MAGGIO 2013

Iacopo Senatori
Ricercatore Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Inquadramento storico-sistematico del Protocollo. – 2. La misurazione della rappresentatività a fini negoziali e le forme di rappresentanza nei luoghi di lavoro. – 3. Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale. L'intreccio con i nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale sull'art. 19 St. lav.. – 4. Il sistema delle fonti intersindacali dopo il Protocollo del 31 maggio. In attesa di una legge.

1. Inquadramento storico-sistematico del Protocollo.

Come era accaduto altre volte, nel tragitto convulso e altalenante delle relazioni industriali contemporanee, la stipulazione del Protocollo d'intesa in materia di rappresentanza e rappresentatività da parte di Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, avvenuta il 31 maggio scorso, è stata salutata come un evento storico. L'esperienza suggerisce di diffidare di simili enfattizzazioni massmediatiche, dal sapore vagamente propagandistico. Tuttavia alcuni indizi, di cui si dirà in queste pagine, permettono di formulare una prognosi possibilista riguardo alla capacità del Protocollo di completare il travagliato percorso di riassetto del sistema italiano di relazioni industriali, e consegnare così alla storia il "patto costituzionale" del 23 luglio 1993; un documento da tempo superato, nei fatti, quanto a presupposti ed obiettivi¹.

Già dalle premesse è possibile evincere tre attributi fondamentali del Protocollo: la sua correlazione sistematica con l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011; il suo carattere di disciplina-quadro e la sua attitudine espansiva, o in altri termini il proporsi come avanguardia regolativa, tanto per le associazioni datoriali non appartenenti al sistema confindustriale quanto per le organizzazioni sindacali che non hanno partecipato alla stipulazione.

¹ Il Protocollo potrebbe intendersi in questo senso come un passo avanti lungo il percorso di riedificazione del sistema di relazioni industriali "sulle rovine del precedente"; percorso di cui le contraddizioni e le lacune dell'Accordo del 28 giugno non consentivano, da sole, di intravedere la meta, come rilevato da A. LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in LD, 2012, 55. Sulle prospettive di superamento del Protocollo del 1993 cfr. anche P. TOSI, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione*, in ADL, 2013, 506.

Il Protocollo, nel “dare applicazione all’Accordo del 28 giugno 2011”, attua - ancorché tardivamente - i principi di riforma delle regole sulla rappresentanza sanciti al punto 3 delle “Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia” concordate il 16 novembre 2012 tra il Governo e le principali organizzazioni imprenditoriali e sindacali². E’ quindi ravvisabile, quantomeno nella materia della rappresentanza, un *continuum* tra gli Accordi del 2011 e del 2013 - la cui applicazione soggettiva è circoscritta alle categorie appartenenti a Confindustria - e l’Accordo del 2012, di estensione più vasta³. Ciò lascia prevedere il manifestarsi di un effetto imitativo, fondato sulla implicita condivisione dell’impianto regolativo da parte delle altre associazioni datoriali. Analogamente, sul versante sindacale, la clausola 6 della prima parte contempla espressamente la possibilità di adesione all’intesa da parte di confederazioni non firmatarie, nei limiti che verranno esaminati *infra*.

Il nesso sistematico tra l’Accordo del 28 giugno e il Protocollo in commento non è limitato agli aspetti più evidenti, che danno conto dell’attuazione delle linee guida in materia di contrattazione collettiva nazionale disposte dal primo. Come è noto, il contenuto fondamentale - in quanto direttamente precettivo - dell’Accordo Interconfederale del 2011 concerne la legittimazione negoziale e le condizioni di efficacia e di esigibilità dei contratti aziendali, e si concreta in primo luogo nella determinazione dei requisiti soggettivi di rappresentatività necessari affinché i contratti aziendali possano esercitare effetti estesi a tutto il personale, ed inoltre nella pattuizione circa le conseguenze della violazione delle clausole di tregua eventualmente convenute. Con un intervento speculare, il Protocollo definisce ora i criteri di misurazione della rappresentatività ai fini dell’ammissione alle trattative per i ccnl, i presupposti di applicazione generale dei contratti collettivi e le condizioni di esecutività delle clausole di tregua e raffreddamento. Dal combinato disposto dei due documenti scaturisce pertanto un sistema integrato di disciplina delle dinamiche negoziali tra livello centrale e periferico, fondato su tecniche regolative coerenti e sul comune obiettivo di governare il naturale pluralismo delle relazioni industriali mediante “regole del gioco” effettive e condivise.

² La mancata adesione della Cgil al Patto è stata “sanata” con la successiva stipulazione unitaria dell’accordo attuativo tra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil, avvenuta il 24 aprile 2013.

³ Coglie tale profilo, relativamente ai documenti del 2011 e del 2012, A. MARESCA, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e “regole sulla rappresentanza” sindacale: verso l’attuazione negoziale dell’art. 39, co. 4, della Costituzione?*, in AA. VV., *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Giappichelli, Torino, 2013, 178.

Il carattere di disciplina-quadro del Protocollo è dichiarato già nella premessa, ove le disposizioni contenute nell'articolato vengono qualificate come “principi ai quali ispirare la regolamentazione attuativa e le necessarie convenzioni con gli enti interessati”. Il riferimento agli enti chiama in causa l'INPS e il CNEL: soggetti necessari, come si illustrerà *infra*, al fine di rendere operativo il meccanismo di misurazione della rappresentatività dei sindacati. Il Protocollo rinvia poi a specifiche regolamentazioni da parte dei contratti collettivi di categoria, relativamente alla eventuale trasformazione delle strutture di rappresentanza (da RSA a RSU), alla modalità di definizione della piattaforma e della delegazione trattante in sede di rinnovo contrattuale, allo svolgimento della consultazione dei prestatori ai fini del conferimento di efficacia generale al contratto collettivo, e alla definizione di clausole e/o procedure di raffreddamento. Si tratta peraltro, come verrà approfondito in seguito, di rinvii corredati da prescrizioni assai analitiche rivolte agli attori delle diverse categorie; cosicché il coinvolgimento delle federazioni sembra doversi interpretare come una doverosa concessione alle particolarità di ciascun settore e non alla stregua di una mera tecnica dilatoria.

2. La misurazione della rappresentatività a fini negoziali e le forme di rappresentanza nei luoghi di lavoro.

Il Protocollo è suddiviso in due parti, funzionalmente correlate. La prima, che costituisce diretta attuazione del punto 1 dell'Accordo del 28 giugno 2011, è dedicata ai criteri per la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali ai fini della contrattazione collettiva di categoria.

Si dichiara in apertura, sulla scia dell'Accordo del 28 giugno, che la certificazione della rappresentatività “assume i dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite da lavoratrici e lavoratori e i consensi ottenuti (voti espressi) dalle organizzazioni sindacali in occasione delle elezioni delle RSU”. In questo modo gli stipulanti confermano la scelta di mediazione, mutuata dalla disciplina del lavoro pubblico⁴, tra le due filosofie della rappresentanza incarnate dalle maggiori confederazioni: quella di marca prettamente associativa, cara alla Cisl, e quella universalista, ascrivibile alla Cgil, che privilegia il legame costitutivo con forme di suffragio diretto.

⁴ Pur con le differenze strutturali e funzionali analiticamente rilevate da F. CARINCI, *Adelante Pedro, con juicio: dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione “costituzionale” dell'articolo 19, lettera b), St.*, in corso di pubblicazione in DRI, 2013. Cfr. inoltre M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in ADL, 2012, 43.

Le clausole successive precisano le modalità di raccolta e ponderazione dei dati relativi a ciascuno dei due indici di rappresentatività, attribuendo le rispettive competenze. Riguardo alle deleghe, il compito di acquisire ed elaborare le informazioni viene assegnato all'INPS, che vi provvede tramite un'apposita sezione delle dichiarazioni aziendali (Uniemens) che dovrà essere predisposta a seguito di una convenzione *ad hoc* tra l'Istituto e le parti stipulanti il Protocollo (clausola 2). Quanto al dato elettorale, derivante dai voti assoluti espressi per ogni organizzazione sindacale aderente alle confederazioni firmatarie del Protocollo, come risultanti dai verbali della consultazione (clausole 3 e 4), la raccolta viene demandata al Comitato provinciale dei Garanti istituito ai sensi dell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993 sulla costituzione delle RSU, se esistente, o ad un organismo analogo di apposita costituzione.

Ambedue le classi di dati dovranno poi essere trasmesse al CNEL, cui il Protocollo conferisce il ruolo di terminale ultimo della procedura certificatoria. A questo organismo spetta il compito di effettuare la ponderazione dei diversi indici, determinata come media semplice tra la percentuale degli iscritti e quella dei voti, con un peso relativo del 50% ciascuna (clausola 5). La soglia di sbarramento utile ai fini dell'ammissione al tavolo negoziale è fissata al 5%, analogamente a quanto avviene nel lavoro pubblico, con la precisazione – di tenore analogo a quella fornita dall'art. 43, d. lgs. n. 165/01 – che le percentuali vengono calcolate come proporzione, rispettivamente, del numero totale degli iscritti e dei votanti⁵.

Opportunamente gli stipulanti hanno previsto che, nel caso in cui in azienda siano presenti le sole RSA ovvero manchi qualunque forma di rappresentanza - ipotesi non infrequente nell'attuale panorama delle relazioni sindacali, caratterizzato da un'elevata frammentazione del fronte sindacale e dalla vasta diffusione di imprese che non raggiungono i requisiti dimensionali previsti dallo Statuto dei lavoratori per la costituzione di rappresentanze aziendali - la certificazione della rappresentatività non sia preclusa ma operi esclusivamente sulla base del numero degli iscritti. Questa norma ha il pregio di garantire che la misurazione del peso dei sindacati nelle varie categorie non risulti falsata da

⁵ La precisazione corregge un difetto di formulazione dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno suscettibile di fraintendimenti, che avrebbe potuto condurre a ritenere che la percentuale andasse ponderata sul totale dei lavoratori della categoria: cfr. F. CARINCI, *Adelante Pedro*, cit.

fattori idonei ad oscurare alcune realtà, per effetto del clima ivi esistente tra le organizzazioni o delle dimensioni d'impresa⁶.

D'altro canto, si può rilevare - ed è questa, forse, la più rilevante sfasatura tra l'Accordo del 28 giugno e quello del 31 maggio - che il Protocollo in commento non esprime una particolare predilezione per le RSU, non contenendo alcuna forma di incentivo alla costituzione di tali soggetti. Al contrario, come si illustrerà *infra*, si dispone che l'eventuale passaggio al sistema delle RSU potrà avvenire solo se definito unitariamente (ovvero all'unanimità), in ciascuna azienda, dalle federazioni aderenti alle confederazioni stipulanti il Protocollo.

Per il caso in cui, invece, gli attori optino per il sistema delle RSU, vengono introdotte una serie di disposizioni di manutenzione dell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993 - la principale fonte regolativa in materia - intese a calibrare le modalità costitutive e le attribuzioni di tali organismi sulle nuove funzioni legate alla misurazione della rappresentatività dei sindacati a fini negoziali.

Viene innanzitutto confermata la "clausola di salvaguardia", già prevista dall'Accordo Interconfederale del 1993, secondo cui la partecipazione alle elezioni delle RSU comporta la rinuncia a costituire RSA. Il precetto, inteso a prevenire le "interferenze" prodotte dalla coabitazione tra le due distinte forme di rappresentanza, suscettibili di impattare negativamente sia sulle dinamiche intersindacali in azienda sia sulla corretta applicazione dei criteri di misurazione della rappresentatività introdotti dal Protocollo⁷, viene peraltro rafforzato, rispetto alla disciplina previgente, da una clausola che prescrive l'impegno a non costituire RSA indipendentemente dalla effettiva partecipazione del sindacato alle consultazioni elettorali. Di conseguenza, l'attivazione del processo di formazione delle RSU è fonte di un obbligo di astensione per tutti i firmatari e gli aderenti al Protocollo del 31 maggio, anche qualora taluni di essi non prendano parte all'elezione.

Al fine di mitigare l'onerosità di tale disposizione, si stabilisce, come accennato *supra*, che il passaggio al sistema delle RSU debba ricevere l'approvazione unanime da parte dei firmatari del Protocollo. Si tratta di una opzione regolativa indubbiamente intesa a preservare il pluralismo sindacale, garantendo a tutti gli attori la possibilità di partecipare –

⁶ Si ritiene che l'utilità arrecata dalla disposizione in commento sia superiore al vizio - di cui essa è pure portatrice, come osservato da F. CARINCI, *op. cit.* - di sopravvalutazione dei dati associativi rispetto a quelli elettorali.

⁷ Cfr. al riguardo G. NATULLO, *L'incerta rappresentanza dei lavoratori in azienda tra legge e contratti*, in AA. VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, cit., 282.

quantomeno - alla fase iniziale di un processo deliberativo destinato comunque a produrre effetti limitativi nella propria sfera. Deve tuttavia rilevarsi come essa rechi il rischio di attribuire un diritto di veto in ordine alla modalità costitutiva degli organi di rappresentanza aziendale anche a soggetti che, per quanto firmatari del Protocollo, non esercitino una effettiva presenza sul luogo di lavoro e non vi compiano alcuna attività sindacale⁸.

Proseguendo con le modifiche alla disciplina costitutiva delle RSU apportate dal Protocollo, assume notevole rilievo la disposizione secondo cui “le RSU saranno elette con metodo proporzionale”. La formula, assai laconica, deve essere interpretata come indicativa dell’abolizione – anch’essa ispirata alla disciplina del lavoro pubblico, oltre che preconizzata dall’Accordo sulla produttività del novembre 2012 - della quota riservata di un terzo attribuita alle associazioni firmatarie del ccnl applicato nell’unità produttiva. Tale privilegio si spiegava, nel disegno del Protocollo del 23 luglio 1993, con la finalità di sostegno alla formazione di delegazioni negoziali soggettivamente omogenee tra categoria e azienda, secondo uno schema favorevole al coordinamento tra i livelli della contrattazione collettiva. Esso risulta invece incompatibile con la *ratio* del Protocollo del 31 maggio, poiché idoneo ad alterare i dati strumentali alla misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

Necessaria a garantire la corretta funzionalità del Protocollo è anche la direttiva che, integrando la regola sulla durata triennale degli organismi di rappresentanza, ordina il rinnovo, entro sei mesi, delle RSU scadute alla data del 31 maggio 2013. La effettiva periodicità dei rinnovi diviene infatti, nel nuovo sistema, un’essenziale garanzia del “costante e dinamico monitoraggio del dato elettorale e, per questo tramite, una periodica verifica e, ove occorra, un adeguamento della misura della rappresentatività sindacale”⁹.

Il Protocollo fornisce inoltre l’occasione agli stipulanti per aggiornare talune norme in materia di prerogative delle RSU che hanno generato criticità in sede applicativa. La clausola 6 della prima parte statuisce, all’ultimo punto, che “il cambiamento di appartenenza sindacale da parte di un componente la RSU ne determina la decadenza dalla carica e la sostituzione con il primo dei non eletti della lista originaria di appartenenza del sostituito”. La decadenza dalla carica era stata presa in considerazione dall’Accordo Interconfederale

⁸ Tale clausola conferma le impressioni formulate da A. LASSANDARI, *Dopo l’accordo del 28 giugno*, cit., secondo cui “la legittimazione prioritaria e la diffusione nelle imprese delle RSU sembra da riconquistare sul campo”. Non si intravedono invece, nel Protocollo, gli elementi favorevoli ad una generalizzazione della RSU che sembra ravvisare F. CARINCI, *op. cit.*

⁹ Così, con riferimento all’Accordo del 28 giugno, A. MARESCA, *op. cit.*, 188.

del 1993 per la sola ipotesi di dimissioni dell'eletto, cosicché la giurisprudenza ha costantemente negato che il semplice passaggio ad altra organizzazione potesse determinare analogo esito¹⁰. La modifica reca chiarezza sul punto, rafforzando la posizione delle organizzazioni rispetto a quelle dei singoli eletti nel rapporto con la base elettorale, e rimarcando il carattere collegiale degli organismi di rappresentanza, che, come costantemente ritenuto dalla giurisprudenza, esercitano le proprie attribuzioni in modo unitario e non attraverso i singoli componenti¹¹.

Molti dei citati adattamenti della disciplina delle RSU appaiono sufficientemente chiari e precisi da poter essere ritenuti direttamente precettivi e, pertanto, immediatamente efficaci e idonei a sostituire le corrispondenti clausole dell'Accordo Interconfederale del 1993. Tuttavia, essi appaiono suscettibili di determinare incoerenze ed antinomie con altri segmenti di tale accordo, ai quali li lega uno stretto vincolo di interdipendenza. Conseguentemente, con la clausola 7 del Protocollo le parti assumono l'impegno a "rendere coerenti le regole dell'Accordo Interconfederale del dicembre 1993, con i suddetti principi, anche con riferimento all'esercizio dei diritti sindacali e, segnatamente, con quelli in tema di diritto di assemblea in capo alle organizzazioni sindacali firmatarie della presente intesa, titolarità della contrattazione di secondo livello e diritto di voto per l'insieme dei lavoratori dipendenti".

Le materie sono richiamate in modo generico, probabilmente allo scopo di concedere alle parti ampi margini implementativi. Riguardo a quelle espressamente menzionate, le alternative che si profilano dovrebbero interessare sia il mantenimento o meno delle attuali regole concernenti l'attribuzione alle singole organizzazioni sindacali, piuttosto che alla RSU, del diritto ad indire l'assemblea per tre delle dieci ore annue retribuite, sia la conferma della contitolarità della legittimazione negoziale tra RSU e strutture sindacali territoriali¹²;

¹⁰ Cfr. Cass. 20 marzo 2008, n. 7604, in *MGC*, 2008, 451; Trib. Milano 5 aprile 2007, in *RCDL*, 2007, 397.

¹¹ Cfr. ad esempio Cass. 16 febbraio 2005, n. 3072, in *LPA*, 2005, 387, che ha così illustrato i termini della questione: "Il diritto di indire assemblee dei dipendenti spetta alla RSU quale organismo elettivo unitariamente inteso e a struttura collegiale, che assume ogni decisione secondo il regolamento eventualmente adottato, o, in mancanza, a maggioranza dei componenti; di converso, deve escludersi che tale diritto spetti ai singoli componenti della RSU, anche al fine di evitare il manifestarsi, nella indizione delle assemblee, di forme di concorrenzialità tra componenti delle RSU eletti nelle diverse liste, tali da incidere sul monte ore individuale e quindi sulla partecipazione all'assemblea stessa".

¹² L'abolizione della "riserva del terzo" prospetta la convergenza delle funzioni di rappresentanza negoziale e di rappresentanza "degli interessi", esercitata mediante il godimento dei diritti sindacali, in capo alle RSU, determinando una decisa virata del sistema verso il modello del "canale unico" e favorendo l'approssimazione concettuale dei termini "rappresentanza" e "rappresentatività", già prefigurata da A. MARESCA, *op. cit.* A questo riguardo il Protocollo fornisce indicazioni assai più chiare rispetto all'Accordo del 28 giugno, il quale, pur riconoscendo la legittimazione a negoziare alle sole rappresentanze aziendali (RSU o

un altro intervento dovrà invece occuparsi di armonizzare la disciplina del procedimento elettorale con l'abolizione del terzo riservato, particolarmente per quanto concerne l'elettorato attivo. Altre questioni che potrebbero necessitare di un raccordo con la disciplina del 1993 rimangono poi sullo sfondo. Si allude, ad esempio, agli effetti dell'adesione al Protocollo da parte di terzi. Ci si potrebbe chiedere al riguardo se tale atto formale, da cui, come si è visto, scaturiscono effetti obbligatori inerenti alle modalità costitutive delle RSU, determini implicitamente l'adesione all'Accordo Interconfederale del 1993, autorizzando già di per sé gli aderenti, per esempio, ad assumere l'iniziativa per la costituzione della RSU stessa (art. 1, prima parte, accordo interconfederale 1993) e per la presentazione delle liste (art. 4, seconda parte, accordo interconfederale 1993). Un intervento delle parti inteso a fugare eventuali dubbi interpretativi avrebbe il pregio di prevenire eventuali divergenze in sede applicativa.

3. Titorialità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale. L'intreccio con i nuovi orientamenti della giurisprudenza costituzionale sull'art. 19 St. lav.

La seconda parte del Protocollo è dedicata alla legittimazione negoziale degli attori ai fini della contrattazione collettiva nazionale e agli effetti degli accordi da essi stipulati. Come si è già accennato, il superamento della soglia di rappresentatività del 5%, calcolata sulla base dei criteri descritti *supra*, conferisce alle organizzazioni sindacali il diritto ad essere "ammesse alla contrattazione collettiva nazionale" (clausola 1). Appare pacifico, sia in applicazione dei principi generali sulle obbligazioni sia alla luce delle successive clausole, aventi ad oggetto le modalità di presentazione delle piattaforme e i criteri di misurazione del consenso negoziale nell'ambito delle delegazioni, che tale diritto non si traduca, nella sfera delle associazioni datoriali, nei termini di un obbligo a contrarre. Si tratta, più semplicemente, di un obbligo a trattare¹³; il quale a sua volta si concreta, in considerazione del complessivo disegno del Protocollo, nel dovere di ricevere ed esaminare secondo buona fede le diverse piattaforme presentate dai sindacati e nell'obbligo di non negoziare con soggetti privi dei requisiti di rappresentatività prescritti¹⁴.

RSA), continua a prevedere il coinvolgimento del sindacato territoriale al processo deliberativo "per eccellenza" nell'economia dell'accordo: quello legato alla contrattazione derogatoria. Peraltro, come si è correttamente osservato, "il rinvio circa la titolarità della contrattazione aziendale potrebbe servire a reintrodurre quella presenza delle organizzazioni sindacali territoriali (...) apparentemente esclusa dall'Accordo Interconfederale del maggio (*recte* giugno, n.d.r.) 2011": cfr. F. CARINCI, *op. cit.*

¹³ In materia cfr., per tutti, C. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, Padova, 1992.

¹⁴ In questo senso A. MARESCA, *op. cit.* Precisa al riguardo G. PROSPERETTI, *Il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: come suggerire al legislatore l'applicazione dell'art. 39 Cost.*, in *MGL*, 2013, 438, che l'eventuale violazione di

Al riguardo, prendendo realisticamente atto della fisiologica eventualità di un dissenso strategico tra le organizzazioni sindacali ammesse alle trattative, il Protocollo dispone che ciascuna di esse possa presentare una propria piattaforma, definita – insieme alle regole sulla formazione della delegazione trattante – secondo le modalità che dovranno essere deliberate da ciascuna federazione, per ogni singolo ccnl, con apposito regolamento (clausola 2). L'unico vincolo a cui i sindacati dovranno attenersi è quello di “favorire”, in ogni categoria, la presentazione di piattaforme unitarie: poco più di una invocazione di buona volontà, espressa con parole ambigue e sprovvista di meccanismi incentivanti o sanzionatori.

Più stringenti, invece, appaiono i vincoli imposti alla parte datoriale. In caso di carenza di una piattaforma unitaria, essa “favorirà che la negoziazione si avvii sulla base della piattaforma presentata da organizzazioni sindacali che abbiano complessivamente un livello di rappresentatività pari almeno al 50% + 1”. La clausola pone un argine alla libertà contrattuale delle associazioni datoriali, impedendo l'instaurazione di rapporti negoziali fondati esclusivamente sul mutuo riconoscimento tra i contraenti, e le investe del compito di mediare tra le contrapposte istanze sindacali. Anche in questo caso, come già osservato a proposito della regola che lega l'ammissione alle trattative al superamento della soglia rappresentativa del 5%, le categorie giuridiche utili ad inquadrare la posizione datoriale sembrano essere quelle della buona fede precontrattuale e dell'obbligo a trattare, mentre gli orientamenti in tema di condotta antisindacale *ex art. 28 St. lav.* potranno fornire, pur in mancanza di una loro applicabilità diretta, i parametri valutativi delle diverse circostanze di fatto.

Si può notare che i parametri quantitativi fissati dal Protocollo si intrecciano virtuosamente, forse al di là delle intenzioni degli stipulanti, con i principi enunciati dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 3 luglio 2013¹⁵, potendo i primi risultare determinanti al fine di superare i più insidiosi ostacoli interpretativi che affiorano dalla pronuncia.

tale obbligo non possa comunque ricevere una sanzione giudiziale giacché la relativa pretesa confliggerebbe con il principio di libertà sindacale. A prescindere da tale considerazione, che postula una soluzione affermativa alla controversa questione dell'applicabilità dell'art. 39 Cost. alle associazioni datoriali, resta il fatto che, stante la natura pattizia del Protocollo, l'eventuale inadempimento non sarà suscettibile di determinare l'invalidità degli accordi conclusi con soggetti non legittimati, bensì potrà dare luogo unicamente all'attivazione di rimedi obbligatori.

¹⁵ In www.cortecostituzionale.it

Il Giudice delle leggi, come è ormai noto, con una sentenza additiva di accoglimento, ha ridefinito i requisiti soggettivi per la costituzione di una RSA ex art. 19 St. lav. annoverandovi la partecipazione “alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’azienda” in luogo del più stringente criterio della effettiva stipulazione di un accordo; e sovraccaricando così, in chiave ermeneutica, il significato del termine “partecipazione” e le ambiguità che esso incarna.

Appare lecito chiedersi, in tale quadro, se il requisito così riformulato possa ritenersi soddisfatto da parte dei soggetti che avviano un negoziato sulla base della procedura stabilita dal Protocollo. La sentenza, invero, non fornisce indicazioni decisive al riguardo, rinviando con apprezzabile *self-restraint* alla competenza del Legislatore la scelta dei criteri di misurazione della rappresentatività più appropriati. Cionondimeno, l’elenco delle soluzioni esemplificative di cui la Consulta correda il proprio rinvio include “l’obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una certa soglia di sbarramento”, richiamando così puntualmente la tecnica adottata in sede interconfederale.

L’obiettivo finale a cui è preordinato l’impianto sinora descritto è quello di determinare i presupposti per il conferimento di effetti generali al ccnl, ovvero “l’applicazione degli accordi all’insieme dei lavoratori e delle lavoratrici” (sottinteso: della categoria alla quale il contratto si riferisce). A questo scopo, la clausola 3 della seconda parte del Protocollo delinea una doppia soglia di verifica – la rappresentatività della compagine stipulante e il consenso della base riguardo all’accordo - senza tuttavia chiarire secondo quale sequenza detta verifica debba essere effettuata.

Infatti la disposizione, alla stregua della quale “i contratti collettivi di lavoro sottoscritti formalmente dalle organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50% + 1 della rappresentanza, come sopra determinata, previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori, a maggioranza semplice (...) saranno efficaci ed esigibili”, sembra potersi interpretare sia nel senso che, per rendere operativi gli effetti previsti dal protocollo, la stipulazione formale debba precedere la consultazione, sia nel senso inverso. Non soccorre al riguardo l’aggettivo “previa”, che nella struttura sintattica della frase si può legare indifferentemente alla sottoscrizione del contratto ovvero all’acquisizione di efficacia generale.

Tuttavia, spostando l’attenzione sul periodo conclusivo della clausola, si apprende che “la sottoscrizione formale dell’accordo, come sopra descritta, costituirà l’atto vincolante per entrambe le parti”. Il tenore complessivo della disposizione induce quindi a ritenere che la

volontà delle parti sia stata quella di valorizzare il momento della stipula, relegando l'approvazione della base a semplice passaggio procedurale intermedio¹⁶.

Si tratta di una scelta opposta a quella compiuta, con riferimento alla contrattazione aziendale, dall'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011. Lì peraltro, quasi a mitigare il rilievo di tale difformità, la ratifica referendaria è posta come mera eventualità, operando solo nell'ipotesi di contratti stipulati da RSA e solo a fronte della richiesta di un sindacato o di una percentuale di lavoratori¹⁷.

Rimane tuttavia il problema del significato, pratico e giuridico, da attribuire alla "consultazione certificata dei lavoratori e delle lavoratrici". Sembra a tale riguardo incontestabile, in primo luogo, che la misurazione della rappresentatività dei contraenti debba precedere, sul piano logico e cronologico, l'espressione del consenso dei lavoratori sull'accordo: diversamente, mancando la certezza circa l'idoneità rappresentativa degli attori, essa si risolverebbe in un onere procedimentale sproporzionato rispetto ai suoi - potenzialmente irrilevanti - esiti. Osservando la questione da una diversa prospettiva, poi, la consultazione verrebbe svuotata di senso qualora, a seguito dell'approvazione della maggioranza dei lavoratori, i sindacati mantenessero la propria discrezionalità circa la successiva apposizione della firma al contratto collettivo.

Per le ragioni appena illustrate, la soluzione interpretativa più adatta a preservare la volontà delle parti e la razionalità del testo negoziale conduce a prospettare una sequenza deliberativa articolata in tre fasi, legate da un nesso di propedeuticità: la stipulazione di una ipotesi di accordo, ad opera di una compagine negoziale dotata dei requisiti di rappresentatività previsti dal Protocollo; la consultazione della base, alla quale si darà luogo solo a fronte di una ipotesi di accordo soggettivamente qualificata nei termini anzidetti; la sottoscrizione formale, ad opera dei medesimi soggetti stipulanti l'ipotesi di accordo, da intendersi come atto dovuto qualora la consultazione dei lavoratori produca un esito affermativo¹⁸.

¹⁶ Contra F. CARINCI, *op. cit.*

¹⁷ Sottolinea il ruolo marginale e quasi "patologico" del referendum nell'impianto dell'Accordo del 28 giugno A. LASSANDARI, *op. cit.*

¹⁸ Dalla violazione di questa sequenza, peraltro, non sembrano poter conseguire effetti idonei a scalfire la validità *inter partes* degli accordi ma solo l'inoperatività degli effetti estensivi disposti dal Protocollo. La frase che qualifica la sottoscrizione formale come atto vincolante si riferisce proprio a questi effetti particolari, come risulta chiaro dalla clausola che segue la proposizione e che ad essa si ricollega mediante la congiunzione "infatti" (cit.). Analogamente cfr. F. CARINCI, *op. cit.*

Riguardo alla fonte giuridica a cui ascrivere l'efficacia generale degli accordi, ossia la loro applicabilità ai lavoratori iscritti alle organizzazioni stipulanti il Protocollo ma dissenzienti in ordine allo specifico ccnl, la dottrina si divide tra chi ravvisa detta fonte nella stessa regolamentazione interconfederale, che opererebbe alla stregua di un negozio configurativo¹⁹, e quanti ricorrono invece all'argomento del rinvio da parte del contratto individuale²⁰. Si potrebbe tuttavia optare per una terza ipotesi, imputando l'ampliamento della platea dei destinatari all'obbligo di applicazione generale del contratto collettivo gravante sui singoli datori di lavoro in virtù del vincolo associativo con le parti stipulanti (il ccnl e) il Protocollo. In tale prospettiva, l'estensione soggettiva degli effetti conseguirebbe ad un atto di natura unilaterale, preservandosi ovviamente la facoltà dei prestatori dissenzienti di esercitare la propria libertà sindacale negativa contestando l'applicazione del contratto nei loro confronti.

All'espletamento della procedura illustrata consegue non solo l'efficacia generale dei contratti nazionali ma anche l'esigibilità degli stessi (clausola 4). Quest'ultima si concretizza nell'impegno, da parte dei destinatari degli accordi (inclusi dunque i soggetti non stipulanti, ove siano contraenti del Protocollo), a dare ad essi piena applicazione e a "non promuovere iniziative di contrasto". Inoltre, i ccnl "dovranno definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti" (clausola 5). Le confederazioni stipulanti si impegnano altresì ad esercitare la propria influenza sulle rispettive federazioni e le loro articolazioni territoriali ed aziendali affinché anch'esse "si attengano a quanto concordato" (clausola 6)²¹, e ad effettuare un'attività di monitoraggio sull'attuazione del Protocollo individuando le "modalità di definizione di eventuali controversie" applicative (clausola 7).

L'impegno assunto dai contraenti, nei termini in cui è delineato, sembra circoscrivere l'obbligo di astensione alle controversie c.d. "economiche", ovvero a quelle intese a

¹⁹ Con riferimento all'Accordo del 28 giugno cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, secondo cui il vincolo "nasce a monte, non già dalla conclusione del contratto, bensì come effetto della condivisione delle regole organizzative aventi ad oggetto le trattative"; ad esiti analoghi, pur con distinte argomentazioni, pervengono A. LASSANDARI, *op. cit.*, G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *QFMB/Saggi*, 2011, n. 2/VI.

²⁰ Cfr. P. TOSI, *op. cit.*

²¹ Tale disposizione risente con ogni probabilità dell'orientamento giurisprudenziale, recentemente ribadito da Trib. Roma 9 maggio 2013, in *www.dirittisocialitrentino.it*, secondo cui gli impegni contrattuali assunti dalle confederazioni sindacali non si estendono direttamente alle federazioni di appartenenza, non consentendolo i rapporti statutarî tra le stesse. *Contra* tuttavia E. M. MASTINU, *La regolamentazione contrattuale del conflitto sindacale. Vecchi problemi e nuove tendenze*, in *RGL*, 2013, I, 371, secondo cui "pur avendo contenuto obbligatorio intersindacale, il regime di efficacia in argomento tende ad accostarsi a quello tipico delle regole negoziali ad efficacia c.d. normativa, potenzialmente idonee a inserirsi nei successivi contratti nazionali di categoria".

rimettere in discussione, prima della scadenza, l'equilibrio determinato con il contratto collettivo, escludendo quelle c.d. "giuridiche", rivolte invece alla rivendicazione di una corretta interpretazione e/o applicazione del contenuto negoziale. Solo alle prime, infatti, appare pertinente l'espressione "non promuovere iniziative di contrasto" utilizzata nella clausola 4.

Il disegno tracciato dal Protocollo risente della tradizionale timidezza con cui le parti sociali si sono accostate al tema della regolazione delle forme di autotutela, anche per la diffusa adesione all'orientamento interpretativo che attribuisce la titolarità del diritto di sciopero ai singoli lavoratori, piuttosto che al sindacato²². Il rinvio alla sede negoziale di categoria per la definizione delle clausole di tregua e delle relative sanzioni annuncia, di fatto, la probabile sterilizzazione di tali strumenti, marcando una regressione rispetto al tentativo compiuto con l'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009, ancorché il meccanismo rimediale ivi delineato fosse assai tenue²³.

E' opportuno rilevare che la seconda parte del Protocollo non esplicita la possibilità di adesione di terzi, mentre la prima contempla tale eventualità in ordine alle clausole in materia di partecipazione alla procedura di elezione di RSU ma non anche a quelle concernenti la misurazione della rappresentatività sindacale. Il risultato, paradossale, è che, attenendosi alla lettera dell'articolato, l'adesione genererebbe obblighi (come il rispetto della clausola di salvaguardia nella costituzione delle RSU) sprovvisti di qualsiasi controprestazione sul piano, ad esempio, del conferimento della legittimazione a negoziare. Deve quindi ritenersi, più correttamente, che gli stipulanti abbiano inteso tacitamente

²² Tale adesione è esplicitata nell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, ove alla clausola 6 si afferma che "I contratti collettivi aziendali (...) che definiscono clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva, hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori". Alcuni settori della dottrina esprimono tuttavia un orientamento avverso: per un'ampia rassegna storico-critica del dibattito cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *La responsabilità delle organizzazioni sindacali*, in *ADL*, 2013, 21, nonché, con un originale quanto appropriato inquadramento rispetto al tema della competitività internazionale, L. CORAZZA, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu, Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, Napoli, I, 373. Secondo F. LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, 453, qui 457, la tesi della titolarità individuale del diritto di sciopero "è frutto di una scelta politica e non di una scelta giuridicamente obbligata".

²³ Secondo la clausola 2.4, "In caso di mancato rispetto della tregua sindacale sopra definita, si può esercitare il diritto di chiedere la revoca o la sospensione dell'azione messa in atto". Ben più incisivo, come è noto, è il sistema sanzionatorio predisposto nel "sistema Fiat" tramite il combinato disposto delle clausole di inscindibilità e di responsabilità di cui agli artt. 8 e 11 del contratto collettivo di primo livello del 29 dicembre 2010 e successive modificazioni. L'intensità degli apparati sanzionatori apposti alle clausole di tregua ha attraversato con un *trend* discendente le diverse regolamentazioni interconfederali succedutesi a partire dal protocollo del 23 luglio 1993, come rilevato da E. M. MASTINU, *La regolamentazione contrattuale del conflitto*, cit.

ammettere la piena possibilità di successiva adesione da parte di terzi, e che abbiano ritenuto di precisare esclusivamente l'estensione agli intervenuti di quegli obblighi che, per la loro importanza e onerosità, sono stati reputati bisognosi di una specifica menzione²⁴.

4. Il sistema delle fonti intersindacali dopo il Protocollo del 31 maggio. In attesa di una legge.

In un sistema di relazioni industriali complesso e stratificato come quello italiano, formatosi per mezzo della successione di fonti sovente frammentarie e disorganiche, occorre individuare le forme di raccordo del Protocollo con il quadro regolativo generale.

Si è già fatto cenno, in apertura, alla stretta relazione sistematica tra il documento in parola e l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011. I due testi convergono a disciplinare un sistema contrattuale coordinato su due livelli, costruito intorno alla prevalenza funzionale del contratto nazionale ma aperto ad un moderato decentramento, anche di carattere derogatorio²⁵. Ma, soprattutto, essi mettono in pratica una concezione moderna del pluralismo sindacale, fondata sulla realistica acquisizione di consapevolezza circa il carattere ricorrente, se non strutturale, del dissenso tra le organizzazioni di rappresentanza riguardo alle rispettive opzioni negoziali, e sulla volontà di legittimare tale sistema riconoscendosi, e vincolandosi, unitariamente alle determinazioni assunte dalla maggioranza, in un quadro sovraordinato di "regole del gioco" condivise²⁶.

Vista la sintonia dei fini e delle tecniche espressa dai due testi, il nuovo apparato regolativo risulta potenzialmente solido; idoneo, quindi, a superare definitivamente la

²⁴ Conferma il carattere "aperto" dell'intesa F. CARINCI, *op. cit.* Analoghe considerazioni, con riferimento all'Accordo Interconfederale del 28 giugno, sono state formulate da F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 127/2011.

²⁵ Circa la valenza sistemica, se non "costituente", degli Accordi del 2011 e 2012, sulla cui continuità con il Protocollo si è cercato di argomentare in queste pagine, cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, 181.

²⁶ Il combinato disposto tra gli accordi del 2011 e del 2013 fornisce un responso negativo al quesito se le intese aziendali contenenti clausole "di uscita" ai sensi dell'Accordo del 28 giugno possano essere autorizzate solo da contratti nazionali "unitari": al riguardo cfr. A. LASSANDARI e P. TOSI, *opp. cit.*

prospettiva frammentatrice della “contrattazione di prossimità”²⁷ e a resistere a future incursioni da parte degli abituali fomentatori della divisione del fronte sindacale²⁸.

Non per questo, tuttavia, il sistema può dirsi già compiutamente assestato sul nuovo equilibrio. La scadenza dell’Accordo Interconfederale separato del 15 aprile 2009 (non sottoscritto dalla Cgil), intervenuta il 15 aprile 2013, è portatrice di lacune normative in materia di procedure di rinnovo dei contratti nazionali che la disciplina dettata dal Protocollo del 31 maggio non ha colmato. Vero è che non pare da escludersi l’ipotesi di una ultrattività di fatto dell’Accordo del 15 aprile, con il consenso unitario degli attori: comparabili situazioni di applicazione per fatti concludenti si sono già verificate, durante la sua vigenza, ad opera delle federazioni aderenti alla confederazione non firmataria, per i molti rinnovi di categoria cui hanno partecipato. Tuttavia, i contenuti dei due impianti regolativi non sono completamente sovrapponibili: il riferimento è, ad esempio, alla tempistica di avvio e conclusione delle trattative, dettata dall’Accordo del 15 aprile, che non appare del tutto coordinata rispetto alla procedura descritta dal Protocollo del 31 maggio. Un intervento appare quindi comunque necessario, vuoi per colmare la lacuna creatasi, vuoi per armonizzare i due impianti regolativi.

²⁷ Già arenatasi nella pratica, come illustrano le prime rassegne ragionate sull’attuazione contrattuale dell’art. 8: cfr. L. MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell’Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell’art. 8 della legge n. 148/2011*, in RGL, 2013, II; meno fosco il quadro disegnato da L. IMBERTI, *A proposito dell’articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in DLRI, 2013, 255, il quale tuttavia descrive il manifestarsi di una contrattazione “carsica”, di natura derogatoria, operante all’esterno dei limiti formali delineati tanto dall’Accordo del 28 giugno quanto dall’articolo 8. Più recentemente, ma in modo altrettanto sintomatico, la disciplina specifica dei contratti correlati ad “Expo 2015”, stabilita con il Protocollo del 23 luglio 2013, si mantiene nel quadro della regolamentazione vigente.

²⁸ Una pratica, questa, capace di persistere in qualsiasi temperie politico-sindacale. Significativamente, i medesimi Autori che avevano glorificato le opportunità palinogenetiche offerte dalla stagione degli accordi separati, oggi, nel commentare il Protocollo unitario, ripropongono la dialettica divisiva tra “vincitori e vinti”. Si confrontino ad esempio, in prospettiva diacronica, il commento all’Accordo Interconfederale del 2009 da parte di M. TIRABOSCHI, *Le relazioni industriali e di lavoro dopo il protocollo del 22 gennaio 2009*, in GLav., 2009, 6, 35, in cui l’A. si chiedeva, in termini retoricamente dubitativi, se “proprio l’assenza di quello che, da tempo, è etichettato come il «sindacato del no» segni una fase storica, almeno nel senso del superamento di una stagione condizionata da veti che null’altro avevano garantito, al nostro sistema di relazioni industriali, se non una situazione di stallo e diffusa conflittualità”, e ID. *Le nuove regole sulla rappresentanza, una vittoria del pragmatismo*, in E. MASSAGLI, P. TOMASSETTI (a cura di), *Rappresentanza: prime valutazioni dell’accordo Confindustria e Cgil, Cisl, Uil del 31 maggio 2013*, in *www.bollettinoadapt.it*, ove lo stesso A. ascrive i risultati dell’accordo del 31 maggio al merito esclusivo del sindacato pragmatico per eccellenza: la Cisl. Il Legislatore, frattanto, dopo aver adottato con la l. n. 92/12 una impostazione in controtendenza rispetto alla tecnica della “contrattazione di prossimità” (sia consentito al riguardo il rinvio a I. SENATORI, *Struttura e funzioni della contrattazione collettiva nella “Riforma Fornero”*, in *QFMB/Saggi*, 2012/IV), ha fatto nuovamente cadere alcuni vincoli di coordinamento ai poteri regolativi della contrattazione aziendale: si vedano le disposizioni in materia di lavoro a tempo determinato contenute nel d.l. n.76/13, che demandano genericamente alla contrattazione collettiva “anche aziendale” il potere di autorizzare la stipulazione di contratti a termine “acausali”.

Parallelamente, il Patto sulla produttività del novembre 2012, pur nel quadro risultante dall'attuazione manipolativa apportata dall'Accordo Interconfederale del 24 aprile 2013, esprime una strategia di decentramento della struttura contrattuale parzialmente difforme da quella espressa dal sistema degli Accordi del 28 giugno e del 31 maggio²⁹. Tale difformità dovrebbe essere corretta allo scopo di prevenire effetti turbativi, non solo e non tanto sul piano giuridico-contrattuale ma, principalmente, su quello delle relazioni industriali.

Il limite più vistoso del Protocollo è comunque quello connaturato alla sua sostanza negoziale, che ne condiziona la tenuta alla conservazione delle basi consensuali su cui si è costituito. Continuano pertanto a mancare gli strumenti idonei a garantirne la certezza applicativa, ad esempio prescrivendo l'invalidità degli accordi eventualmente stipulati al di fuori dei presupposti e delle procedure negoziate³⁰. Solo la legge, ovviamente, possiede l'autorità di introdurre strumenti siffatti. Il Protocollo del 31 maggio, apparentemente allineato alle condizioni concernenti le modalità di formazione e di misurazione del consenso negoziale dei sindacati ricavabili dall'art. 39, quarto comma, Cost., potrebbe costituire l'appropriata fonte ispiratrice di un eventuale intervento legislativo³¹. D'altro canto, la recente sentenza della Corte costituzionale sull'art. 19 Stat. lav., oltre ad invocare piuttosto esplicitamente una soluzione legislativa al problema generale della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., pare aver rinsaldato il consenso sociale intorno all'ipotesi di un intervento eteronomo. Potrebbe essere giunto il momento che il Legislatore presti ascolto alle voci che lo circondano.

²⁹ Cfr. P. TOSI, *op. cit.*, 541, in cui si osserva che “ciò che negli Accordi del 2009 e del 2011 viene proposto come eccezionale (le specifiche intese modificative), legato a vincoli di scopo e a procedure di controllo sindacale esterno, nell'Accordo nel novembre 2012 viene allora proposto come fisiologico”.

³⁰ Cfr. da ultimo C. ZOLI, *Gli accordi in deroga nella riforma della struttura della contrattazione collettiva*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu, Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, Napoli, I, 681.

³¹ In questo senso sembrano propendere, nel solco dell'insegnamento di M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, 665, A. LASSANDARI e A. MARESCA, *opp. cit.* Contra F. CARINCI, *op. cit.*, per la asserita inadeguatezza degli indicatori quantitativi enunciati dal Protocollo a concretizzare il principio maggioritario affermato nella Carta, visti i bassi livelli di sindacalizzazione e di partecipazione elettorale esistenti nel settore privato; *adde* P. TOSI, *op. cit.*, che rileva una discrasia tra il modello del Protocollo, ispirato al concorso tra criterio associativo e criterio elettivo, e quello costituzionale, che indica quale unico indice di misurazione della rappresentatività quello associativo.

LA PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI IN ITALIA TRA REALTÀ E UTOPIA*

*Iacopo Senatori,
Ricercatore Fondazione Marco Biagi*

SOMMARIO: 1. Il “dover essere” sistematico della partecipazione. - 2. La sfida dell’attuazione dell’art. 46 Cost. - 3. Alcuni recenti tentativi di promozione del modello partecipativo.

1. Il “dover essere” sistematico della partecipazione.

“Partecipazione” è un sostantivo ambivalente, come è stato evidenziato nel titolo di un bel libro di alcuni anni fa¹. O forse sarebbe meglio dire polivalente, come appare ove si concentri l’attenzione non solo sugli esiti applicativi dell’istituto – che hanno formato oggetto dello studio appena citato – ma anche sui valori, gli obiettivi e le funzioni ad esso riservate e sulle tecniche operative utilizzate per metterlo in pratica.

Un simile carattere è del resto implicito nella stessa qualificazione normativa che l’ordinamento italiano, al massimo grado del sistema delle fonti, attribuisce alla partecipazione. Come è noto, infatti, l’art. 46 Cost. conferisce ai lavoratori il diritto a “collaborare” alla gestione delle aziende, ricorrendo ad una definizione compromissoria – come attestano i lavori dell’Assemblea Costituente – in cui, peraltro, riecheggiano i toni della subordinazione come definita dall’art. 2094 c.c. Tanto è vero che, come è altresì noto, l’approvazione della norma costituzionale da parte del gruppo comunista fu condizionata alla precisazione secondo cui il concetto di collaborazione avrebbe dovuto interpretarsi come “partecipazione attiva” dei lavoratori alla gestione delle aziende.

Su tale sfondo vorrei provare a raccogliere, senza pretesa di completezza, alcuni spunti che si prestino ad ipotizzare forme e condizioni di una possibile, e non episodica, attuazione di modelli ed esperienze partecipative in Italia, e che consentano inoltre di prospettare una valutazione dei tentativi posti in essere in tal senso nei tempi recenti. A questo fine farò

* Il testo riproduce, con alcune modifiche e l’aggiunta delle note, l’intervento svolto dall’autore al Convegno “La codeterminazione in Germania e le esperienze di partecipazione in Italia”, organizzato dall’IRES, dalla Friedrich Ebert Stiftung e dalla Hans Böckler Stiftung e tenutosi a Bologna l’11 e il 12 novembre 2013. Il contributo è in corso di pubblicazione su “Emilia Romagna Europa”, 2014.

¹ Cfr. F. GARIBALDO, V. TELLJOHANN (EDS.), *The Ambivalent Character of Participation. New Tendencies in Worker Participation in Europe*, Peter Lang, Frankfurt Am Main, 2010.

riferimento sia al quadro normativo domestico sia al contesto europeo: da quest'ultimo sono infatti notoriamente scaturiti, negli ultimi decenni, gli impulsi più intensi all'introduzione di istituti e pratiche partecipative in Italia².

Proprio l'adesione all'impianto europeo impone tuttavia una preliminare delimitazione del campo di analisi. Infatti, la nozione europea di partecipazione, desumibile ad esempio dalla direttiva 2001/86/CE che completa lo statuto della Società Europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, rimanda all' "influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei rappresentanti dei lavoratori nelle attività di una società" attuata mediante il diritto di eleggere o designare alcuni membri dell'organo di vigilanza o amministrazione, o comunque di intervenire nella loro designazione. La prospettiva europea, pertanto, anche se richiamata a semplice scopo di impostazione concettuale, evoca comunque una concezione "forte" della partecipazione, dovendosi pertanto escludere dal suo perimetro la materia dei diritti di informazione e consultazione.

Una ulteriore annotazione preliminare riguarda la necessità di inscrivere la logica partecipativa nel contesto dialettico, o diciamo pure conflittuale, che contraddistingue gran parte del sistema italiano di relazioni industriali. Lo richiedono, pragmaticamente, ovvie ragioni di rispetto del percorso storico di formazione di tale sistema – taluni direbbero di *path dependency*³ - come ha riconosciuto anche uno studioso non sospetto di inclinazioni antagoniste come Mario Napoli⁴. Lo impone *a fortiori*, giuridicamente, l'interpretazione delle norme costituzionali racchiuse nel Titolo III della Prima Parte, relativa ai rapporti economici, rispetto alla quale non ha perso di attualità l'insegnamento di un grande Maestro.

Nel celebre commento all'art. 46 della Costituzione apparso nel *Commentario* di Giuseppe Branca, Giorgio Ghezzi scriveva che questa norma non può essere interpretata sorvolando sull'art. 41 "e sul controllo sociale che esso consente delle attività economiche", né sull'art. 43 in tema di autogestione delle imprese da parte dei lavoratori, e neppure sull'art. 40 in materia di sciopero: tutto ciò ostando ad "ogni ritornante tentazione di una applicazione della norma (...) in chiave istituzionista ovvero organico-comunitaria"⁵.

² Cfr. per tutti M. BIAGI, *Cultura e istituti partecipativi delle relazioni industriali in Europa*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, 2002, 291 ss.

³ Cfr. M. BAGLIONI, B. BRANDL (EDS.), *Changing labour relations between path dependency and global trends*, Peter Lang, Frankfurt Am Main, 2011.

⁴ Cfr. M. NAPOLI, *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario*, in *DRI*, 2010, 72 ss.

⁵ Cfr. G. GHEZZI, *sub art. 46*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1980, 72.

Sembra quindi, per quanto si è osservato finora, che l'ordinamento europeo e quello italiano convergano – seppur con accenti diversi – a legittimare una nozione di partecipazione fondata sul controllo e sul condizionamento – o, per rifarsi all'ottica dello Statuto dei lavoratori, sulla limitazione - delle scelte e delle prerogative imprenditoriali, all'interno di un rapporto fondato sulla contrapposizione dialettica degli interessi. In altri termini, sulla categoria del “contropotere” che si esprime collettivamente nelle forme della democrazia industriale⁶.

Non sfugge, peraltro, la necessità di attualizzare l'elaborazione teorica più risalente ponendola a confronto con le sfide proposte dai moderni assetti socio-economici. Ritengo, a questo riguardo, che il terreno più ostico, ma in prospettiva anche più fertile, sia quello dell'aziendalizzazione dei rapporti di lavoro.

In questa formula parte della dottrina riassume un complesso di fenomeni convergenti nel determinare uno spostamento del baricentro normativo verso la dimensione aziendale⁷, nell'ambito di un processo rivolto all'identificazione degli interessi rappresentati nella “comunità di riferimento”⁸ con quelli tecnico-produttivi dell'impresa, favorito dal crescente squilibrio di potere negoziale tra gli attori. I fattori che hanno generato tali fenomeni sono noti e non possono essere riassunti in questa sede. Mi limito ad evidenziare, per la chiara attinenza al tema *de quo*, l'intreccio tra crisi economica, emergenza occupazionale e ascesa del paradigma produttivistico, in nome del quale la crescita della produttività è assurta a meta-principio a cui si pretende di conformare l'intera logica sottesa alle relazioni di lavoro.

2. La sfida dell'attuazione dell'art. 46 Cost.

Se la riscoperta degli istituti partecipativi come “migrazione culturale, e quasi antropologica”⁹ verso relazioni aziendali di tipo comunitario appare quale conseguenza pronosticabile degli anzidetti cambiamenti, per cui non sorprende - pur da una prospettiva dissenziente - il montare di una corrente di pensiero che, per i toni e gli argomenti a cui ricorre, potrebbe definirsi come “mistica della partecipazione”, d'altro canto – secondo un orientamento più condivisibile - la partecipazione potrebbe rappresentare per i lavoratori,

⁶ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985.

⁷ Cfr. V. BAVARO, *L'aziendalizzazione nell'ordine giuridico-politico del lavoro*, in LD, 2013, 213 ss.

⁸ Cfr. E. ALES, *Dal caso FLAT al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in DRI, 2011, 1061 ss..

⁹ Cfr. M. CASTRO, *Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzazione*, in DRI, 2010, 81 ss.

nel contesto dato, una risorsa utile a rafforzare la propria *voice* e riconquistare posizioni all'interno di un rapporto dialettico con l'impresa che trovi le proprie premesse nel pluralismo degli interessi.

Come si è osservato, nell'attivazione di percorsi partecipativi i lavoratori potrebbero rinvenire la via per "sottrarsi alla logica impositiva che presuppone l'accondiscendenza alle determinazioni unilaterali del datore di lavoro"¹⁰, in un'epoca nella quale l'indebolimento della rappresentanza e delle forme di democrazia industriale più marcatamente conflittuali dischiude all'impresa l'alternativa dell'unilateralismo non concessivo. Si tratta di un punto di vista coerente con la prospettiva teorica secondo la quale la partecipazione si presenta a guisa di contrappunto alle logiche regolatrici di matrice individualistica nelle quali si compendiano libertà d'impresa e diritto al conflitto, operando al fine di iniettare dosi di equilibrio e coesione al sistema economico¹¹.

Tale visione, per concretizzarsi, richiede uno sforzo concentrico da parte degli attori e delle istituzioni, sollecitando *in primis* la predisposizione culturale del sindacato. Del resto anche Ghezzi, nell'opera citata innanzi, avvertiva l'urgenza che l'azione sindacale evadesse "dalla prospettiva della pura e semplice tutela delle condizioni di lavoro attraverso una meccanica difesa delle rigidità conquistate, o da un orizzonte puramente rivendicativo, per farsi carico sia delle capacità produttive e delle potenzialità di espansione delle imprese, sia delle prospettive d'insieme, calibrate su un determinato territorio, del sistema delle imprese"; onde il giurista bolognese stigmatizzava, con le parole di Umberto Romagnoli, "la tendenza del movimento sindacale, specie a livello d'azienda, a discutere del posto di lavoro anziché dei livelli occupazionali, delle mansioni svolte anziché dell'organizzazione del lavoro, degli interessi immediati del lavoratore anziché di quelli di prospettiva collegati ad un impiego della forza lavoro a fini socialmente produttivi"¹².

L'accettazione culturale della "sfida" non appare però da sola sufficiente, sia perché sarebbe ingeneroso non riconoscere gli sforzi già compiuti dal sindacato nel gestire situazioni di crisi e tensione occupazionale con spirito cooperativo e in un'ottica di lungo respiro, sia perché nelle attuali condizioni di debolezza del movimento sindacale la mera

¹⁰ Cfr. E. ALES, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella crisi*, in F. Basenghi, L. E. Golzio (a cura di), *Regole, politiche e metodo. L'eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi*. Atti del X Convegno internazionale in ricordo di Marco Biagi, Giappichelli, Torino, 239 ss.

¹¹ Cfr. L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in DLRI, 2005, 373 ss..

¹² Cfr. G. GHEZZI, *op. cit.*, rispettivamente a 122 e 136.

volontà degli attori non può riuscire a preservare il sistema di relazioni industriali dall'aspirazione egemonica di modelli di partecipazione "integrativa"¹³, i quali, oltre a sottendere piuttosto chiaramente un generale indebolimento dell'apparato di tutela del lavoro (come risulta implicito, ad esempio, nella logica di scambio introdotta dall'art. 8 della l. n. 148 del 2011, che annovera l'adozione di "forme di partecipazione dei lavoratori" tra gli scopi legittimanti la stipula di intese di prossimità derogatorie del quadro legale e del ccnl) appaiono anche, per le considerazioni precedentemente svolte, meno conformi al dettato costituzionale.

Risulta pertanto necessario che l'impegno culturale e metodologico del sindacato venga sostenuto da un apparato istituzionale che, ad avviso di chi scrive, dovrebbe operare lungo tre direttrici: le fonti, gli attori e gli strumenti.

Per quanto concerne le fonti, non sembra potersi prescindere da un intervento legislativo che, magari recependo le migliori prassi elaborate dall'autonomia collettiva, introduca autoritativamente quei fattori di riequilibrio di potere idonei a sottrarre gli istituti partecipativi dalle "spalle fragili e precarie della contrattazione aziendale"¹⁴.

Dal punto di vista degli attori, l'assetto maggiormente rispettoso delle caratteristiche genetiche e costituzionali del sistema italiano sembra essere quello inteso a favorire il condizionamento del potere decisionale dell'impresa "dall'esterno", preservando la tradizionale distinzione dei ruoli da derive organicistiche. Corollario di tale tesi è la saldatura tra le funzioni negoziali e quelle partecipative nell'ambito delle medesime strutture di rappresentanza, non valendo quindi l'asserita distinzione funzionale tra contrattazione e partecipazione - comunque controvertibile, ponendo mente ai casi di confine come quello della contrattazione c.d. "gestionale" - a giustificare l'instaurazione di un impianto "a doppio canale" provvisto, a fini partecipativi, di organismi "soggettivamente ed ideologicamente diversi" dalle rappresentanze sindacali¹⁵.

Al contrario, poiché gli istituti partecipativi evocano, rispetto alla contrattazione collettiva, analoghe questioni relative alla legittimazione degli attori, parrebbe logico che dette questioni trovassero un momento regolativo comune, traendo spunto - seppur con

¹³ Secondo la tassonomia elaborata da G. BAGLIONI, *Democrazia impossibile? I modelli collaborativi nell'impresa: il difficile cammino della partecipazione tra democrazia ed efficienza*, Il Mulino, Bologna, 1995.

¹⁴ Cfr. F. GUARRIELLO, *I diritti di informazione e partecipazione*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, 751 ss.

¹⁵ Così, nella prospettiva contraria a quella qui avvalorata, P. OLIVELLI, G. CIOCCA, *La partecipazione del sindacato in generale*, in F. Lunardon (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione. Trattato di Diritto del lavoro* a cura di F. Carinci e M. Persiani, Cedam, Padova, 2011, 773 ss.

gli opportuni adattamenti – dalla disciplina sancita negli accordi del 28 giugno 2011 e del 31 maggio 2013.

Per quanto attiene infine agli strumenti regolativi, parte della dottrina ha correttamente avvertito come le posizioni soggettive attribuite alle parti nell'ambito dei percorsi partecipativi debbano essere dotate di presidi, anche sanzionatori, a garanzia della propria esigibilità, non risultando né realistica né incisiva la logica di una partecipazione “disarmata”¹⁶. Peraltro, volendo “prendere sul serio” il modello partecipativo, anche sulla scorta degli spunti offerti dal modello tedesco, non si può tacere l'opportunità logico-sistemica che, nel quadro di una disciplina organica delle funzioni negoziali e partecipative, trovi regolazione, in senso limitativo, anche l'esercizio dell'autotutela da parte dei lavoratori.

3. Alcuni recenti tentativi di promozione del modello partecipativo.

Così determinati i tratti essenziali di un possibile modello attuativo della partecipazione adatto alle caratteristiche del contesto italiano, si tenterà ora di verificarne – rapsodicamente - la corrispondenza con alcuni progetti e proposte avanzate in tempi recenti nelle sedi istituzionali e sindacali.

Viene in considerazione anzitutto il progetto di “Codice della partecipazione” predisposto nel 2010 dal Ministero del lavoro, quale strumento di “soft law” a beneficio delle parti sociali, per contribuire alla loro autonoma determinazione di schemi e pratiche partecipative. Il progetto si discosta considerevolmente dal modello qui ipotizzato. Sul piano del metodo, esso trascura l'esigenza, che si è prima richiamata, di fornire alle parti una solida base normativa di riferimento; forse a ciò indotto dalla fiducia riposta nella “complicità” tra gli attori, per riprendere l'ambigua formula coniata dal Ministro estensore. Nel merito, il progetto appare fortemente sbilanciato sui profili della partecipazione economica e finanziaria – come si evince dalle premesse, ricche di riferimenti al coinvolgimento dei lavoratori nei risultati economici dell'impresa e alle correlate dinamiche retributive – eludendo tuttavia (quantomeno nella forma di una esplicita indicazione alle parti sociali, della quale non si ravvisa traccia) il nodo della partecipazione alle decisioni aziendali e della rappresentanza collettiva dei lavoratori azionisti, ovvero della imprescindibile saldatura tra democrazia economica e democrazia industriale.

¹⁶ Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*

Proseguendo cronologicamente si incontra la legge n. 92 del 2012, che manifesta una maggiore attenzione metodologica ai profili del sostegno all'autonomia collettiva e dei rapporti tra le fonti regolative. L'art. 4, comma 62, delega infatti il Governo ad emanare “uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire le forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, attivate attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale”.

Nel merito, invece, i contorni della delega risultano notevolmente ampi, abbracciando l'intera scala di intensità delle pratiche partecipative, dai diritti di informazione e consultazione alla cogestione nell'ambito della Società Europea. L'impressione che se ne ricava è ambivalente. Per un verso, appare apprezzabile l'attenzione dedicata – diversamente dal progetto in precedenza richiamato – al profilo della rappresentanza collettiva dei lavoratori azionisti; per altro verso, la promozione di pratiche di condizionamento delle decisioni di impresa nell'ambito di schemi di codeterminazione si arresta sulla soglia del *core management*, riguardando materie tutt'altro che trascurabili ma tuttavia non inerenti alle scelte strategiche dell'impresa quali “la sicurezza dei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori, l'organizzazione del lavoro, la formazione professionale, la promozione e l'attuazione di una situazione effettiva di pari opportunità, le forme di remunerazione collegate al risultato, i servizi sociali destinati ai lavoratori e alle loro famiglie, forme di welfare aziendale, ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell'impresa”.

Il coevo accordo sulla produttività, siglato tra Governo e parti sociali (ma privo della sottoscrizione della maggiore confederazione sindacale), segna un arretramento rispetto agli obiettivi della legge Fornero. In particolare, sollecitando il Governo ad esercitare la delega “subordinatamente ad un approfondito confronto con le Parti sociali”, ne circoscrive significativamente i contenuti a informazione e consultazione, *welfare* contrattuale (da attuarsi nell'ambito degli enti bilaterali) ed azionariato dei dipendenti, limitando in modo sostanziale le prospettive di sviluppo di pratiche codeterminative “forti”.

Infine, nella corrente legislatura sono stati presentati, per quanto consta, cinque disegni di legge in materia di partecipazione, rispettivamente ascrivibili all'iniziativa degli onorevoli Di Stefano, Baretta, Cirielli, Polverini e del senatore De Poli¹⁷. Tra questi, gli unici ad essere materialmente consultabili sono gli ultimi tre, che presentano numerosi tratti comuni.

Tutti prevedono, infatti, un sostegno legislativo, nella forma della legge-delega (ddl Cirielli e Polverini) o della legge *tout court* (ddl Poli), alla definizione di forme di

¹⁷ Consultabili in www.senato.it; l'ultima verifica è stata effettuata l'8 novembre 2013.

collaborazione alla gestione d'impresa (che i ddl Poli e Cirielli appellano “statuto partecipativo”). Lo strumento attuativo è individuato nell'accordo collettivo aziendale (o anche interconfederale nel caso del ddl Polverini), surrogabile da una proposta imprenditoriale approvata con *referendum* dai lavoratori.

I contenuti, pur con distinte sfumature, investono l'intera gamma delle possibili forme di partecipazione, incluso l'accesso collettivo al capitale dell'impresa gestito “attraverso la costituzione di associazioni di lavoratori che abbiano tra i propri scopi un utilizzo non speculativo delle azioni e l'esercizio della rappresentanza collettiva a livello societario” (così si esprime testualmente il ddl Cirielli).

Tutti i progetti sembrano inoltre voler preservare il nesso di interdipendenza soggettiva tra attori sindacali e organismi partecipativi, riservando la designazione degli esponenti dei lavoratori all'interno di questi ultimi alle rappresentanze o organizzazioni sindacali presenti in azienda. Tutti, infine, insistono sull'attribuzione di agevolazioni fiscali e contributive a fronte dell'introduzione di schemi partecipativi, soprattutto se di carattere economico.

I tentativi di attuazione descritti finora presentano luci ed ombre. Pesa soprattutto la facile osservazione di come, fatti salvi gli ultimi casi citati, ancora troppo recenti per poter esprimere una valutazione, gli altri, a dispetto delle proclamazioni che li avevano accompagnati, siano sostanzialmente rimasti lettera morta. Il che, volendo formulare un giudizio finale che è anche una prognosi sul futuro, rinnova l'attualità delle considerazioni con cui Giorgio Ghezzi concludeva il suo commento all'art. 46 Cost: “Di fronte al ‘caso italiano’, e pur con tutti i suggerimenti e le proposte che ci vengono da altri paesi o dagli organi comunitari, anche chi ormai volesse – parafrasando le conclusioni cui perviene un autorevole studioso inglese (Otto Kahn-Freund, *ndr*) – fare del proprio meglio ‘per trovare la strada di Damasco e convertirsi da scettico in credente’, dovrebbe confessare (taluno, forse, con rammarico) di non esservi riuscito”¹⁸.

¹⁸ Cfr. G. GHEZZI, *op. cit.*

ART. 4 STATUTO DEI LAVORATORI: NOZIONI, LIMITI E POSSIBILITÀ DI DEROGHE

Alberto Russo

Ricercatore di diritto del lavoro - Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di controllo a distanza ex art.4 St. Lav. – 3. Controlli consentiti e controlli non consentiti.– 4. Sull'utilizzabilità del controllo preterintenzionale. – 5. I controlli difensivi. – 6. Le possibili deroghe della contrattazione di prossimità in materia di impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie

1. Premessa

In materia di controlli a distanza dei lavoratori, sebbene l'attuale contesto lavorativo sia oramai dominato dalle *c.d nuove tecnologie*, le cui potenzialità di controllo sembrano decisamente più subdole e in questo senso più pericolose rispetto ai tradizionali sistemi di video sorveglianza, tuttavia, la “vecchia” norma statutaria di cui all'art.4, L. n.300/70, pare ancora vitale, rimanendo saldamente al centro del sistema prevenzionistico e repressivo anche dopo l'entrata in vigore del *c.d Codice della privacy* (D.Lgs. n.196/03).

Le ragioni di una simile vitalità si individuano nell'elasticità del relativo campo di applicazione. Il legislatore del 1970 infatti, non potendo avere una piena conoscenza dei futuri cambiamenti tecnologici, ha avuto l'accortezza di lasciare indeterminato il riferimento ai sistemi di controllo, utilizzando a fianco della specifica nozione degli impianti audiovisivi l'espressione “*altre apparecchiature*”. Resta inoltre la considerazione che la relativa disciplina, divisa tra divieto assoluto per i controlli intenzionali e divieto flessibile per i controlli non finalizzati alla vigilanza e autorizzati dal sindacato o dall'autorità amministrativa, configura un sistema a struttura aperta in grado di bene adattarsi alle esigenze del mutato contesto organizzativo/ produttivo, sebbene – occorre sottolineare – l'assenza di una specifica norma di chiusura, non consentendo alla trattativa sindacale di aver un parametro certo di raffronto, altera non poco il gioco delle convenienze ad addivenire ad una regolamentazione concertata.

2. La nozione di controllo a distanza ex art.4 St. Lav.

La nozione di controllo a distanza di cui all'art.4 St. Lav. non sembra possedere un'autonoma valenza giuridica, dovendo infatti necessariamente collegarsi con una precisa modalità di controllo e cioè l'uso di impianti audiovisivi e/o di altre apparecchiature. Ne è del resto prova il fatto che la giurisprudenza pressoché unanime considera estraneo al menzionato art.4 il controllo *c.d umano*, ritenendo che la relativa disciplina sia riferita esclusivamente all'uso di apparecchiature, non incidendo quindi sul potere dell'imprenditore, ai sensi degli artt.2086 e 2014 c.c., di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica l'adempimento delle prestazioni lavorative e, quindi, di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può legittimamente avvenire anche occultamente¹.

Così premesso, non pone alcun problema lo specifico riferimento normativo agli “*impianti audiovisivi*”, intendendo con ciò tutti quei macchinari che permettono di acquisire una diretta conoscenza dell'attività svolta dai dipendenti. Da evidenziare che, secondo la giurisprudenza prevalente, il divieto di controllo non è circoscritto alla sola attività lavorativa, estendendosi anche al più ampio concetto di “attività dei lavoratori”. Sono stati conseguentemente ritenuti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art.4 St. Lav. i sistemi di videosorveglianza installati in luoghi riservati esclusivamente ai lavoratori, benché non destinati all'attività lavorativa, quali i bagni, spogliatoi, docce, armadietti e luoghi ricreativi². Non comprese e quindi utilizzabili a fini probatori dal datore sono, per converso, le registrazioni audiovisive effettuate fuori dall'azienda da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa³.

Più problematico si presenta invece il riferimento alle “*altre apparecchiature*”. La giurisprudenza sembra utilizzare un criterio estensivo, escludendo soltanto quegli strumenti che non presentano alcuna potenzialità di invadenza o che, per essere attivati, richiedono l'intervento di un operatore⁴. Sono per converso da considerarsi comprese tutte quelle apparecchiature idonee a determinare l'ubicazione del lavoratore. Si pensi ai *badge* con tecnologia denominata RFID (*radio Frequency Identification*) o agli impianti satellitari inseriti nelle auto aziendali. Recentemente la giurisprudenza di legittimità ha addirittura incluso

¹ Cfr da ultimo Cass.18 novembre 2010, n.23303.

² Cfr in particolare Cass. 16 settembre 1997, n.9211.

³ Vedi Cass, 28 gennaio 2001, n.2117.

⁴ Cfr Trib. Campobasso, 23 gennaio 2003.

nella disciplina statutaria l'utilizzo di *badge* che consentono la mera registrazione delle ore di entrata e di uscita dal luogo di lavoro⁵.

Compresi tra le “*altre apparecchiature*” sono anche i centralini telefonici in grado di registrare e riprodurre su tabulati i numeri telefonici chiamati, la data, l'ora e la durata delle conversazioni⁶, nonché tutte le strumentazioni *hardware* e *software* che consentono di controllare i lavoratori che utilizzano *personal computer* e/o sistemi di comunicazione elettronica.

Con riferimento a tale ultimo profilo la giurisprudenza di merito, già in alcune pronunce degli anni '80 e '90, si era espressa in senso estensivo⁷. Il quadro, peraltro, non era affatto omogeneo, non essendo rare pronunce di segno opposto⁸ che riconoscevano al datore di lavoro la possibilità di controllare gli accessi a *internet* del lavoratore, senza richiedere che la registrazione dei dati fosse avvenuta nel rispetto della normativa statutaria, sul presupposto implicito che la registrazione dei *file* di *log* costituisse caratteristica connaturata allo strumento aziendale.

Un contributo risolutore è giunto dal Garante della Privacy che nelle Linee guida per posta elettronica e *internet* del 1° marzo 2007 ha chiarito che l'utilizzo di strumenti *hardware* e *software* che consentono un controllo indiretto sull'attività dei lavoratori può essere considerato legittimo solo se rispondente a una finalità di gestione, manutenzione e sicurezza del sistema informatico aziendale e autorizzato secondo le modalità di cui all'art. 4, comma 2 St. Lav..

Recentemente, la stessa giurisprudenza di legittimità⁹, pronunciandosi per la prima volta sul controllo informatico del lavoratore, si è attestata sulle posizioni del Garante, affermando che i programmi informatici che consentono un monitoraggio della posta elettronica e degli accessi a *internet* devono necessariamente ricondursi alla menzionata fattispecie statutaria.

Fuori dall'ambito di applicazione della disposizione in esame sono invece i *c.d. controlli difensivi*, almeno nella misura in cui siano volti ad accertare esclusivamente le condotte illecite del lavoratore (vedi *infra*).

⁵ Vedi Cass. 17 luglio 2007, n.15892.

⁶ Vedi fra le tante Trib. Roma, 4 giugno 2005. È però considerata superflua l'applicazione dell'art.4, co.2, St. Lav., quando le centraline non consentano l'identificazione del lavoratore. Vedi sul punto Pret. Milano, 4 ottobre 1988.

⁷ Cfr Pret. Milano, 5 dicembre 1984, Pret. Pisa 25 giugno 1992, App. Milano 30 settembre 2005.

⁸ Cfr in particolare Trib. Perugia, 20 febbraio 2006.

⁹ Cass. 23 febbraio 2010, n.4375.

3. Controlli consentiti e controlli non consentiti

Come già detto, l'art.4 St. lav. prevede due fattispecie di divieto: un divieto assoluto in relazione all'installazione di apparecchiature preordinate al controllo dell'attività dei lavoratori e un divieto flessibile con riferimento a quelle apparecchiature installate per esigenze organizzative o produttive ovvero per esigenze di sicurezza del lavoro.

La differenza tra le due ipotesi è data dall'elemento psicologico della non intenzionalità del controllo e dal fatto che esso scaturisce da una possibile modalità di utilizzazione dell'apparecchio, giustificata da altre esigenze. In questo caso, il legislatore ne consente l'utilizzo a condizione che vi sia stato un accordo sindacale con le rappresentanze sindacali o, in assenza, con la commissione interna. Ove l'accordo non venga raggiunto resta la possibilità del datore di chiedere l'autorizzazione all'Ispettorato del lavoro.

Da evidenziare che la procedura autorizzatoria sindacale o amministrativa non può comunque sanare l'installazione di apparecchiature preordinate al controllo dell'attività lavorativa. Indicativa in questo senso è una pronuncia della Corte di Appello di Firenze del 2009¹⁰, ove si è affermato che deve ritenersi vietato dall'art.4 St. Lav. il sistema informatico utilizzato da un'azienda, allorquando tale sistema consenta contestualmente il controllo a distanza dei singoli lavoratori, senza che tale controllo appaia strettamente necessario all'ottimizzazione dell'attività produttiva, anche se sia intervenuto in proposito l'accordo sindacale. Ne deriva, da questa prospettiva, la considerazione secondo cui l'autorizzazione sindacale o amministrativa costituisce condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della legittimità del controllo. La questione sembra peraltro avere una rilevanza esclusivamente civilistica, potendo il giudice ordinare la disinstallazione del sistema, escludendosi invece che una simile ipotesi possa integrare la fattispecie di reato ad essa connessa per mancanza dell'elemento soggettivo.

Riguardo i requisiti della procedura autorizzatoria occorre sottolineare che il datore di lavoro non si può rivolgere subito all'autorità amministrativa, dovendo prima tentare di raggiungere un'intesa con il sindacato. Il mancato esperimento di un simile tentativo può costituire condotta antisindacale ex art.28 St. Lav.¹¹. Peraltro non pare che una siffatta omissione possa rendere a priori inefficace l'autorizzazione amministrativa. La possibilità del sindacato di impugnare il provvedimento amministrativo entro 30 giorni dalla

¹⁰ App Firenze, 20 ottobre 2009.

¹¹ Si veda Pret. Cividale Friuli, 2 dicembre 1995, Pret. Roma, 13 gennaio 1988.

comunicazione dello stesso provvedimento sembra infatti riportare in equilibrio il sistema. Sul punto peraltro non si ravvisano precedenti giurisprudenziali.

Scarse sono anche le pronunce sui requisiti dell'accordo sindacale. Secondo una giurisprudenza ormai risalente¹², l'accordo dovrebbe essere stipulato, in assenza di RSU, con tutte le rappresentanze sindacali. Più condivisibile peraltro il prevalente orientamento dottrinale, secondo cui sarebbe sufficiente un accordo con soggetti rappresentativi della maggioranza del personale¹³.

Da evidenziare che recentemente la Cassazione penale, è intervenuta "a gamba tesa" sui requisiti autorizzatori, di cui al co.2 dell'art.4 St. Lav., affermando che l'acquisizione da parte del datore di lavoro dell'assenso di tutti i lavoratori, attraverso la sottoscrizione da parte loro di un documento esplicito, costituisce requisito alternativo al raggiungimento dell'accordo sindacale. Più precisamente, secondo la Cassazione "*se è vero che non si trattava né di autorizzazione della RSU né di quella di una "commissione interna", logica vuole che il più contenga il meno sì che non può essere negata validità ad un consenso chiaro ed espresso proveniente dalla totalità dei lavoratori e non soltanto da una loro rappresentanza. Del resto, non risultando esservi disposizioni di alcun tipo che disciplinino l'acquisizione del consenso, un diverso opinare, in un caso come quello in esame, avrebbe un taglio di un formalismo estremo tale da contrastare con la logica*"¹⁴.

Tali affermazioni suscitano non poche perplessità, soprattutto nella misura in cui hanno come conseguenza sostanziale quello di appiattare la tutela della riservatezza del lavoratore sui principi del consenso specifico, libero e informato stabiliti dal Codice della *privacy*, non considerando invece che la normativa di cui all'art.4 della Statuto individua una disciplina speciale che si aggiunge alle regole ordinarie di cui alla L. n.196/03. Indicativo in questo senso il rilievo operato dai giudici sul fatto che il datore aveva installato cartelli che segnalavano la presenza del sistema di videosorveglianza, aspetto assolutamente irrilevante ai fini della disciplina statutaria, non individuandosi in essa, quale elemento scriminante, il carattere non occulto del controllo a distanza¹⁵.

Non può d'altra parte condividersi l'assunto secondo cui la raccolta del consenso informato di tutti i lavoratori possa logicamente contenere le funzioni e le prerogative di un

¹² Vedi App. Firenze, 14 febbraio 1973.

¹³ Cfr in particolare A. CATAUDELLA. *Sub art. 4*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario allo statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1975.

¹⁴ Così Cass. pen. 14 aprile 2012, n.22611.

¹⁵ In questo senso si era del resto espressa la prevalente giurisprudenza penale. Cfr in particolare Cass. Pen., 15 dicembre 2006, n. 8042

accordo sindacale. Verrebbe in questo modo meno la stessa funzione del sindacato quale ente esponenziale degli interessi dei lavoratori, contraddicendo la *ratio* della disciplina di cui all'art.4 St. Lav. e, frantumandosi lo stesso significato di autonomia collettiva, alla base dei tradizionali rapporti di forza tra impresa e lavoratori. Appare del resto evidente come la capacità di negoziazione del contenuto di un accordo da parte delle rappresentanze sindacali sia senz'altro più tutelante nei confronti dei lavoratori rispetto alla mera apposizione di una firma su un documento predisposto unilateralmente dal datore di lavoro.

Da evidenziare inoltre due profili.

Il primo relativo al fatto che, in ogni caso, la raccolta del consenso di tutti lavoratori in un unico documento non costituisce un accordo collettivo, con la conseguenza che tutto il castello autorizzatorio cadrebbe se un lavoratore neo assunto non apponesse la firma su un tale documento.

Il secondo profilo riguarda il rilievo che le considerazioni dei giudici penali devono essere comunque lette nell'ambito in cui sono destinate a produrre efficacia, nel senso quindi di escludere la responsabilità datoriale dal punto di vista penalistico per mancanza dell'elemento soggettivo del reato, non potendo conseguentemente trarsi da tale pronuncia un'esauriente valutazione sulla non antigiridicità della condotta datoriale. Senza contare che una simile prassi datoriale volta a "saltare" il sindacato sarebbe fortemente a rischio quantomeno di condotta antisindacale *ex art.28 St. Lav.*.

Proprio sulle conseguenze derivanti dalla violazione della disciplina in esame restano da compiere alcune ulteriori brevi considerazioni.

Sul piano civilistico le conseguenze sono innanzitutto la rimozione dell'installazione vietata e/o l'inutilizzabilità del dato informativo così acquisito, fermo restando il diritto del lavoratore al risarcimento del danno per violazione del suo diritto alla riservatezza.

Sul piano penale la violazione dell'art.4 St. Lav. è tuttora sanzionata penalmente dall'art.38 St. Lav.. La fattispecie è stata solo apparentemente depenalizzata dall'art.179, D.Lgs. n.196/03, essendo stata contestualmente reintrodotta dall'art.171, D.Lgs. n.196/03. La continuità normativa tra le due norme è stata del resto espressamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶.

Da evidenziare che la sanzione penale scatta solo con l'utilizzazione della strumentazione vietata, fermo restando che la mera installazione può comunque giustificare la richiesta del

¹⁶ Cass. Pen. 24 settembre 2009, n.40199.

lavoratore - al Garante o al giudice ordinario - di rimozione dell'intera strumentazione. Ultima considerazione concerne il rilievo che la verifica di legittimità del controllo a distanza, deve, soprattutto in ambito informatico, confrontarsi con la tutela della segretezza della corrispondenza ai fini di una possibile integrazione del reato di cui all'art.616 c.p.. La giurisprudenza, peraltro, sembra sul punto essere piuttosto morbida, escludendo l'applicabilità della menzionata norma qualora il datore di lavoro abbia nella sua disponibilità la *password* di accesso alla casella di posta del dipendente, sul presupposto che in questo caso non potrebbe definirsi "chiusa" la relativa corrispondenza¹⁷.

4. Sull'utilizzabilità del controllo preterintenzionale

Il controllo preterintenzionale individua un'ipotesi di utilizzo di strumenti/apparecchiature di controllo richiesti da esigenze produttive, organizzative o di sicurezza del lavoro, suscettibili però di determinare un controllo - appunto preterintenzionale - sull'attività lavorativa. A questa categoria appartengono anche i controlli difensivi (*infra*) ove derivi una possibilità di controllo diretto o indiretto dell'attività lavorativa.

In tutti questi casi i controlli, come sopra evidenziato, rientrano nel regime di divieto flessibile di cui al co.2, dell'art.4 St.Lav., potendo quindi configurarsi come legittimi se autorizzati dall'accordo sindacale o dall'autorità amministrativa.

Tuttavia, una cosa è affermare la legittimità del ricorso a siffatte apparecchiature, altra cosa è affermare l'utilizzabilità da parte del datore di lavoro dei dati acquisiti sulla base dei suddetti controlli preterintenzionali leciti. Dalla lettera della legge sembra evidente che la relativa disciplina riguardi esclusivamente l'installazione delle apparecchiature, non rilevandosi conseguentemente alcun effetto autorizzatorio sull'utilizzabilità dei dati concernenti l'attività lavorativa. In questo senso sembra orientata la dottrina prevalente¹⁸ e lo stesso Garante della privacy¹⁹. La giurisprudenza, per converso, non sembrava escludere una simile utilizzabilità. La soluzione affermativa, sia pure non affermata in modo espreso, a quanto consta, in alcuna sentenza, sembrava tuttavia cogliersi *a contrario* laddove i giudici si limitavano ad escludere l'utilizzabilità dei dati acquisiti esclusivamente a seguito di

¹⁷ Cfr in particolare Cass. Pen., 11 dicembre 2007, n.47096.

¹⁸ Cfr per tutti N. LUGARESI, *Uso di Internet sul luogo di lavoro, controlli del datore e riservatezza del lavoratore*, in P. TULLINI (a cura di), *Tecnologie della comunicazione e riservatezza nel rapporto di lavoro*, 75 ss.

¹⁹ Cfr in particolare il provvedimento del Garante del 29 aprile 2004 sulla videosorveglianza.

controlli illeciti²⁰. A far chiarezza è però intervenuta la recente sentenza di cassazione dell'ottobre 2012²¹ che, con riferimento ad una ipotesi di un controllo preterinizionale difensivo – relativo all'utilizzo di un software di gestione delle telefonate – ha affermato che il rispetto delle garanzie procedurali di cui all'art. 4, comma 2, l. n. 300/1970 non consente in ogni caso al datore di utilizzare le risultanze di un siffatto controllo al fine di provare l'inadempimento contrattuale del lavoratore. Tali affermazioni, peraltro, devono, a mio avviso, essere lette unicamente nella prospettiva del controllo preventivo, con riferimento cioè a sistemi/strumentazioni idonei a consentire un controllo “a tappeto” sulla attività lavorativa, non precludendo invece l'utilizzabilità del controllo difensivo c.d diretto, nella misura in cui sia prevalente la natura accertativa e non preventiva del controllo. Sul punto si rinvia al prossimo paragrafo.

5. I controlli difensivi

Discussa in giurisprudenza è la nozione di controllo difensivo ai fini della non operatività del divieto di cui all'art.4. St. Lav..

Con una pronuncia dei giudici di legittimità del 2002²² si era statuito che, ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, era necessario che il controllo riguardasse (direttamente o indirettamente) l'attività lavorativa, mentre dovevano ritenersi certamente fuori dell'ambito di applicazione della norma i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore a tutela dell'integrità del patrimonio aziendale. Nel caso specifico la citata Cassazione aveva escluso dalle garanzie di cui all'art.4 St. Lav. l'uso di apparecchi di rilevazione di telefonate ingiustificate, e, più genericamente, di sistemi di controllo dell'accesso ad aree riservate.

Naturalmente, anche secondo questa ampia accezione di controllo difensivo, il criterio scriminante era in ogni caso la non ingerenza delle apparecchiature sul controllo dell'attività lavorativa, non rilevando infatti la nozione di difensività del controllo sul piano soggettivo della volontà del datore di lavoro, ma unicamente sul piano fattuale. Indicativa in questo senso è la sentenza della Cassazione penale del 28 gennaio 2003, in cui si afferma espressamente che *“commette il reato di cui agli art. 4, comma 2, e 38 l. 20 maggio 1970 n. 300 il datore di lavoro, il quale, senza preventivo accordo con le rappresentanze sindacali, abbia installato delle*

²⁰ In questo senso si veda in particolare Cass. 16 luglio 2000, n.8250.

²¹ Vedi Cass. 1° ottobre 2012, n. 16622

²² Cass. 3 aprile n.2002, n.4746.

*telecamere che, seppure destinate ad evitare furti, renda possibile il controllo a distanza dell'attività dei dipendenti?*²³.

Con la successiva pronuncia del 2007²⁴, volta a sostanziare l'effettività del divieto di cui all'art.4, co.1, si è poi affermato che il riferimento all'attività lavorativa, oggetto della fattispecie astratta, non riguarda solo le modalità del suo svolgimento, ma anche il *quantum* della prestazione, il controllo sull'orario di lavoro, risolvendosi in un accertamento circa la quantità di lavoro svolto. Più precisamente, la Cassazione, contraddicendo un consolidato orientamento della giurisprudenza di merito²⁵, ha affermato che la liceità del controllo difensivo, implicante la mera possibilità del datore di verificare la presenza in azienda, è comunque condizionata alla sussistenza di un accordo sindacale o di un'autorizzazione amministrativa.

Da ultimo, la giurisprudenza di legittimità²⁶ ha ulteriormente esteso il campo di applicazione del predetto art. 4 St. lav., comprendendo nel suddetto anche i controlli *c.d. difensivi* diretti ad accertare comportamenti illeciti dei lavoratori, quando tali comportamenti riguardino l'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro e non la tutela dei beni estranei al rapporto stesso. Da evidenziare peraltro che nella giurisprudenza più recente, non solo penale²⁷, sembra consolidarsi l'opinione secondo la quale le potenzialità di un controllo sull'attività lavorativa non determinano l'illegittimità del controllo difensivo qualora questi non abbia carattere preventivo, ma sia volto a preconstituire la prova dell'illecito. Si veda in questo senso la sentenza di Cassazione del febbraio 2012²⁸, che ha escluso l'operatività dell'art.4 St. Lav. in relazione ad una attività di controllo sulle strutture informatiche aziendali, avendo il datore compiuto il predetto accertamento *ex post*, ovvero dopo l'attuazione del comportamento addossato al dipendente, quando erano emersi elementi di fatto tali da raccomandare l'avvio di un'indagine retrospettiva. Stessa valutazione di legittimità del controllo, *fortiori*, qualora la preconstituzione della prova dell'illecito sia svolta direttamente dalla polizia giudiziaria,

²³ Cass. pen. 28 gennaio 2003, n.10268.

²⁴ Cass. 17 luglio 2007, n.15892.

²⁵ Ancora, recentemente vedi Trib Napoli 23 settembre 2010, secondo cui non rientra nella fattispecie prevista dal co.2 dell'art.4 St. Lav., non potendosi qualificare come strumento di controllo a distanza, un'apparecchiatura di rilevamento delle presenze attivata mediante tessera magnetica (*badge*).

²⁶ Vedi Cass. 23 febbraio 2010, n.4375.

²⁷ Si veda in particolare Cass. pen 12 luglio 2011, n.34842.

²⁸ Cass. 23 febbraio 2012, n.2722.

venendo meno in questo caso lo stesso presupposto di applicabilità l'art. 4 dello Statuto dei lavoratori²⁹.

Resta infine da chiarire che, anche laddove i controlli assumano carattere puramente difensivo e, quindi, siano fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 4 St. Lav., resta però la necessità di dover comunque rispettare la normativa generale della *privacy*, potendo il relativo controllo difensivo risultare illecito per una violazione del principio di necessità e dei principi di pertinenza e non eccedenza di cui, rispettivamente agli artt.3 e 11 del codice³⁰.

6. Le possibili deroghe della contrattazione di prossimità in materia di impianti audiovisivi e introduzione di nuove tecnologie

Secondo l'art.8, co.2, L. n.148/11 le specifiche intese possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento (anche) agli impianti audiovisivi e all'introduzione di nuove tecnologie.

La formulazione, in linea teorica, si presta bene a un'interpretazione estensiva, potendo comprendere tutti quei profili - si pensi innanzitutto alle regole in materia di salute e sicurezza - attinenti alla gestione degli strumenti tecnologici nei luoghi di lavoro. In questa ampia prospettiva qualche dubbio potrebbe semmai sorgere su quale significato attribuire alla perifrasi "*introduzione di nuove tecnologie*", non escludendosi a priori, quale opzione interpretativa, l'impossibilità di regolamentazione aziendale, ai sensi e agli effetti della L. n.148, in assenza di un cambiamento tecnologico all'interno dell'azienda. Decisamente più plausibile, tuttavia, è che il legislatore abbia voluto, più semplicemente, riferirsi al sempre più frequente utilizzo della *c.d. information technology* nell'ambito delle modalità di produzione e organizzazione del lavoro. Ma se così è, leggendo congiuntamente la locuzione "*nuove tecnologie*" con la nozione, invero più specifica, di "*impianti audiovisivi*" ne scaturisce un evidente restringimento dell'iniziale ipotesi interpretativa, riducendosi il riferimento legislativo in esame alla "sola" autorizzazione, gestione di apparecchiature e/o strumentazioni aventi implicazioni di controllo a distanza dell'attività di lavoro, in sostanziale sovrapposizione con la materia disciplinata dall'art.4 dello Statuto dei lavoratori. Si è così paventato, tra le tante minacce dell'art.8, il rischio specifico che una determinata

²⁹ Cfr in questo senso Cass. 17 maggio 2013, n. 12091

³⁰ Con riferimento ai controlli di *internet* e della posta elettronica, si vedano le linee guida 2007 del Garante, in cui si è stabilito il criterio della graduazione dei controlli.

intesa possa, in deroga al menzionato art.4, prevedere che il lavoratore sia “*in ogni suo movimento (...) controllato istante per istante da un impianto audiovisivo*”³¹.

Un simile rischio non sembra peraltro sussistere, non tanto in virtù di una apodittica fiducia nel sindacato, ma in quanto è lo stesso legislatore a ricordare espressamente il limite del rispetto delle garanzie costituzionali, non essendovi alcun dubbio che l'ipotesi sopra prospettata si configurerebbe in palese violazione dei principi di dignità umana e di libertà personale di cui agli artt. 2 e 13 della Costituzione, espressamente sovraordinati *ex art.41*, comma 2 Cost., al principio di libertà di iniziativa economica³².

Se, infatti, in linea teorica, può condividersi l'opinione secondo cui la verifica della correttezza dell'adempimento della prestazione non è in sé lesiva della dignità del lavoratore³³, una siffatta affermazione non può invece reggere se riferita a un controllo continuativo e ininterrotto. Senza contare che in questo caso emergerebbero anche rilevanti profili di tutela della riservatezza.

Si noti del resto che nella delega legislativa di cui al comma 2 non è ravvisabile l'attribuzione di un potere diretto all'autonomia collettiva in materia di *privacy* del lavoratore – la cui regolamentazione è peraltro di stretta derivazione comunitaria e, come tale, al di fuori dell'ambito di derogabilità dei contratti di prossimità – ma solo la possibilità di individuare e conseguentemente regolamentare i profili di organizzazione aziendale compatibili con i suddetti principi costituzionali (e comunitari).

Si osservi in questo senso l'assenza di soluzione di continuità con la disciplina di cui all'art.4 dello Statuto dei lavoratori. Se si confronta la struttura delle due norme si constata, infatti, che i presupposti dell'intervento sindacale sono sostanzialmente interscambiabili, non trovandosi significative differenze tra il generale concetto di esigenze organizzative e produttive di cui all'art.4, co.2 St.Lav. e le finalità di cui al co.1 dell'art.8, D.Lgs. n.138/11, senza contare che è lo stesso co.2 dell'art.8 a riferire la delega legislativa alle esigenze dell'organizzazione del lavoro e della produzione.

Quali allora le (possibili) differenze?

Nessuna sul piano dell'efficacia della regolamentazione aziendale, in quanto gli accordi *ex art.4*, co.2 St.Lav. sono stati inquadrati dalla pressoché unanime giurisprudenza nella categoria dei contratti gestionali applicabili, quindi a tutti i lavoratori indipendentemente

³¹ Così L. Gallino, *La minaccia dell'articolo 8*, in “La Repubblica” del 15 settembre 2011.

³² Sul punto vedi in particolare R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 71/2008.

³³ Cfr. in particolare G. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in NDI., IV, Utet, 1982, p. 896 ss

dalla loro affiliazione sindacale. Una differenza, se non altro in una prospettiva di certezza del diritto, si individua però in relazione ai criteri di formazione dell'accordo, prevedendo l'art.8 la sufficienza del criterio maggioritario, laddove invece l'art.4 dello Statuto non chiarisce se il riferimento al "*previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali*" implichi o meno l'unanime consenso di tutte le Rsa. Un elemento di novità potrebbe peraltro consistere nella possibilità di consentire l'installazione di sistemi di controllo a distanza, anche mediante un accordo sindacale di livello territoriale e non solo aziendale³⁴. Due in questo senso le opzioni percorribili. La prima tesa ad individuare le fattispecie di controllo consentite, riducendo la funzione autorizzatoria delle rappresentanze aziendali e, a seguire, dell'Autorità amministrativa ad una mera valutazione di conformità dello specifico sistema utilizzato rispetto ai contenuti dell'accordo territoriale. La seconda opzione, più radicale, basata sulla completa eliminazione del profilo autorizzatorio *ad aziendam*, in una logica, più rischiosa, di controllo esclusivamente *ex post* rispetto alle ipotesi di controllo lecito definite dall'accordo territoriale.

Sul piano dei contenuti, l'art.8 potrebbe forse consentire un parziale allentamento delle rigidità dell'attuale sistema. Non sembrano però condivisibili le generiche affermazioni secondo le quali gli accordi di prossimità *potrebbero consentire forme di controllo occulto*³⁵. Non si comprende invero, quale possa essere l'oggetto di un siffatto controllo. Da escludere, infatti, come già sopra sottolineato, che esso possa tradursi in una qualsiasi forma di intercettazione - ambientale, telefonica o telematica - delle comunicazioni del prestatore all'interno del luogo di lavoro, e ciò non solo ai fini della verifica dell'esatto adempimento, ma anche ai fini dell'accertamento di condotte illecite del lavoratore. Prive di fondamento sono in particolari quelle opinioni³⁶, secondo le quali, per dare un senso compiuto alla legge, gli accordi di prossimità consentirebbero l'installazione anche di impianti finalizzati esclusivamente al controllo della prestazione. Una simile regolamentazione, in caso di contenzioso, darebbe sicuramente adito ad un verifica di ragionevolezza della soluzione adottata e ben difficilmente supererebbe il controllo giudiziale, essendo piuttosto arduo trovare un ragionevole bilanciamento in presenza di una così grave lesione del principio di

³⁴ In questo senso vedi M. MARAZZA, La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica, in DRI, n. 1, 2012, 41 ss..

³⁵ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, 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, 46. Gli stessi autori, peraltro, evidenziano la sussistenza di un possibile contrasto con la tutela della privacy sancita in Direttive europee e nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

³⁶ Vedi M. MARAZZA, op. cit. 41 ss.

dignità del lavoratore, restando peraltro ferma la necessità di rispettare la normativa (inderogabile) a tutela della privacy.

Da questa prospettiva un esempio di intervento “ragionevole” potrebbe individuarsi in una estensione della nozione di controllo difensivo. Attualmente, la prevalente giurisprudenza riconosce, come già evidenziato, la legittimità dei controlli diretti alla tutela di beni estranei al rapporto lavorativo. Si pensi, in particolare, ai sistemi di controllo sull’accesso ad aree riservate o agli strumenti di rilevazione di telefonate ingiustificate. In questa prospettiva, l’accordo sindacale potrebbe valorizzare una nozione estesa di controllo difensivo, sull’onda di quanto già affermato da alcune sentenze di merito³⁷, al fine di impedire non solo l’uso di strumenti vietati, ma anche l’abuso di strumenti di per sé consentiti. Si potrebbero quindi legittimare sistemi di rivelazione non solo dei numeri telefonici chiamati, ma anche della durata delle relative telefonate, ovvero legittimare sistemi in grado di quantificare la durata degli accessi a *internet*. Tuttavia, al fine di evitare un utilizzo distorto e lesivo dei principi di dignità del lavoratore, l’accordo dovrebbe consentire la verifica, sulla base di criteri predefiniti dalla stessa intesa sindacale, sull’esempio di quanto già previsto dal legislatore in materia di visite personali di controllo *ex art. 6 St. Lav.*

L’accordo aziendale potrebbe, anche, in funzione di certezza del diritto, consentire l’utilizzo delle informazioni - sempre che non riguardino dati sensibili - che il datore di lavoro abbia acquisito accidentalmente e con modalità non lesive dei diritti primari del lavoratore.

³⁷ Si veda in particolare Trib. Torino 9 gennaio 2004, 131 e analogamente Trib. Milano 31 marzo 2004.

LE NOVITÀ INTRODOTTE DALLA LEGGE 92/12 SUL CONTRATTO A TERMINE: PROFILI DI (IN)COMPATIBILITÀ EUROPEA E CONVENZIONALE

Enrica Pierini

Dottoranda di Ricerca in Relazioni di Lavoro, Fondazione "Marco Biagi"

SOMMARIO: 1. Il lavoro a tempo indeterminato come “forma comune” e il contratto a tempo determinato “acausale”. 2. Le vicende dei contratti a termine: tra effettività e dissuasività dei rimedi e clausola di non regresso. 3. L’apparato processuale e sanzionatorio: l’interpretazione autentica alla luce dei vincoli europei. 4. (segue) e convenzionali.

1. Il lavoro a tempo indeterminato come “forma comune” e il contratto a tempo determinato “acausale”

Le novità apportate dalla legge 92 del 2012 al contratto di lavoro a tempo determinato si rinvengono all’art. 1 commi 1- 13 della legge stessa.

A ben vedere si tratta del quarto intervento con cui il legislatore riscrive la disciplina in argomento, a far data dall’entrata in vigore del Decreto legislativo 368/2001, che dava attuazione della Direttiva 1999/70/CE: la compatibilità tra le recenti modifiche e la disciplina europea costituisce l’ambito di analisi che si propone il presente lavoro. Tutte le questioni sollevate nel proseguimento del presente lavoro trovano fondamento nella costante giurisprudenza europea (Cfr. da ultimo Corte di Giustizia Europea – Sentenza del 22-12-2010), in quanto la medesima ha più volte sottolineato l’obbligo degli Stati membri, derivante da una Direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest’ultima nonché il loro dovere, ai sensi dell’art. 4, n. 3, TUE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l’adempimento di tale obbligo. Detto principio si estende a tutti gli organi degli Stati, compresi quelli giurisdizionali.

L’indagine principale muove pertanto nell’analisi di due novità che in questa prospettiva sembrano tanto fondamentali, quanto “contrapposte”. La prima stabilisce che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato non costituisce più - come in passato - “la regola”, bensì la “*forma comune di rapporto di lavoro*”. La dottrina ha accolto in modo differenziato tale riformulazione², che seppur di dubbia portata precettiva, sottolinea il

¹ Nuovo art. 1 comma 01, Dlgs 368/2001.

² Cfr. ad esempio M. PAPALEONI, “*Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit, et mus parietur”*”, in “Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro”, 24.4.2012, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_292234043.pdf, il quale definisce tale modifica una “opzione

rapporto di regola-eccezione tra contratto a tempo indeterminato e a termine³, ma non può non notarsi come il rafforzamento del concetto di contratto “dominante” si presenti *prima facie* conforme al 6° Considerando della richiamata Direttiva, il cui scopo è il mantenimento dei contratti di lavoro a tempo indeterminato proprio come “*forma comune dei rapporti di lavoro*”.

Tale prima modifica va tuttavia coordinata con la parziale liberalizzazione della stipulazione del contratto a tempo determinato, che costituisce la seconda novità.

Viene infatti consentita la stipula “acausale”- cioè senza specificazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive - per un “primo” contratto a termine, la cui durata non sia superiore ad un tetto massimo individuato in 12 mesi⁴, ferma restando la previgente disciplina negli altri casi. La stipulazione del primo contratto a termine (con assenza delle ragioni giustificative) è ammessa per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione, anche se riferita all’ordinaria e/o stabile attività dell’impresa.

Volendosi interrogare sulla rilevanza giuridica - sia nazionale, sia europea - di tali novità, sembra in astratto doversi ammettere che la prima delle modifiche menzionate (la “forma comune”) sia funzionale a legittimare la seconda (la liberalizzazione del primo contratto), e quest’ultima a “dare forza” alla prima: il fatto che al «primo rapporto» si conceda l’assenza di giustificazione e non, invece, ai contratti a termine successivi, sembra implicitamente confermare e sottolineare la necessaria “causalità” e fisiologica “giustificazione” del rapporto a termine, che rimane un’eccezione rispetto alla forma a tempo indeterminato.

Sul piano interno, sembra cioè che venga riaffermata indirettamente la tesi per cui il lavoro a tempo determinato è (e deve essere) legato ad una “ragione oggettiva” che per natura è intrinsecamente “temporanea”. Se questa fosse l’idea sottesa alla *ratio* legislativa nella redazione di tali modifiche, si giustificerebbe sul piano sistematico, sia nazionale sia europeo, un contratto (quella acausale), che si pone quale “deroga” alla «forma comune di rapporto di lavoro».

qualificatoria evanescente”, rilevando come l’aggettivazione utilizzata presenti “*rilevo essenzialmente descrittivo*”; secondo J. TSCHÖLL, “*Le modifiche per il lavoro a tempo determinato, job on call e i voucher: nuove rigidità per il mercato del lavoro italiano*” in “Una riforma a metà del guado”, 2012, in Bollettino Adapt - Pubblicazione online della Collana Adapt, 70, www.Adapt.it, tale formulazione farà invece crescere ulteriormente l’enorme contenzioso già in atto per questa tipologia contrattuale.

³ In questo senso cfr. Cass. 21 maggio 2008 n. 12985; Cass. 26 luglio 2004.

⁴ Va rilevato in questa sede che il campo di applicazione della Direttiva 1999/70/CE riguarda il contratto a tempo determinato *tout court*, ma le clausole europee sono incentrate, nel contenuto, sulle ipotesi di successione dei contratti e le loro conseguenze, piuttosto che sul “primo” contratto a tempo determinato.

L'analisi coordinata di tali novità in chiave europea, presuppone però la trattazione unitaria di tutte le modifiche attinenti il primo rapporto a termine, alla luce delle quali tirare le fila del ragionamento.

In primo luogo, la novella prevede che il contratto a termine “acausale” non può essere “oggetto di proroga”⁵ presupponendo, questa, «ragioni oggettive», qui assenti; in effetti essa rifletterebbe la necessità di un prolungamento del contratto iniziale sempre per esigenze temporanee e non è quindi compatibile con un accordo individuale che prescinde dalla temporaneità delle ragioni del lavoro.

La possibilità che questa formulazione lasci spazio ad una “successione interna” di brevi contratti a termine “acausali” fino al raggiungimento del tetto massimo dei 12 mesi - circostanza che avrebbe senz'altro posto il problema della compatibilità con la richiamata Direttiva - è stata esclusa dalla Circolare ministeriale 18/2012, nella quale si legge, che tale periodo “non costituisce una “franchigia” – o comunque un periodo in qualche modo frazionabile”, essendo il primo contratto a termine “in nessun modo prorogabile, nemmeno qualora lo stesso abbia avuto una durata inferiore ai 12 mesi e sino a tale durata massima”, e che la deroga alla causale “può trovare applicazione una e una sola volta” tra le medesime parti.

Un'ulteriore novità, rilevante sul piano della compatibilità europea sta nel fatto che le aziende che stipuleranno contratti a termine dovranno sostenere un costo superiore, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, che potrà essere in parte recuperato⁶, quale “premio di stabilizzazione”, nel caso di assunzione a tempo indeterminato dello stesso lavoratore.

La maggiorazione non sarà applicata ai lavoratori assunti in sostituzione di dipendenti assenti, agli apprendisti, ai lavoratori dipendenti dalle pubbliche amministrazioni e a quelli che svolgono attività stagionali di cui al DPR 1525 del 1963⁷.

Questa previsione pone due interrogativi: da un primo punto di vista, sembra che tale aumento – sul piano astratto – debba sottrarsi a critiche di compatibilità con la legislazione europea in quanto idoneo, sul piano della ragionevolezza e dell'adeguatezza, al perseguimento di obiettivi meritevoli, quali la repressione dell'uso distorto e l'abuso dei

⁵ Legge 92/2012, art. 1, 9, lett. d).

⁶ Per un importo non superiore alle 6 mensilità, successivamente al decorso del periodo di prova.

⁷ L'esclusione delle suddette categorie (e non di altre) ha sollevato unanime perplessità in dottrina, per tutte quelle ipotesi in cui, non essendo possibile convertire il contratto a termine in un'assunzione a tempo indeterminato, per avvenuto soddisfacimento di esigenze “realmente e fisiologicamente temporanee” - si pensi al settore del turismo - le imprese si trovino ad affrontare un costo del lavoro maggiorato senza possibilità di recuperarlo. Cfr. nello stesso senso: I. Di Stani, cit., D. Costa cit..

contratti a termine, grazie all'azione economica a ciò "deterrente". Inoltre il detto aumento non rappresenterebbe un sovraccarico eccessivo per le imprese, mentre avrebbe una indubbia funzione sociale, tanto più in un momento di difficile congiuntura economica, in quanto destinato a finanziare la nuova assicurazione sociale per l'impiego (Aspi).

Da un altro punto di vista però, l'aumento contributivo, letto in combinato disposto con la prevista "acausalità" del primo contratto, presta il fianco a perplessità "di sistema" sul piano europeo. Sul rilievo che il datore *"guarda più al margine di utilizzo che al costo contributivo di un lavoratore, sempreché mantenuto su un livello accettabile"*⁸, è infatti plausibile pensare che la combinazione di tali misure possa avere l'effetto di ostacolare le imprese con "genuine" esigenze di flessibilità, risultando invece funzionali a imprese che intendono utilizzare il contratto a termine come una sorta di periodo di "prova lunga atipica" a prescindere dall'esistenza di esigenze genuine, per servirsi di lavoratori temporanei⁹, che poi possono stabilizzare, con parziale recupero dei costi.

A tale proposito dalla Circolare ministeriale 18/12 sembra evincersi una piena fungibilità del primo contratto a termine con il patto di prova: la Circolare chiarisce infatti che l'introduzione del contratto acausale è *"anche"* finalizzata ad una miglior verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore *"in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo"* e, anche per questo motivo, se ne esclude l'estensione a ipotesi in cui tra le parti sia già intercorso un contratto di natura subordinata.

Dall'insieme di tali novità sorgono ulteriori perplessità, che impattano tanto sul piano interno che europeo, già condivise dalla dottrina quanto ai primi¹⁰. Il primo contratto permetterebbe infatti un ricambio "continuo" di lavoratori, senza limiti nel tempo (per l'impresa) e senza che ciò pregiudichi la funzionalità dell'organizzazione aziendale, trasformandosi, potenzialmente, sia in uno strumento giuridico fungibile al patto di prova, sia in un "metodo" di organizzazione aziendale vero e proprio, che si sostituisce nei fatti al

⁸ Cfr. F. CARINCI, *"Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro"*, in *"Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro"*, 17.05.2012, in http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_299234043.pdf.

⁹ Cfr. a tal proposito D. COSTA, *"La flessibilità buona non è solo quella che genera lavoro stabile. Prime note sulla riforma del contratto a termine."*, in *"Una riforma a metà del guado"*, 2012, in Bollettino Adapt - Pubblicazione online della Collana Adapt, 80, www.Adapt.it, il quale sostiene che tale previsione rischia di penalizzare proprio le imprese che vi ricorrono *"per adattare il proprio organico alle mutevoli esigenze di mercato"*, che proprio per le oggettive esigenze temporanee ... non siano agevolate dalla "acausalità", e che inoltre *"non sarebbero in grado di assumere a tempo indeterminato i lavoratori, non potendo usufruire così del "premio di stabilizzazione"*.

¹⁰ Cfr. G. FRANZA, *"La riforma del contratto a tempo determinato"*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del Lavoro*, Giuffrè editore, Milano, 2012, 58, e D. COSTA-M. TIRABOSCHI, cit., 106.

contratto a tempo indeterminato: ci si potrebbe infatti facilmente trovare di fronte ad una “stabilità instabile”, nel limite temporale dei 36 mesi.

Il probabile avverarsi di una o entrambe queste ipotesi potrebbe creare il rischio concreto di incentivare la precarizzazione, attraverso il “*turn over*” dei lavoratori, che non appena entrati (facilmente) in azienda, grazie a tale forma generalizzata e agevolata “di ingresso” nel mondo del lavoro, si troverebbero tuttavia immediatamente nella direzione dell’uscita. Ciò non solo, in senso contrario alle dichiarazioni che si leggono nei lavori introduttivi del testo di riforma, ma anche in senso opposto rispetto alla *ratio* che si evince dal Preambolo e dai Considerando della Direttiva in esame, di cui nel seguito.

Un’ulteriore novità sta nella previsione per cui - sempre in assenza di ragioni oggettive, ed entro il limite temporale dei 12 mesi - si può concludere un primo rapporto tra un datore di lavoro o utilizzatore, per la “*prima missione di un lavoratore nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato*”; tale rapporto può essere concluso per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione, anche se riferita all’ordinaria e/o stabile attività dell’impresa¹¹. Tale novità va segnalata insieme a quella per cui il periodo di rapporto in somministrazione, va computato nei 36 mesi trascorsi i quali il rapporto si trasforma a tempo indeterminato¹².

Stando al 4° punto del Preambolo dell’Accordo-Quadro allegato alla Direttiva citata, si evince che il medesimo si applica “*ai lavoratori a tempo determinato, ad eccezione di quelli messi a disposizione di un’azienda utilizzatrice da parte di un’agenzia di lavoro interinale*”¹³, tuttavia da questa semplificazione nella stipulazione del primo contratto di somministrazione a tempo determinato nascono (ancora) diversi profili di dubbio rispetto alla compatibilità europea della nuova disciplina del contratto a tempo determinato.

Innanzitutto, anche se - come precisato dalla Circolare 18/2012 -, l’intento del legislatore è quello di evitare che il ricorso alla somministrazione sia utilizzato per aggirare i limiti

¹¹ Cfr. Art. 2, comma 142, lettera b) della legge 28 giugno 92/2012, che all’art. 20, comma 4 ha inserito il seguente periodo (subito dopo il primo periodo): “*è fatta salva la previsione di cui al comma 1 bis dell’articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, numero 368*”.

¹² Cfr. D. COSTA, cit., secondo cui tale previsione “*nell’unico evidente obiettivo di imporre un deciso giro di vite nei confronti del lavoro a tempo, agisce come una tenaglia nei confronti di una tipologia contrattuale (la somministrazione di lavoro) che ha il pregio di assecondare le esigenze di flessibilità delle imprese, garantendo, allo stesso tempo, al dipendente la copertura della contrattazione collettiva, il riconoscimento dei diritti sindacali e la tutela della propria sicurezza*.” e A. VALLEBONA, “*Gli interventi sui contratti di lavoro*” in “*La riforma del lavoro 2012*”, Giappichelli Editore, Torino, 2012, il quale precisa che, per il raggiungimento del limite massimo “*non bastano solo periodi di somministrazione, ma occorre almeno un periodo di lavoro a termine, poiché questo limite riguarda il lavoro a termine e non anche la somministrazione, per la quale è rimasto espressamente escluso (cfr. l’invariato art. 22, c. 2, d.lgs. n. 276/2003)*”.

¹³ In questo senso Cfr. da ultimo sentenza Corte di giustizia, 11 aprile 2013, C-290/12.

all'impiego dello stesso lavoratore con mansioni equivalenti, di fronte ad una siffatta modifica l'imprenditore ha due strade possibili.

Per soddisfare le medesime necessità che stanno alla base del contratto a tempo determinato, potrà infatti concludere un contratto a tempo determinato (però più costoso e stringentemente vincolato), o un contratto di somministrazione che è, oggi, un'alternativa piena. Ciò, con evidente (ri)distorsione dei meccanismi di entrambe queste tipologie contrattuali, sempre a scapito del lavoro a tempo indeterminato e del dichiarato contrasto alla *"flessibilità cattiva"*. Ciò chiaramente in pieno contrasto con la *ratio* della Direttiva, per i motivi di cui più diffusamente nel prosieguo.

Oltre questa distorsione sul piano pratico, sul piano normativo, la modifica di cui si tratta potrebbe inoltre portare a conseguenze rischiose.

Infatti, tutte le volte che un'azienda utilizzasse (come appena prospettato), la somministrazione al posto del contratto a tempo determinato, perché scoraggiato da scelte (economico)legislative, sottrarrebbe al lavoratore la possibilità di avvalersi, sul piano giurisdizionale e sistematico, dei profili di doglianza ed incompatibilità che si riferiscono alla disciplina del contratto a tempo determinato.

Così delineata la struttura della normativa nazionale, nonché alcuni suoi possibili effetti, è necessario verificarne la compatibilità con il "sistema europeo" in senso lato considerato.

Oltre alle vere e proprie norme presenti all'interno della Direttiva di riferimento (1999/70/CE, di cui più diffusamente di seguito), va tenuto presente che la medesima va interpretata, sul piano non prettamente normativo, ma di sistema, alla luce del Preambolo e delle Considerazioni generali che le fanno da corollario e da strumenti di interpretazione. Scorrendo il testo della Direttiva se ne rinvergono diverse, nel caso di specie rilevanti.

In primo luogo, viene in rilievo il 2° paragrafo del Preambolo che, da un lato, richiama (ancora) *"le esigenze dei lavoratori"*, cui la forma di lavoro a tempo determinato dovrebbe rispondere, e dall'altro riconosce che i contratti a tempo indeterminato *"sono e continueranno a essere"* la forma comune di rapporti di lavoro.

Ancora, il 5° paragrafo (del Preambolo) sottolinea la necessità di *"elaborare sistemi di sicurezza sociale più favorevoli all'occupazione, sviluppando sistemi di protezione sociale"*.

Vanno poi prese in esame le Considerazioni generali della Direttiva: prima tra tutte, il 5° Considerando della Direttiva sottolinea la necessità di provvedimenti che incrementino

“l'intensità occupazionale della crescita, ... mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività”.

I numeri 6, 7 e 8, viene poi rispettivamente rimarcato che i contratti a tempo indeterminato *“contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati”*, che l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato *“basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi”* e che il lavoro a tempo determinato rappresenta una *“caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività”* atto *“a soddisfare sia i datori che i lavoratori”*.

Alla luce di tali riferimenti e strumenti di interpretazione, nonché dei ragionamenti sopra svolti, è necessario chiedersi se una pratica massiccia delle disposizioni contenute nella riforma sia forse (proprio l'opposto di) un *“sistema ... più favorevole all'occupazione”* o se davvero venga tutelata la *“forma comune del rapporto di lavoro”* che la Direttiva individua nel lavoro a tempo indeterminato. Quest'ultimo sembra uscirne depotenziato, grazie alla *“parziale fungibilità”* con il contratto a termine della durata di 12 mesi, ipotesi che disattende, oltre il dettato europeo, la stessa relazione introduttiva del disegno di legge governativo, ove si legge che l'introduzione di un contratto a termine *“acausale”* avveniva *«nella logica di contrastare non l'utilizzo del contratto a tempo determinato in sé, ma l'uso ripetuto e reiterato per assolvere ad esigenze a cui dovrebbe rispondere il contratto a tempo indeterminato»*.

Ancora, v'è poi da chiedersi se, da un punto di vista *“sociale”* tali previsioni della riforma rispondano alle tante volte richiamati *“desideri”* ed *“esigenze”* dei lavoratori.

Tutti tali aspetti lasciano aperti ampi spazi di perplessità sul piano teorico normativo, che potranno essere non solo scongiurati, ma anche risolti dalla verifica della effettiva esplicazione delle novità contenute nella riforma nel mercato del lavoro ed, eventualmente dalla giurisprudenza, che a tal proposito non si è ancora pronunciata.

2. Le vicende dei contratti a termine: tra effettività e dissuasività dei rimedi e clausola di non regresso

Oltre quelle già esaminate, il legislatore ha previsto una serie di modifiche relative alle vicende dei contratti a tempo determinato ed alla loro successione.

Si è previsto un allungamento della possibile prosecuzione del contratto a termine oltre la scadenza inizialmente prevista: le aziende sono cioè legittimate a continuare a servirsi del lavoratore fino a 30 giorni (e non più 20) dopo la scadenza del termine di un contratto la cui durata sia inferiore a sei mesi e fino a 50 giorni (e non più 30), qualora la durata del

contratto sia maggiore. A fronte di tale “allentamento”¹⁴, si è però previsto l’innovativo onere a carico del datore di lavoro, di comunicare al Centro per l’impiego competente, la prosecuzione nonché la durata (allungata) del rapporto di lavoro: la comunicazione deve essere compiuta “entro la scadenza del termine inizialmente fissato” e proprio questo particolare rende l’adempimento burocratico-amministrativo di difficile qualificazione¹⁵.

Segue un’ulteriore modifica, di segno invece chiaramente restrittivo: è previsto un ampliamento dell’intervallo temporale che deve intercorrere tra un contratto a termine e quello successivo, passato rispettivamente da 10 a 60 giorni e da 20 a 90 giorni a seconda della durata infra o ultrasemestrale del contratto.

È stata inoltre introdotta la possibilità di ridurre tale intervallo “fino a 20 e 30 giorni”, ad opera della contrattazione collettiva nei casi in cui l’assunzione a termine avvenga in relazione a specifiche ipotesi¹⁶. Così come strutturata, quest’ultima modifica si presenta, sul piano della compatibilità europea, conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁷ che tratta la problematica.

Il complesso delle modifiche menzionate rileva però sul piano europeo, in quanto pone il problema del rispetto, da un lato, della clausola 5 dell’Accordo Quadro, il cui oggetto riguarda l’effettività e dissuasività dei rimedi predisposti dallo Stato, volti a prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di “una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato” e dall’altro, della clausola 8.3 dell’Accordo stesso, che disciplina il divieto di abbassamento di tutele nei confronti dei lavoratori (c.d. clausola di non regresso).

¹⁴ Cfr. M. PAPALEONI, cit. che definisce tale previsione “un ulteriore allentamento”, F. CARINCI, cit. che parla di “seconda apertura”.

¹⁵ Infatti, se da un lato si avrà una possibilità “ampliata” di proseguire il rapporto di lavoro, dall’altro si costringe contemporaneamente lo stesso datore ad un adempimento – tecnico - da eseguire in tempi che forse mal si conciliano con le (a volte imprevedibili, o difficilmente prevedibili), esigenze organizzative delle aziende. In questo senso vedi D. COSTA, cit.

¹⁶ In particolare si tratta delle attività stagionali di cui all’art. 4-ter Dlgs. 368/01, delle ipotesi previste dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di alcune specifiche situazioni aziendali, cioè processi organizzativi “tipizzati” dall’art. 5 comma 3 D.lgs. 368/2001.

¹⁷ Cfr. a tale proposito la giurisprudenza della Corte di Giustizia, Adeneler, MGL, 2006, 736; Corte Giust. 7 settembre 2006, nella quale si legge “La clausola 5 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, che stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi della detta clausola.”

Partendo dalla clausola 5¹⁸, il senso intrinseco di questa, si concretizza tanto nell'imporre allo Stato di prevedere un sistema che prevenga gli abusi nella successione dei contratti¹⁹, quanto nel rispetto da parte degli Stati stessi di due dei principi cardine dell'ordinamento europeo²⁰: quelli di equivalenza e di effettività, in base ai quali le norme di diritto interno non dovrebbero rendere né praticamente impossibile, né eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Ancora, la giurisprudenza europea²¹ ha chiarito che i vincoli che gli Stati devono rispettare, in tema di dissuasività ed effettività sono da individuarsi nel fatto che questi ultimi adottino misure tali da non arrecare pregiudizio allo "scopo o effettività dell'Accordo Quadro", garantendo la piena effettività delle misure di prevenzione degli abusi ed eliminando le conseguenze delle violazioni del diritto europeo.

Ora, per quanto riguarda il profilo della compatibilità delle novità introdotte dalla riforma in relazione alla clausola 5 dell'Accordo quadro²², dall'analisi delle stesse emerge che nessuna modifica in sé considerata pare idonea a violare il contenuto di tale clausola, anzi, (come già rilevato), alcune di esse appaiono assolutamente in linea con i principi menzionati²³.

Due sono però i profili di dubbio: il primo è, su un piano più complesso, comprendere se le misure adottate contro l'abuso nella successione dei contratti, risultino per le imprese un deterrente sufficiente rispetto all'utilizzazione distorta degli stessi, quale quella prospettata nel primo paragrafo.

¹⁸ Cfr. sent. Corte di giustizia 23 aprile 2009 Angelidaki, par. 90.

¹⁹La giurisprudenza comunitaria è recentemente intervenuta per chiarire che la "ragione obiettiva" richiamata dalla lettera a) della clausola 5 e di cui devono essere corredati i contratti successivi al primo, si concretizza nelle "ragioni" per le quali il lavoratore è assunto su base temporanea, le quali sono ricondotte a circostanze "precise e concrete" del particolare contesto produttivo, che ne giustificano il ricorso; ciò funge da criterio di verifica funzionale alla successione dei contratti. Ad esempio, con sentenza del 26 gennaio 2012, causa C- 586/10, la Corte di giustizia ha affermato, in relazione alla clausola 5 dell'Accordo citato, che essa deve essere interpretata nel senso che – ad esempio - "*l'esigenza temporanea di personale sostitutivo*", prevista da uno Stato quale causale "tipica" al ricorso al contratto a tempo determinato, può in linea di principio costituire una ragione obiettiva di apposizione del termine, né la ricorrenza frequente o anche permanente della esigenza di sostituzione temporanea comporta di per sé l'esistenza di un abuso.

²⁰ Cfr. in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12, nonché Adeneler C-212/04, punto 95.

²¹ Cfr. Angelidaki, cit., par. 155, 160.

²² Cfr. la giurisprudenza della Corte di Giustizia: pronunce: Corte Giust. 22 novembre 2005, Mangold, MGL, 2006, 222; Corte Giust. 4 luglio 2006, Adeneler, MGL, 2006, 736; Corte Giust. 7 settembre 2006, Marrosu, MGL, 2006, 829; Corte Giust. 23 aprile 2009, Angelidaki, cit.; Corte cost. 4 marzo 2008 n. 44, MGL, 2008, 383.

²³ Obiettivo raggiunto attraverso un irrigidimento della disciplina volto a prevenire gli "inconvenienti" derivanti dai rinnovi contrattuali e una serie di disincentivi che ne circoscrivono l'utilizzo reiterato e ne "costringono" un uso più corretto e non indiscriminato, così delineandosi una disciplina di contrasto all'uso "*improprio e strumentale della flessibilità*" (art. 1 comma 1 lett. c legge 92/12).

Si potrebbe cioè assistere al fatto che, di fronte alle “strette” (correttamente) poste dalla riforma alla successione dei contratti da un lato, e (invece) così agevolate in un ricambio semplificato di lavoratori nel lasso temporale di un anno (apparentemente breve, ma non eccessivamente) dall’altro, le imprese non abbiano più interesse ad intraprendere la via della successione del contratto con il medesimo lavoratore (con tutti i potenziali rischi), ma preferiscano “cambiarlo periodicamente”, esasperando così il meccanismo di uso distorto ed accentuando i profili di possibile incompatibilità con la Direttiva più sopra visti. A tale proposito la problematicità viene rilevata anche sul piano giurisdizionale, poiché i profili di incompatibilità sollevati nel primo paragrafo riguardano il Preambolo e le Considerazioni generali contenuti nella Direttiva e non le clausole della medesima, le uniche sulla cui violazione la Corte di giustizia potrebbe pronunciarsi. Si assisterebbe cioè, ad una lacuna di tutela sul piano europeo.

Il secondo profilo di criticità potrebbe invece essere relativo al fatto che alcune modifiche potrebbero risultare “discutibili” dal punto di vista dell’abbassamento di tutela. Pare pertanto opportuno proseguire il ragionamento con l’argomento successivo.

Quanto alla “clausola di non regresso”, secondo la quale *“l’applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell’ambito coperto dall’accordo stesso”*, va precisato che la sua interpretazione da parte della giurisprudenza europea²⁴ risulta poco incisiva nell’orientare le scelte degli Stati membri in sede di attuazione delle Direttive: infatti, probabilmente al fine di poter ricomprendere le diverse discipline interessate nell’ampio ambito di applicazione *ratione materiae* cui tale principio inerisce, la Corte ne ha imbastito un’interpretazione quanto mai generale.

Nello specifico sembrano rilevare tre pronunce della Corte di giustizia: in primis, nella sentenza *Mangold* si è affermato che *“una reformatio in peius della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è in quanto tale vietata dall’accordo quadro se non è in alcun modo collegata con l’applicazione di questo”*²⁵. Inoltre nella pronuncia “Vino”, al paragrafo

²⁴ Cfr. ad esempio la sentenza della Corte di Giustizia 23 aprile 2009, da C-378 a C-380/2007, *Angelidaki*; su tale argomento cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale KOKOTT (al punto n. 67 delle conclusioni della causa citata), il quale, riguardo alla clausola n. 8.3 dell’Accordo sostiene che “... il suo contenuto dispositivo ... risulta, invece, relativamente modesto”.

²⁵ Cfr. Sentenza *Mangold*. Principio poi ribadito nelle sentenze del 22 aprile 2009 *Angelidaki* e del 24 giugno 2010, *Sorge* e nelle ordinanze del 24 aprile 2009 *Koukou* e del 11 novembre 2010 *Vino* (procedimento C-20/2010).

63, è stato ribadito che l'Accordo Quadro "*mira unicamente a fissare taluni principi generali e requisiti minimi relativi a determinati aspetti limitati*" del lavoro a termine.

Il criterio astrattamente risolutivo della verifica in oggetto, è invece fornito dalla sentenza *Sorge*²⁶, da cui sembrerebbe che la questione dell'abbassamento del livello generale di tutela ruoti intorno ad un test "a triplice scansione", attraverso cui deve passare il vaglio del Giudice nazionale nel controllo del rispetto della clausola 8.3 della richiamata Direttiva. I primi due criteri, di natura quantitativa e qualitativa sono volti a valutare se vi sia una riduzione dei rimedi sostanziali disponibili, e se la riduzione riguardi una ristretta categoria o tutta la categoria dei lavoratori interessati, attraverso la comparazione con le altre garanzie dell'ordinamento.

Il terzo test è invece volto a verificare se la riduzione del livello di tutela sia collegata all'attuazione della Direttiva o, piuttosto, ad un diverso obiettivo di politica sociale (e del lavoro) perseguito dal legislatore interno, di talchè nel secondo caso la modifica sarebbe in linea con i dettami europei.

A proposito dei primi due criteri, va rilevato che la riforma si riferisce (dal punto di vista quantitativo), a tutti i lavoratori a termine e che le modifiche normative, proprio per la loro portata generale²⁷ sono tali da incidere - sembrerebbe in negativo, (da un punto di vista prettamente qualitativo) -, sul livello complessivo di tutela dei lavoratori.

Il terzo criterio individuato sembra dunque quello sul quale può snodarsi l'intera questione.

Il piano della verifica va cioè centrato sul profilo del perseguimento di obiettivi di politica sociale, o del lavoro, finalizzati a soddisfare esigenze di interesse generale, che giustificerebbero eventuali abbassamenti di tutela, quali l'esigenza di agevolare l'accesso al lavoro in un mercato con alto tasso di disoccupazione, o la «certezza del diritto». Queste argomentazioni potrebbero dunque legittimare le riforme *in pejus* ed incidere sulla valutazione dell'impatto della nuova legge sul livello complessivo di tutela garantito dalle normative preesistenti, trovando gli eventuali peggioramenti «motivi validi» diversi dall'implementazione della Direttiva che, se "proporzionali" nella giustificazione addotta, rispetto ad altri valori costituzionali, escluderebbero le suddette modifiche dalle critiche del principio di non regresso. Il controllo inoltre va compiuto sia nei confronti delle novità

²⁶ Cfr. Sentenza CdG 24 giugno 2010, *Sorge*, (procedimento C- 98/09).

²⁷ Toccano le causali, la prosecuzione di fatto del rapporto, gli intervalli tra contratti, termini di decadenza entro i quali effettuare le impugnazioni, risarcimento del danno ecc..

introdotte dalla legge 92/2012 in sé, sia rispetto alle modifiche che questa apporta alle disposizioni già esistenti che a loro volta hanno mutato la normativa principale di recepimento della Direttiva (il D.lgs. 368/2001), estendendo così il giudizio sul possibile “regresso” anche a queste norme²⁸.

Sul piano “pratico”, sempre la pronuncia Sorge ha chiarito che la clausola di non regresso è priva di efficacia diretta e spetta dunque al Giudice del rinvio il compito valutarne l’applicabilità attraverso un’interpretazione conforme alla Direttiva ed agli scopi che la stessa persegue.

Dalla giurisprudenza analizzata – che non fornisce dati del tutto chiarificatori - emerge che non c’è perfetta sovrapposizione del campo di applicazione tra normativa nazionale relativa ai contratti a tempo determinato e Accordo-Quadro: stabilendo solo i principi cardine della materia, quest’ultimo lascia infatti al legislatore interno un ampio spazio di manovra nelle proprie scelte normative, dettate da ragioni di politica sociale interna, le quali possono determinare – perciò - anche un abbassamento di protezione dei lavoratori. Pertanto l’intervento del legislatore interno ben potrebbe rientrare nella discrezionalità attribuitagli.

3. L’approccio processuale e sanzionatorio: l’interpretazione autentica alla luce dei vincoli europei

Altre due sono le modifiche sul contratto a termine, entrambe rilevanti sul piano europeo, seppur con valutazioni diverse sul piano della compatibilità.

La prima novità attiene all’aspetto processuale e riguarda il regime delle decadenze in caso di impugnazione per nullità del termine apposto al contratto. L’articolo 32, comma 3, lett. a) della l. 183/2010 stabiliva che il termine fosse fissato in 60 giorni a decorrere dalla cessazione del medesimo contratto. Questa previsione aveva posto il problema della (eventuale) compromissione dell’effettività della tutela giurisdizionale del lavoratore - rilevante i sensi della già vista clausola 5 dell’Accordo - in quanto, nel breve termine dei suddetti 60 giorni, era ben plausibile prevedere che il lavoratore avrebbe evitato di adire la giustizia nell’attesa (a volte invana e mal riposta) di un eventuale rinnovo contrattuale:

²⁸ Cfr. V. SPEZIALE “ *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012 n. 92*”, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT-153/2012, il quale parla di “*significato ambivalente*” della riforma, 34.

qualora quest'ultimo non si fosse verificato il lavoratore si sarebbe trovato "fuori termine" per agire a propria tutela.

L'intervento legislativo sembra però porre rimedio a tale eventuale conseguenza, prevedendo un raddoppiamento del termine, fissato in 120 giorni, che ragionevolmente elimina il riproporsi della questione evidenziata e che concede di affermare che il legislatore si sia mosso (accortamente) nella direzione della compatibilità europea.

La seconda novità di cui si tratta è posta a conclusione delle modifiche sul contratto a termine e pone profili di perplessità su diversi piani.

Il comma 13 dell'art. 1 della legge 92/12, appunto, fornisce un'interpretazione autentica del 5° comma, art. 32 legge 183/2010, che prevede, nell'ipotesi di conversione del contratto, il diritto del lavoratore a percepire – non più il risarcimento integrale del danno, ma – un'indennità onnicomprensiva non superiore, nel massimo, a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto²⁹. Con questa disposizione di interpretazione autentica viene dunque tolta al lavoratore, la possibilità di vedersi risarcito il danno patrimoniale e non patrimoniale.

La novella specifica che l'indennità onnicomprensiva "*ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore*"; ivi comprese le conseguenze retributive e contributive, per il periodo intercorrente fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento che ordina la "ricostituzione" del rapporto.

La suddetta indennità è stata oggetto di diverse interpretazioni giurisprudenziali: una minoritaria riteneva l'indennità in questione "aggiuntiva" rispetto alle conseguenze derivanti dai comuni principi in tema di "conversione" del contratto e di *mora credendi* ex art. 1206 c.c.³⁰, mentre tra coloro che ne sottolineavano l'aspetto "assorbente" rispetto al risarcimento (ferma restando la conversione), si deve distinguere tra coloro che ne

²⁹ Su tale indennità la dottrina ha ampiamente argomentato: A. VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *MGL*, 2010, 213; P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "Collegato lavoro" alla legge Finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 473; M. CINELLI, G. FERRARO, *La giustizia del lavoro nella visione del "Collegato": crisi del processo e tecniche deflative*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il Contenzioso del lavoro nella Legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, Torino, 2011; I. SENATORI, *Il regime processuale e sanzionatorio del lavoro a termine nella legge n. 183/2010* in F. BASENGHI, A. RUSSO (a cura di), *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti*, Collana Fondazione Marco Biagi, 1, Giappichelli, Torino, 2012.

³⁰ Cfr. in questo senso Trib. Busto Arsizio, 29.11.2010; Trib. Reggio Emilia, 28.04.2011, in *Foro it.* 2011, 6, I, 1743.

sostenevano la legittimità³¹ e chi invece ne denunciava la sospetta illegittimità costituzionale³² per violazione degli artt. 3, 24 e 117 della Costituzione.

Con la sentenza 303/2011 la Corte ha rigettato tali gravami, con evidenti punti di laconicità di motivazione, con riferimento ai profili sia europei, sia convenzionali.

A seguito di tale pronuncia, alcuni giudici di merito³³ hanno tuttavia ritenuto che l'indennità in questione sostituirebbe il risarcimento del danno solo per il periodo che precede il deposito del ricorso, interpretazione poi smentita dalla giurisprudenza di legittimità che, con sentenza 3056/2012 ha aderito alla richiamata interpretazione della Consulta.

In questo senso il comma 13, art. 1 della legge 92/2012 pone fine a dubbi di qualsiasi natura e interviene “codificando” il principio enunciato dalla Corte Costituzionale nella menzionata sentenza 303/11³⁴, ma tra il contenuto di entrambe le novelle susseguitesi e quello della sentenza 303, sembra potersi evincere un parallelo ricostruttivo e di sistema. Infatti, la problematica della compatibilità della disposizione di interpretazione autentica (tanto sul piano europeo, quanto sul piano convenzionale), già ampiamente evidenziata, si ripropone in tutti i suoi aspetti, suggerendo l'aggiramento da parte del legislatore di un problema irrisolto, che tale rimane.

Dal punto di vista normativo, in primis, nascono perplessità con il piano europeo, per sospetta incompatibilità della norma di interpretazione autentica, con le clausole 5 e 8.3 dell'Accordo citato ed in secondo luogo, con quello convenzionale, per potenziale contrasto con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito CEDU) e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Dal punto di vista sistemico invece, la questione è molto più delicata ed attiene ad una scelta metodologica del legislatore il quale, (apparentemente) sembra utilizzare l'occasione della riforma per “chiudere retroattivamente, con disposizione autentica” una vicenda annosa che vedeva coinvolta Poste Italiane. La novità introdotta infatti, nel riproporre la

³¹ Cfr. Trib. Roma, 28 dicembre 2010 in DRI, 2011, 148 e Trib. Bari 1 Dicembre 2010, in DL-RCDDL, 2010, 1040.

³² Cfr. Corte di Cassazione, 28 Gennaio 2011 n. 2112, e Trib. Trani, 1 Dicembre 2010, in DL-RCDDL, 2010, 1040.

³³ Cfr. Trib. Napoli 16 novembre 2011, Corte d'App. Roma 2 febbraio 2012 n. 267, Corte d'App. Roma 14 febbraio 2012 n. 547 e Corte d'App. Torino, 20 dicembre 2011.

³⁴ Stabilendo che l'indennità onnicomprensiva “ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore”, lascia intravedere poco spazio al risarcimento di un eventuale danno di natura non patrimoniale subito dal lavoratore.

soluzione fornita dalla Corte Costituzionale a tal proposito interpellata, non si cura delle molteplici e “sostanziali” polemiche suscitate all’interno del mondo scientifico, delle pronunce giurisprudenziali, nonché dei diversi profili di laconicità insiti nel merito della questione.

Vale la pena scindere il piano europeo da quello convenzionale e ripercorrere i tratti salienti della vicenda dalla quale la modifica promana al fine di distinguere, nella trattazione, il diverso impatto che la scelta del legislatore ha suscitato ed i profili di criticità che paiono sia molteplici, sia grossolanamente (ir)risolti dal legislatore con tale intervento.

Come detto, prendendo in considerazione i vincoli europei, vengono chiamate in causa, principalmente le clausole 5 e 8.3 dell’Accordo-Quadro allegato alla richiamata Direttiva 1999/70/CE.

La clausola 5, già vista - il cui oggetto si riferisce (appunto) all’effettività e dissuasività dei rimedi predisposti dallo Stato - tutela gli abusi derivanti dall’utilizzo di *“una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”*.

A questo proposito, la sproporzione (per difetto) dell’indennità onnicomprensiva, rispetto all’ammontare del danno effettivo astrattamente subito dal lavoratore, rileva in riferimento a tale clausola, in quanto potenzialmente di incentivo al persistere dell’inadempimento, nonché alla proposizione di ulteriori gradi di giudizio da parte del datore di lavoro - a violazione del diritto del cittadino al lavoro e della tutela giurisdizionale del lavoratore -. Tale ipotesi è però stata respinta dalla Corte costituzionale prima, e negata dal legislatore poi, in sede di riforma, sull’assunto (probabilmente concorde), che, sul piano del bilanciamento degli interessi, il diritto al lavoro non è lesa, in quanto l’esigenza di misure di contrasto proporzionate e sufficientemente effettive e dissuasive *“risulta ... soddisfatta dalla sanzione più incisiva”*, cioè la stabilizzazione del rapporto di lavoro e che l’integrale riparazione del danno *“non ha copertura costituzionale”*.

Ciò pone problemi di coordinamento sistematico dell’impostazione nazionale con il contenuto intrinseco della clausola in argomento. Infatti, se si prende in considerazione l’ipotesi di conversione di un rapporto costituito da diversi contratti susseguiti, rimane difficoltoso, anche sul piano astratto ipotizzare che l’indennità onnicomprensiva (in difetto - a volte macroscopico) non renda *“eccessivamente difficile”* l’esercizio e la tutela dei propri diritti da parte del lavoratore e che - ancora - lo Stato in tale modo non arrechi pregiudizio allo “scopo o effettività dell’Accordo Quadro”, garantendo la piena effettività delle misure di prevenzione degli abusi.

In effetti, sul piano pratico, sfugge il deterrente (dunque la dissuasività) che l'impresa potrebbe avere rispetto alla reiterazione anche abnorme di contratti in successione.

Viceversa, sembrano, paradossalmente, inversamente proporzionali: maggiore è il lasso di tempo nel quale si è protratto l'abuso infatti, minore sarà il rischio economico al quale l'azienda andrà incontro.

Su tale profilo la pronuncia della Consulta appariva elusiva, tanto da far pensare ad una sentenza che, sul piano motivazionale e sostanziale, fosse caratterizzata da un vizio genetico.

Le argomentazioni addotte circa la diminuzione del risarcimento a indennità per i lavoratori, non risultavano, infatti, sufficientemente convincenti, in quanto scarsamente motivate ed ancorate ai principi costituzionali ed europei.

Riproponendo l'indennità nella misura massima delle 12 mensilità, il legislatore del 2012 non risolve i dubbi sull'elusività del ragionamento svolto nella pronuncia della Consulta, portando co sé il vizio genetico.

4. (segue) e convenzionali

L'interpretazione autentica fornita nella legge di riforma rileva e si sovrappone - per la sua natura retroattiva - alla problematica suscitata dalla retroattività³⁵ disposta dall'art. 32, comma n. 7 della l. 183/2010 e oggetto della pronuncia 303/2011. Il piano della sovrapposizione è tanto normativo - di cui di seguito -, quanto fattuale, riguardando la vicenda Poste Italiane, e porta con sé l'impatto che la modifica aveva (e avrà) sull'enorme contenzioso che vede coinvolta Poste.

A questo proposito la problematica si sposta dal piano europeo a quello convenzionale, in quanto l'articolo 6 della CEDU, stabilisce che il legislatore nazionale non possa intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse. Tale norma dispone che il legislatore possa regolamentare la materia civile utilizzando nuove disposizioni di portata retroattiva, con il limite di non poter influenzare l'esito di una controversia di cui sia parte lo Stato: una tale ingerenza, sarebbe giustificata solo da ragioni imperative di interesse generale.

³⁵ La sostituzione del vecchio risarcimento del danno da *mora accipiendi* con la nuova indennità omnicomprensiva - porta alla conseguenza che il giudice possa rideterminare anche *in peius* il *quantum debeatur* spettante al lavoratore, già destinatario di una sentenza favorevole in primo grado o in appello.

Al fine di comprendere la vicenda, bisogna considerare che lo strumento classico di intromissione da parte dello Stato, sono appunto le norme retroattive, come quella contenuta nella l. 183/2010, nonché quelle di interpretazione autentica, contenute nella l. 92/2012.

Il ragionamento (probabilmente) seguito dal legislatore del 2012 in merito a tale questione, ricalca quello svolto nella sentenza 303/2011, dalla quale emerge una fortissima difesa del potere nazionale a scapito di quello internazionale.

In primo luogo la Corte costituzionale aveva concluso che non vi era intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia³⁶, in quanto le modifiche (apportate dalla legge 183/2010 e poi dalla legge 92/2012), rientravano in quel "*margin*e di apprezzamento e di adeguamento" riconosciuto dalla CEDU ai diversi ordinamenti nazionali, lasciando a "se stessa" (la Corte costituzionale, appunto) la prerogativa di verificare l'eventuale conflitto tra la Convenzione e la Carta costituzionale.

Attraverso un'analisi della giurisprudenza CEDU in riferimento all'art. 6, nella sentenza 303/11, la Consulta ha precisato che la retroattività della disposizione sull'indennità - ergo, l'interpretazione autentica -, non modifica il piano di parità della parti nel presentare la propria causa³⁷.

In merito a tale profilo però, non veniva - e dunque non viene tutt'ora spiegato in quanto non si evince dai lavori parlamentari - in che modo il lavoratore non risulti svantaggiato - stante il tetto massimo stabilito per la misura dell'indennità - nel caso in cui controparte proponga difese artificiose e/o idonee a prolungare i tempi del processo.

In secondo luogo, la Consulta ha sostenuto che i "motivi imperativi d'interesse generale" richiesti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo a giustificazione della retroattività andavano ricondotti all'esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato "*più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi*", cui il legislatore ha risposto con una forfetizzazione indennitaria del risarcimento del danno.

A tale proposito si potrebbe controbattere che, a premio della certezza del diritto, si è forse diminuita una tutela patrimoniale del lavoratore - in misura massiccia - che altrettanto

³⁶ In dottrina cfr: A. VALLEBONA, ult. op. cit, nello stesso senso: l'autore ritiene che nel caso di specie sia "*fuori luogo invocare la giurisprudenza della CEDU*".

³⁷ Cita a tale proposito le sentenze *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi* del 27 ottobre 1993, § 33, serie A n. 274, e *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis*, succitata, § 46; *Agrati c. Italia*, 7 giugno 2011, § 58; v., altresì, *Maggio e altri c. Italia*, 31 maggio 2011, § 43, nonché, per una ricognizione dei casi trattati, sentenza Corte Costituzionale n. 311 del 2009.

“valeva” sul piano del bilanciamento degli interessi generali, appunto della generalità dei lavoratori. Ma anche questo, uno degli argomenti più difficili da superare, rimaneva e rimane privo di ulteriori spiegazioni.

Sembra potersi affermare che il legislatore, chiarendo le suddette annose questioni interne con una norma di interpretazione autentica abbia cionondimeno lasciato aperte problematiche di ordine tecnicamente “sovranaZIONALE”. Anche a tale proposito l'unico elemento di raffronto astratto si rinviene, anche in relazione a tali aspetti, nella pronuncia 303/2011, sempre stante l'assenza di chiarificazioni nei lavori parlamentari.

Si leggeva in quest'ultima che le ragioni imperative di interesse generale sussistono *“quando il legislatore nazionale sia indotto all'emanazione di una norma di interpretazione autentica e perciò retroattiva, destinata ad operare anche nei processi pendenti e dettata dall'esigenza di accertare l'originaria intenzione del legislatore; oppure dalla necessità di ristabilire la parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico; o ancora, di rimediare ad un'imperfezione tecnica della legge interpretata”*. La prima di tali ipotesi richiamate sembra quella più adatta al caso della legge 92/2012, ma va esclusa, stante il fatto che è la legge 183 e non quella del 2012 all'origine dell'intera vicenda, che peraltro l'ultima novella interpreta utilizzando le medesime parole, non fornendo alcuna ulteriore spiegazione. Né le successive due ipotesi paiono quelle verificatasi nel caso di specie, dunque è necessario chiedersi se, in questo caso, l'emanazione di una norma di interpretazione autentica funga da chiarificazione, o piuttosto da “modalità di aggiramento” degli obblighi derivanti dall'art. 117 Costituzione.

A rafforzare tale dubbio è la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale³⁸. Infatti essa ha stabilito che il limite alla retroattività di una legge civile va individuato nei principi di ragionevolezza e del legittimo affidamento: la norma retroattiva non può ledere, infatti, l'affidamento del privato relativamente a situazioni sostanziali consolidate, neppure in caso di necessità eccezionali³⁹ o di riduzione del contenzioso⁴⁰. Tuttavia la Consulta ha successivamente⁴¹ stabilito che interventi retroattivi possono essere giustificati da *“motivi imperativi di interesse generale”*, valutati dal legislatore interno (e come tali riconosciuti dalla stessa Corte), alla stregua dei principi e dei diritti costituzionali in quanto rientranti

³⁸ Cfr. sentenze Corte Costituzionale n. 376 del 1995, n. 234 del 2007, n. 74 del 2008.

³⁹ Cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 419/2000.

⁴⁰ Cfr. sentenza Corte Costituzionale n. 374/2002.

⁴¹ Si vedano le sentenze della Corte Costituzionale n. 257/2011 e n. 15 del 2012.

nell'ambito di quell'apprezzamento che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo riconosce agli ordinamenti nazionali.

In tal modo la Corte costituzionale prima, ed il legislatore del 2012 poi, sembrano escludere la “competenza” della Corte internazionale a sindacare sulla retroattività di molteplici leggi nazionali – e dunque della legge 92/2012 - sull'assunto che il sindacato della “Corte Europea” è riferibile al singolo caso, mentre la “tutela generale” dei diritti, da bilanciarsi rispetto a quelli costituzionalmente garantiti, rimane di competenza dei singoli Stati membri.

Il permanere di tali “punti scoperti” sembra far emergere che l'interpretazione autentica contenga profili di problematicità che vanno molto oltre il piano nazionale, toccando problematiche attinenti al potere sovranazionale, nonché che la nostra Consulta, ed il legislatore in seguito, abbiano posto in discussione l'impianto garantista dello strumento CEDU.

A conclusione della presente disamina, deve prendersi considerarsi, in una visione sistematica dei rapporti tra disciplina nazionale e sovranazionale, che il diritto europeo ha valore “paracostituzionale”⁴² e che, nel caso di specie, vengono in rilievo, da un lato, una novella legislativa interna e, dall'altro, una Direttiva comunitaria che rinvia ad un Accordo-Quadro.

In questo senso, nel caso si rinvenissero dubbi interpretativi circa la compatibilità tra la novella introdotta dal legislatore con la legge 92/2012 sul contratto di lavoro a termine e la richiamata Direttiva 1999/70/CE, la strada da percorrere sarebbe rappresentata dal “rinvio pregiudiziale”⁴³ alla Corte di giustizia dell'Ue⁴⁴ che, diversamente dalle pronunce di rigetto della Corte costituzionale - da cui i giudici di merito possono talvolta discostarsi⁴⁵ - il “rinvio pregiudiziale” ha il pregio – pratico – di espandere i principi enunciati in chiave interpretativa, anche al di fuori del singolo contesto processuale da cui traggono origine.

In ultimo va evidenziato che un eventuale ricorso alla Corte di Lussemburgo chiamerebbe in causa la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in specie

⁴² La dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona conferma che il diritto dell'Unione prevale sul diritto degli Stati membri.

⁴³ Allo stato, la giurisprudenza europea non consente di ipotizzare, ragionevolmente, previsioni sulla possibile risposta della Corte di giustizia.

⁴⁴ Art. 19 TUE e 267 TFUE.

⁴⁵ Si veda in proposito M. ESPOSITO, “La tutela del lavoratore a termine: sanzioni e varietà dei rimedi risarcitori” in QFBM, Sezione saggi, n. 1/2012.

con gli artt. 20, 21 e 47⁴⁶) alla quale il Trattato di Lisbona - 1° dicembre 2009 - ha conferito valore di “diritto primario” dell’Unione⁴⁷.

Seppure di carattere prevalentemente “ricognitivo” la “Carta” costituisce il *Bill of Rights* dell’Unione, un documento destinato *in primis* proprio alle istituzioni dell’Unione sia nella fase di approvazione che in fase di interpretazione della propria normativa⁴⁸. Le disposizioni in essa contenute fungono da parametri di legittimità, nonché da criteri per l’interpretazione e l’integrazione del diritto dell’Unione e, d’altra parte, in dottrina⁴⁹ è stato osservato come le previsioni della “Carta” immettendosi in ambito interno, si dimostrano in tesi “*idonee a prendere subito il posto delle corrispondenti norme nazionali (perfino costituzionali)*”.

⁴⁶ Rubricati rispettivamente “Uguaglianza davanti alla legge”, “Non discriminazione” e “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”.

⁴⁷ Cfr. art. 6 del Trattato di Lisbona.

⁴⁸ Cfr. articolo n. 51 TUE.

⁴⁹ Cfr. A. RUGGERI, “*Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un’Europa unita*”, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 4/2010, Giuffrè Editore, 902.

**LAVORO A PROGETTO E *CALL CENTER*: UNA COESISTENZA
IMPOSSIBILE? NOTA A SENTENZA DELLA CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE
LAVORO, 21 MARZO 2012, N. 4476**

Massimiliano Vaccari¹
avvocato e dottorando di ricerca Fondazione Marco Biagi

Cassazione civile, Sez. Lav., 21 marzo 2012, n. 4476.

CLASSIFICAZIONE LAVORO SUBORDINATO (Rapporto di) - Autonomia o subordinazione (differenza tra -) - in genere

L'esistenza del vincolo di subordinazione va concretamente accertata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo. Tale ricognizione è accertamento esclusivamente di merito, come tale insindacabile nel giudizio di Cassazione se adeguatamente motivato. (Nella specie la Suprema Corte ha confermato la sentenza di secondo grado che aveva convertito da lavoro parasubordinato a lavoro subordinato l'attività svolta all'interno di un call center sulla base dei seguenti elementi di fatto: svolgimento dell'attività nei locali aziendali; coordinamento della lavoratrice con le esigenze organizzative aziendali; inserimento della lavoratrice stessa nell'organizzazione della società; utilizzazione da parte della lavoratrice di strumenti e mezzi della società senza alcun rischio d'impresa; esistenza di uno stringente assoggettamento al potere di controllo e direttivo, esercitato tramite briefing, ordini di servizio, e assistente di sala; utilizzo di un sistema informatico in grado di controllare l'attività del telefonista; mancata deduzione e prova da parte del committente di violazione ad obblighi contrattuali da parte del collaboratore senza reazioni disciplinari; breve durata dei contratti di collaborazione; irrilevanza della mancanza di predeterminazione dell'orario di lavoro).

¹ Quale Ispettore del Lavoro del 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 l'amministrazione di appartenenza.

SOMMARIO: 1. Il quadro fattuale di riferimento; 2. L'iter argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione; 3. L'elencazione degli indici rivelatori della subordinazione; 4. Elementi difficilmente eliminabili nell'organizzazione del lavoro dei call center; 5. Comportamenti da evitare per i committenti e da ponderare per le Commissioni di certificazione; 6. Conclusioni.

1. Il quadro fattuale di riferimento

La pronuncia in epigrafe ha affrontato la problematica del lavoro in *call center* per il tramite di contratti di lavoro a progetto.

La vicenda fattuale oggetto della pronuncia trae origine a far data dal 2001, anno in cui iniziava una lunga serie contratti parasubordinati tra le parti, dapprima in forma di collaborazione coordinata e continuativa semplice, per così dire e, successivamente alla riforma operata dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con contratti di lavoro a progetto; sino al 2007, anno in cui il rapporto di lavoro veniva a concludersi e la lavoratrice proponeva una causa civile per ottenere il riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dall'inizio dello stesso e della persistenza tra le parti del medesimo o, in subordine, la inefficacia della risoluzione del rapporto di lavoro con ordine di reintegrazione e risarcimento del danno, oltre al versamento dei contributi, nonché per ottenere la condanna del datore di lavoro a una cospicua somma a titolo di differenze retributive e indennità varie.

Successivamente al rigetto integrale della domanda in primo grado, parte attrice proponeva appello, chiedendo la riforma della pronuncia del Tribunale con l'accoglimento delle proprie domande; domande che, a differenza del giudice di prime cure, la Corte di Appello di Roma accoglieva, dichiarando la natura subordinata del rapporto di lavoro e la prosecuzione giuridica dello stesso "sino ad oggi" condannando il datore di lavoro al risarcimento del danno patito dalla lavoratrice, commisurato alle retribuzioni dovute alla stessa dalla messa in mora sino alla decisione, oltre a rivalutazione e interessi.

Il ragionamento posto alla base di tale soluzione sarebbe stato quello, tra l'altro, di rinvenire nei numerosi contratti parasubordinati senza soluzione di continuità una palese subordinazione con la conseguenza che, essendo nulli i termini apposti ai contratti via via succedutisi per mancanza di indicazione dei motivi legittimanti l'assunzione a termine,

doveva ritenersi costituito un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dalla primigenia assunzione.

Non emerge dalla Sentenza in commento e dagli ivi riportati motivi di impugnazione delle Parti, l'analisi da parte della Corte di Appello della sussistenza o meno del Progetto, relativamente agli ultimi contratti intercorsi tra le Parti e ricadenti sotto il regime delineato dagli artt. 61 e ss., del D.Lgs. n. 276/2003. Ciò potrebbe spiegarsi con un metodo unitario della disamina del Giudice di secondo grado, il quale, nella cornice delineata dalle istanze di parte e dalla Sentenza di primo grado, ha dovuto concentrare verosimilmente la propria attenzione all'analisi dei presupposti esecutivi fattuali della prestazione di lavoro unitariamente considerata per tutti gli anni oggetto di indagine, senza aver bisogno di sindacare i requisiti formali di volta in volta delineati per il contratto individuale applicato in forza della legge vigente al tempo della stipulazione. E ciò, com'è facile intuire, al fine di potere, di conseguito, sindacare il dato della sussistenza o meno del Progetto per poter ricadere in una ipotesi di conversione di cui all'art. 69, del D.Lgs. n. 276/2003. Insomma: una prevalenza della sostanza sulla forma per poter addivenire alla conversione.

2. L' iter argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione

L'*iter* argomentativo seguito dalla Suprema Corte per confermare la sentenza di secondo grado si inserisce in un filone di pensiero di per sé già noto e sedimentato nelle impostazioni del Giudice di legittimità. Ciò che sorprende della sentenza in commento è l'applicazione di questi principi al lavoro svolto nell'ambito di *call center* di per sé senza considerare, tra l'altro, neppure liminalmente la distinzione, cara all'impostazione ministeriale, tra *outbound* e *inbound*. Infatti, come la Corte ha più volte affermato, "requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato – ai fini della sua distinzione dal lavoro autonomo – è il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative. L'esistenza di tale vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo"². Inoltre, prosegue la Corte, sintomo

² Conformemente in precedenza si erano già espresse su tale postulato argomentativo le seguenti pronunce: Cassazione civile, Sez. Lav., 4 maggio 2011, n. 9808; Cassazione civile, Sez. Lav., 8 febbraio 2010,

ineludibile “del rapporto di lavoro subordinato – e criterio discretivo, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo – è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l’osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l’inserimento della prestazione medesima nell’organizzazione aziendale e il coordinamento con l’attività imprenditoriale, l’assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali – lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall’assumere valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione del rapporto – possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l’apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull’atteggiarsi del rapporto”³.

Così stando le cose, appare del tutto evidente che la valutazione nei primi due gradi di giudizio dei delicati elementi di fatto sottesi alla controversia diviene un elemento fondamentale nelle sorti finali del giudizio, stante l’impostazione scelta dal codice di procedura civile di considerare il giudizio di cassazione di sola legittimità, con la particolarità prevista dall’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., relativa al vizio di motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio⁴.

3. L’elencazione degli indici rivelatori della subordinazione

Ciò che salta agli occhi in modo piuttosto evidente è l’elencazione dei c.d. indici rivelatori della subordinazione fatta dalla Corte d’Appello e riportata fedelmente dalla Suprema Corte,

n. 2728; Cassazione civile, Sez. Lav., 15 giugno 2009, 13858; Cassazione civile, Sez. Lav., 12 settembre 2003, n. 13448; Cassazione civile, Sez. Lav., 6 giugno 2002, n. 8254; Cassazione civile, Sez. Lav., 21 novembre 2001, n. 14664; Cassazione civile, Sez. Lav., 4 aprile 2001, n. 5036; Cassazione civile, Sez. Lav., 3 aprile 2000, n. 4036; Cassazione civile, Sez. Lav., 16 gennaio 1996, n. 326. Come sviluppi successivi della sedimentata impostazione in parola possono annoverarsi da ultimo Cassazione civile, Sez. lav., 05 marzo 2012, n. 3418; Cassazione civile, Sez. Lav., 09 febbraio 2012, n. 1891; Cassazione civile, Sez. Lav., 29 novembre 2011, n. 25270.

³ Su tale *iter* argomentativo si riscontra il precedente costituito da Cassazione civile, Sez. Lav., 27 febbraio 2007, n. 4500.

⁴ Nello stesso senso Cassazione civile, Sez. Lav., 13 aprile 2012, n. 5886; Cassazione civile, Sez. Lav., 17 novembre 2011, n. 24135; Cassazione civile, Sez. Lav., 20 aprile 2006, n. 9233; Cassazione civile, Sez. Lav., 3 agosto 2000, n. 10206; Cassazione civile, Sez. II, 24 febbraio 1995, n. 2114; Cassazione civile, Sez. III, 31 marzo 2000, n. 3928; Cassazione civile, Sez. III, 29 novembre 1999, n. 13342; Cass. S.U., 11 giugno 1998, n. 5802.

la quale, al di là della scelta di fondo dettata dall'impossibilità di rivisitare il giudizio di fatto, conferma manifestamente l'idea di condividere le impostazioni di fondo del giudice di secondo grado.

Vediamo ora in dettaglio l'elencazione fatta dei dati fattuali rinvenuti dalla Corte di Appello e riportati dalla Suprema Corte:

- "l'attività si svolgeva all'interno dei locali aziendali e la lavoratrice doveva coordinarsi con le esigenze organizzative aziendali e quindi era pienamente inserita nell'organizzazione della società, utilizzando strumenti e mezzi di quest'ultima, senza alcun rischio d'impresa";

- l'esistenza di "uno stringente assoggettamento al potere di controllo e direttivo, poiché l'attività dell'appellante era sottoposta in primo luogo non tanto a generiche direttive, ma ad istruzioni specifiche, sia nell'ambito di briefing finalizzati a fornire informazioni e specifiche in merito alle prestazioni contrattuali", "sia con puntuali ordini di servizio, sia a seguito dell'intervento dell'assistente di sala";

- "il concorso congiunto del sistema informatico, in grado di controllare l'attività del telefonista in tutti i suoi aspetti, e della vigilanza dell'assistente di sala" mostrava "l'esistenza di un controllo particolarmente accentuato ed invasivo, non usuale neppure per la maggior parte dei rapporti subordinati esistenti e quindi inconciliabile con il rapporto autonomo";

- il datore di lavoro "non aveva dedotto né provato la violazione di obblighi contrattuali senza reazioni disciplinari e che comunque, avendo i contratti di collaborazione una durata di pochi mesi ad un'eventuale comportamento disciplinarmente rilevante il committente poteva reagire semplicemente con il mancato rinnovo del contratto" (effettivamente emerso, peraltro, da testimonianza del responsabile degli assistenti di sala in altra causa);

- la possibilità per la lavoratrice "di recarsi o meno a lavoro e di effettuare un orario di lavoro autodeterminato pur nell'ambito delle sei ore di turno previste" non costituisce elemento decisivo per affermare la natura autonoma del rapporto.

4. Elementi difficilmente eliminabili nell'organizzazione del lavoro dei call center

Significativamente, detta elencazione abbraccia molti degli elementi che normalmente ricorrono nell'organizzazione del lavoro delle imprese di settore, le quali spesso scelgono di pianificare il lavoro dei propri collaboratori a progetto seguendo una falsariga pressoché aderente a diverse voci di quelle contestate dalla Corte di Appello prima e dalla Cassazione

poi. Ed è per questo motivo che oggi è giusto chiedersi se lavoro a progetto e *call center* sia o meno una coesistenza impossibile.

Infatti, qualunque lavoratore a progetto di *call center* svolge la propria attività all'interno di locali aziendali, utilizzando strumenti e mezzi aziendali (vale a dire solitamente cuffia e microfono per collegarsi alla linea telefonica e computer, anche questi, generalmente, di proprietà del committente o comunque, a prescindere dal singolo contratto instaurato sul bene, il cui costo di gestione e funzionamento grava interamente sul committente), coordinandosi con le esigenze aziendali.

Altrettanto ricorrente è che all'interno dei *call center* possano svolgersi *briefing* finalizzati a fornire informazioni e specifiche in merito alle prestazioni che si vanno ad eseguire. Pressoché ovunque è previsto il ruolo dell'assistente di sala, ovvero sia o, almeno, dovrebbe essere, una persona che possa aiutare in caso di difficoltà oggettive il collaboratore, il quale ultimo, giuoco forza, avendo una persona in linea al telefono non può permettersi di farla attendere troppo.

Di tutti gli elementi di fatto elencati dalla Suprema Corte, questi ultimi testé ripresi sono difficilmente eliminabili nel lavoro svolto all'interno dei *call center*, in quanto è obiettivamente arduo solo immaginare come possano non ricorrere a livello di organizzazione del lavoro. Per cui delle due l'una: o ammettiamo *tout court* che il lavoro a progetto non sia forma contrattuale genuinamente applicabile nei *call center* – andando, peraltro, contro lo stesso assunto sedimentato nella giurisprudenza della Cassazione citato secondo il quale ogni attività umana economicamente rilevante può essere eseguita, di per sé, tramite lavoro autonomo o subordinato⁵ – ovvero dobbiamo immaginare che a convincere la Corte d'Appello prima e la Corte di Cassazione di riflesso⁶, siano stati principalmente gli altri indici evidenziati, in quanto, ove così non fosse, dovremmo dichiarare la coesistenza tra lavoro a progetto e *call center* una coesistenza impossibile.

⁵ Oltre ai già citati precedenti di legittimità si citano in questa sede, per dare anche una minima panoramica di merito: Tribunale di Bari, 18 novembre 2008, D.SSA SPAGNOLETTI, in *LG*, IPSOA Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2009, 311; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2007, in *DPL*, IPSOA INDICITALIA Wolters Kluwer Italia, Milanofiori Assago, 2008, 707; Tribunale di Milano, 18 aprile 2006, EST. RAVAZZONI, in *D&L*, Milano, 2006, 771; Corte di Appello di Roma, 11 ottobre 2005, PRES. MARINELLI, REL. CAMBRIA, in *LG*, IPSOA Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2006, 614; Corte di Appello di Torino 16 luglio 2003, PRES. PEYRON, REL. GIROLAMI, in *LG*, IPSOA Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2003, 1170; Corte di Appello di Torino, 25 novembre 2003, PRES. BUZANO, REL. MACUSO, in *LG*, IPSOA Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2004, 709.

⁶ Nella cornice di limiti dettati dall'impostazione di fondo *ex art. 360, comma 1, n. 5) c.p.c.*, come detto.

5. Comportamenti da evitare per i committenti e da ponderare per le Commissioni di certificazione

E veniamo così a evidenziare quegli indici di subordinazione più persuasivi, sui quali ovviamente d'ora in avanti le società di *call center* dovranno obiettivamente “aggiustare il tiro”, e che chiaramente le Commissioni di certificazione chiamate a valutare contratti di lavoro a progetto per tale ambito professionale dovranno valutare con maggiore attenzione e rigore.

Sulla ricorrenza o meno del rischio di impresa si può evidenziare che sono sempre più ricorrenti nelle prassi aziendali ipotesi di determinazione del compenso ancorate al raggiungimento dello specifico fine per il quale il collaboratore è collegato all'apparecchio telefonico, a prescindere o in aggiunta ad una parte del compenso calcolata su base fissa. Esemplificando, nel caso di recupero crediti, il collaboratore a progetto sarebbe retribuito in base agli effettivi debitori che accettino di pagare il proprio debito pregresso.

Generalmente ci si trova di fronte a casi di parametrizzazione del compenso in parte in quota fissa e in parte in quota variabile al raggiungimento o meno del risultato. Orbene, questa pronuncia per l'avvenire spinge verso una quantificazione del compenso dei collaboratori unicamente in base ai risultati ottenuti e ciò non è che sia proprio un toccasana per i riflessi futuri sui rapporti di lavoro a progetto, perché ovviamente ogni consulente aziendale da oggi in avanti proporrà di non prevedere un compenso fisso, nemmeno in quota parte. E ciò potrebbe produrre come effetto un possibile e generalizzato abbassamento dei compensi per i lavoratori a progetto, purtroppo apparentemente in aderenza al dato normativo del compenso “proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito”⁷.

In merito alla questione fondamentale e dirimente degli ordini di servizio difficilmente si riesce ad immaginare una soluzione diversa da quella adottata dalla Suprema Corte. Infatti sembra questo un netto punto di frizione con la disciplina del lavoro genuinamente autonomo, un'ingerenza ingiustificata e ingiustificabile che il committente – avveduto – non dovrebbe mai compiere, una disattenzione in cui non dovrebbe mai cadere. L'ordine di servizio è, infatti, l'essenza della subordinazione: chiunque lo effettui deve accettare il rischio di spogliarsi delle proprie angeliche vesti di genuino committente per indossare quelle sulfuree di dissimulato datore di lavoro fordista - taylorista.

⁷ Seguendo la ben nota dizione dell'art. 63, comma 1, del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, nella versione precedente alla c.d. Riforma Fornero, L. 28 giugno 2012, n. 92.

Sulla questione dell'assistente di sala viceversa occorre effettuare dei distinguo, prima di condannare forse un po' troppo frettolosamente una figura che può essere e normalmente è, unicamente di supporto per i collaboratori intenti alla gestione telefonica di un contatto. Infatti, non pare un'eresia pensare all'esistenza di un assistente di sala che introduca il collaboratore a progetto all'utilizzo delle attrezzature messe a disposizione dal committente e possa all'occorrenza risolvere dubbi o problematiche poste dal collaboratore stesso sulla base della singola telefonata intercorrente. Si immagini a dubbi sulla possibilità di limitazioni alla durata della dilazione del debito, per rimanere all'esempio del recupero crediti citato. Viceversa, quello che il c.d. assistente di sala non potrebbe permettersi di fare è fornire direttive specifiche sulle modalità di esecuzione della prestazione del collaboratore, quali, a titolo puramente esemplificativo: indicare al collaboratore quale contatto chiamare; verificare la presenza del collaboratore in orari prestabiliti e di conseguenza provvedere a rimproveri latamente disciplinari per eventuali ritardi o mancanze ovvero comunicarlo a figure aziendali a ciò deputate⁸; imporre al collaboratore un numero minimo obbligatorio di telefonate da effettuare nella giornata, nella settimana o nel mese; quella di imporre al collaboratore l'effettuazione della prestazione di lavoro in determinati giorni o in determinate fasce orarie piuttosto che in altre; insomma, verrebbe da dire, quella di avere un ruolo pressoché di supervisore costante alla singola attività posta in essere *bic et nunc* dal collaboratore, perché ciò farebbe comparire nell'orizzonte del rapporto l'eterodirezione.

Altro punto "dolente" nella gestione dell'attività dei *call center* in generale, e il caso in oggetto pare non faccia eccezione, è l'utilizzo di un programma informatico installato nel computer in uso al collaboratore, dotazione informatica che quest'ultimo utilizza pressoché costantemente per poter svolgere il proprio lavoro. La problematica in questo caso risiede nel fatto che tale programma informatico effettui o possa effettuare un controllo più o meno persistente dell'attività del collaboratore.

L'utilizzo di programmi informatici gestionali dell'attività è pressoché generalizzato, salvo rare eccezioni relative a *call center* di piccole dimensioni⁹, pur tuttavia occorre interrogarsi giustamente sulla sua corretta strutturazione. Infatti, se è logico, com'è logico, che nell'era della digitalizzazione sia praticamente impossibile gestire una qualsiasi attività

⁸ Quest'ultima ipotesi un vero e proprio "cane che si morde la coda", un avvitemento che non può che portare alla subordinazione.

⁹ Nei quali, però, il problema del controllo "a distanza" potrebbe essere di gran lunga superato dal problema, forse anche più socialmente rilevante, del lavoro sommerso.

senza l'ausilio di un relativo programma informatico, pare altrettanto importante pensare e conseguentemente strutturare tale *software* in modo da non ledere già di per sé le prerogative di autonomia nella gestione del rapporto che debbono esser riconosciute ai collaboratori a progetto. E su questo profilo, date le variabili e molteplici soluzioni adottate dal singolo programma utilizzato, diviene difficile fare in questa sede una serie di considerazioni "spicciole" su quale sia attività legittima o meno. Tali valutazioni ovviamente devono essere fatte caso per caso avendo sottomano il relativo gestionale e verificando cosa in concreto questo strumento possa fare. Di certo siffatto *software* non può spingersi a controllare l'attività del collaboratore in tutti i suoi aspetti, dall'orario di lavoro alle pratiche svolte, alle chiamate effettuate, alla durata delle stesse etc. E ancora: vista la particolarità e la delicatezza dell'elemento in questione, che obiettivamente è imprescindibile nella gestione dell'attività di *call center*, diviene oltremodo opportuno che l'analisi e l'eventuale correzione degli aspetti gestionali che possano, per così dire, "passare il segno" siano corretti da apposita *software house* sulla base dell'attività di consulenza delle Commissioni di certificazione, le quali ultime ben potranno concentrarsi sull'analisi del sistema gestionale nell'ambito della propria attività di consulenza relativamente alla Certificazione dei contratti di lavoro a progetto del *call center*, dando così un servizio "a tutto tondo" a entrambe le Parti che, con fiducia nell'imparzialità dell'interlocutore, si rivolgano ad esse.

Ulteriori due punti su cui soffermare l'attenzione sono la mancanza di deduzione o prova da parte del datore di lavoro di eventuali violazioni contrattuali cui non siano seguite reazioni disciplinari e la brevità dei contratti a progetto in essere quale facilitazione per poter espellere il lavoratore non gradito a causa di dette eventuali violazioni ad obblighi contrattuali; due profili intimamente connessi nel ragionamento della Suprema Corte. Infatti, per quanto riguarda il primo punto è di tutta evidenza sottolineare l'importanza per i committenti di annotarsi e documentare il più possibile eventuali casi di violazioni contrattuali cui non siano seguiti comportamenti latamente – non potrebbe essere altrimenti in un rapporto genuino di lavoro a progetto – disciplinari nei confronti del collaboratore, il che diviene però un po' contraddittorio: da un lato, infatti, tali comportamenti non darebbero luogo nell'immediatezza dei fatti a reazione alcuna da parte del committente, mentre, dall'altro lato, il committente medesimo dovrebbe non solo ben ricordarli ma essere anche in grado di provarli nel momento in cui il rapporto dovesse cessare e si instaurasse un contenzioso con il vecchio collaboratore.

Il tutto poi se letto in parallelo con il collegamento alla brevità dei contratti a progetto, che in altre occasioni all'interno della stessa società oggetto della Sentenza in commento ha permesso la non rinnovazione del contratto nelle ipotesi di comportamenti riprovevoli da parte del collaboratore, dà luogo ad una impostazione di fondo piuttosto sfavorevole della Suprema Corte.

Infine, la Corte evidenzia come non abbia alcun rilievo sulla qualificazione del contratto il fatto di non dover soggiacere ad un obbligo di orario di lavoro.

6. Conclusioni

In estrema sintesi ed in conclusione, emerge un orientamento decisamente sfavorevole da parte della Corte di Cassazione sulla applicabilità del contratto di lavoro a progetto nei *call center*. In particolare, si evidenzia che, ad ogni modo, tale orientamento è frutto di valutazioni di fatto proprie del giudice di Appello, cui la Corte di Cassazione non si discosta formalmente anche per la accennata problematica relativa all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. Ciò posto, come sottolineato, alcuni degli indici presi a parametro sono difficilmente eliminabili nell'organizzazione del lavoro propria dei *call center*; da qui nasce il dubbio sulla effettiva possibilità di esistenza della diade *call center* - lavoro a progetto. Come esposto, però, gli ulteriori indici passati in rassegna da ultimo fanno propendere correttamente per la subordinazione e sarà sulla espulsione dall'organizzazione del lavoro all'interno dei *call center* di tali pratiche riconducibili a indici rilevatori che le imprese committenti dovranno meditare in modo certosino, ove astrattamente presenti.

Successivamente alla redazione di questa nota a sentenza, in argomento è intervenuta la L. 28 giugno 2012, n. 92, c.d. Riforma Fornero, la quale ha modificato profondamente la normativa sul lavoro a progetto.¹⁰

Ciò posto e considerato è parso ad ogni modo opportuno mantenere ferme le valutazioni effettuate nella presente nota ai fini della possibile utilità per i giudizi relativi a

¹⁰ Per una disamina approfondita dell'istituto da ultimo riformato vedasi: BUBOLA G., PASQUINI F., VENTURI D., *Il lavoro a progetto*, in MAGNANI M., TIRABOSCHI M. (a cura di), *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*, Giuffré, Milano, 2012, 154 e ss.; PASSALACQUA P., *Il lavoro a progetto*, in PELLACANI G. (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffré, Milano, 2012, 137 e ss.; VACCARI M., *Il lavoro a progetto nella Riforma Fornero*, in corso di pubblicazione in AA.VV., *Studi sulla Riforma Fornero*, QFMB, Ricerche, 2012; VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 31-33.

fatti riconducibili alla vigenza della normativa pre-riforma, rinviando ovviamente la trattazione delle novità da ultimo apparse ad una specifica trattazione.

Su tale ultimo profilo appaiono a prima vista alcune incoerenze del Legislatore della c.d. Riforma Fornero, su cui vale la pena interrogarsi in ottica generale. Si pensi, ad esempio, a quella di prevedere da un lato l'impossibilità per il Progetto di comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi e dall'altro forse legittimare, in parte, la strada a questi medesimi compiti per le attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso *call center outbound* per le quali il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto sia consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento. L'intento del Legislatore era plausibilmente quello di riconoscere a livello normativo la ben nota distinzione tra *call center outbound* e *inbound*, cara all'impostazione del Ministero del Lavoro, volendo spingere definitivamente e irrimediabilmente verso l'alveo della subordinazione, almeno nelle intenzioni, i *call center inbound*. Tuttavia, ove l'intento fosse stato davvero questo, pare di poter affermare che sarebbe stato meglio meditare la normativa in ragione di criteri più omogenei e razionalmente formalizzabili con maggior accuratezza in riferimento alle categorie generali. O forse è un bene per il diritto del lavoro di uno Stato alla perenne rincorsa di una ennesima riforma del mercato del lavoro avere delle semplificazioni interpretative di "minuteria" giuridica date agli operatori di settore? Ci si interroghi serenamente sul punto.

MASSIMILIANO VACCARI

Lavoro a progetto e call center: una coesistenza impossibile? Nota a sentenza della cassazione civile, sezione lavoro, 21 marzo 2012, n. 4476

Cassazione civile, Sez. Lav., 21 marzo 2012, n. 4476.

CLASSIFICAZIONE

LAVORO SUBORDINATO (Rapporto di) - Autonomia o subordinazione (differenza tra -) - in genere

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LAMORGESE Antonio - Presidente -

Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -

Dott. NOBILE Vittorio - rel. Consigliere -

Dott. TRIA Lucia - Consigliere -

Dott. TRICOMI Irene - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 1694/2010 proposto da:

società alfa,(quale incorporante società beta S.P.A.), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA _____, presso lo studio degli avvocati _____ che la rappresentano e difendono,giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

B.R., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA _____, presso lo studio dell'avvocato _____, che la

rappresenta e difende, giusta delega in atti;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 5340/2009 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 15/09/2009 r.g.n. 11363/08;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 02/02/2012 dal Consigliere Dott. VITTORIO NOBILE;

udito l'Avvocato _____;

udito l'Avvocato _____;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. BASILE Tommaso, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

FATTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 26-9-2008 il Giudice del lavoro del Tribunale di Roma rigettava la domanda proposta da B.R. nei confronti della società beta, diretta al riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti dal 4-6-2001 e della persistenza del rapporto, con condanna della società al pagamento delle retribuzioni sino al 30-5-2007, o in subordine dell'inefficacia della risoluzione del rapporto con ordine di reintegrazione e risarcimento del danno, oltre al versamento dei contributi, nonchè ad ottenere la condanna della società al pagamento della somma di Euro 72.804,98, oltre accessori, a titolo di differenze retributive e indennità varie.

Con ricorso depositato il 18-12-2008 la B. proponeva appello avverso la detta sentenza, chiedendone la riforma con l'accoglimento delle proprie domande.

La società alfa, incorporante la società beta, si costituiva chiedendo il rigetto dell'appello.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza depositata il 15-9-2009, dichiarava la natura subordinata del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti dal 4-6-2001 e la prosecuzione giuridica dello stesso "sino ad oggi" e condannava la società a risarcire il danno alla lavoratrice, in misura pari alle retribuzioni dovute dalla messa in mora del 30-5-2007 alla data della sentenza, oltre rivalutazione e interessi.

In sintesi la Corte territoriale accertava che nella fattispecie, nonostante il nomen juris attribuito dalle parti al rapporto (dapprima contratti di collaborazione coordinata e continuativa e poi contratti a progetto, succedutisi senza soluzione di continuità per oltre sei anni), in effetti in base alle risultanze istruttorie sussistevano i requisiti essenziali della subordinazione, con la conseguenza che, essendo comunque nulli i termini apposti ai contratti (perchè privi della indicazione del motivo che giustificasse l'assunzione), doveva ritenersi costituito un unico rapporto a tempo indeterminato sin dall'origine e la società doveva essere condannata a risarcire il danno nella misura pari alle retribuzioni spettanti dalla messa in mora. Nel contempo la Corte di merito dichiarava la nullità della domanda concernente le differenze retributive.

Per la cassazione di tale sentenza la società alfa ha proposto ricorso con un unico complesso motivo.

La B. ha resistito con controricorso.

La società alfa ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

DIRITTO

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, va rilevata la nullità della procura apposta a margine della memoria ex art. 378 c.p.c., depositata per la società alfa, con la quale in particolare risulta conferito mandato "nel presente giudizio", oltre agli avv.ti _____ (già destinatari della procura a margine del ricorso), anche agli avv. Prof.ssa _____, con la conseguente nullità della costituzione in giudizio di questi ultimi due, ferma restando la validità della costituzione dei primi due (nonchè della memoria, quale dagli stessi depositata, con esclusione del deposito dei documenti allegati, come di seguito precisato).

Nel giudizio di cassazione, infatti, come ripetutamente è stato affermato da questa Corte (nel regime anteriore alla L. n. 69 del 2009), "la procura speciale non può essere rilasciata a margine o in calce ad atti diversi dal ricorso o dal controricorso, poichè l'art. 83 c.p.c., comma 3, nell'elencare gli atti in margine o in calce ai quali può essere apposta la procura speciale, indica con riferimento al giudizio di cassazione soltanto quelli sopra individuati; ne consegue che se la procura non è rilasciata in occasione di tali atti, è necessario il suo conferimento nella forma prevista dal comma 2, cit. art. 83, cioè con atto pubblico o con scrittura privata autenticata, facenti riferimento agli elementi essenziali del giudizio, quali l'indicazione delle parti e della sentenza impugnata" (v. fra le altre Cass. 9-4-2009 n. 8708, Cass. 20-8-2009 n. 18528).

D'altra parte nella fattispecie, *ratione temporis*, neppure potrebbe invocarsi (con riguardo alla costituzione degli avv.ti prof.ssa _____) il nuovo testo dell'art. 83 c.p.c., secondo il quale la procura speciale può essere apposta a margine o in calce anche di atti diversi dal ricorso o dal controricorso (come la "memoria di nomina di nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato"), in quanto lo stesso "si applica esclusivamente ai giudizi instaurati in primo grado dopo la data di entrata in vigore della L. n. 69 del 2009, art. 45 (4 luglio 2009), mentre per i procedimenti instaurati anteriormente a tale data, se la procura non viene rilasciata a margine od in calce al ricorso e al controricorso, si deve provvedere al suo conferimento mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata, come previsto dall'art. 83, comma 2" (v. Cass. 26-3-2010 n. 7241, Cass. 28-7-2010 n. 17604).

Sempre in sede preliminare va inoltre dichiarata la inammissibilità del deposito dei documenti allegati alla detta memoria, non riguardando gli stessi la nullità della sentenza

impugnata nè la ammissibilità del ricorso, e comunque neppure essendo stati notificati alla controparte ex art. 372 c.p.c..

Con l'unico complesso motivo la società ricorrente, denunciando violazione degli artt. 1362, 1363 e 2094 c.c. nonchè vizio di motivazione, in primo luogo lamenta che la Corte di merito avrebbe ignorato le risultanze di cui ai verbali di altre due cause analoghe (D.B. e C. c. società beta) e al verbale ispettivo del 21 agosto 2006, acquisiti, trascurando i relativi elementi di fatto dai quali sarebbe potuta scaturire "una decisione diametralmente opposta a quella adottata".

La ricorrente inoltre lamenta che la Corte territoriale, decontestualizzando alcune espressioni del contratto individuale, erroneamente avrebbe "tratto la conclusione di un generale obbligo di coordinamento con le esigenze aziendali", ignorando che il contratto stesso "apprezzato nella sua globalità non rimetteva affatto al datore la facoltà di "conformare" la prestazione dedotta ad oggetto del contratto alle variabili esigenze aziendali, ma individuava preventivamente sia il tipo di attività da svolgere sia l'ambito nel quale questa attività sarebbe stata svolta, per cui anche "l'obbligo di utilizzare un linguaggio appropriato ai contenuti dell'attività professionale, la padronanza del dialogo, la capacità di persuadere, la massima cortesia nei confronti dell'utenza" riguardavano le caratteristiche dell'opera richiesta, del tutto compatibili con le "semplici direttive programmatiche" ed i "controlli estrinseci" propri del lavoro autonomo.

Del resto, per la ricorrente, anche gli altri elementi deponevano per la sussistenza di un lavoro autonomo, in quanto l'assetto contrattuale voluto dalle parti era risultato confermato dal concreto atteggiarsi del rapporto.

In particolare, poi, la ricorrente deduce che:

la Corte di merito non ha considerato che (come emerso dalla testimonianza Be. nella causa D.B.) la partecipazione ai corsi non era obbligatoria;

l'ordine di servizio richiamato riguardava soltanto norme di civile convivenza;

gli assistenti di sala avevano soltanto un ruolo di supervisori, e lungi dall'esercitare un potere direttivo e disciplinare, non esplicavano nei confronti degli operatori alcun potere coercitivo e di controllo;

il badge di entrata serviva solo a sbloccare il tornello, non avvenendo alcuna registrazione della presenza ed il controllo della attività prestata dal singolo addetto, pur consentito dal sistema informatico, non veniva in realtà effettuato in quanto forniva "un dato non rilevante" ai fini della società (come da testimonianza Be. citata);

la distribuzione delle chiamate avveniva in maniera "randomica" ed i compensi erano commisurati ai contatti utili;

il "superstaffaggio" (nella determinazione del numero degli operatori in una determinata fascia oraria) "ovviava non alle assenze fisiologiche, ma alla facoltà dell'operatore di non eseguire la prestazione";

l'obbligo di dare comunicazione per le assenze superiori a 10 giorni era "giustificato dal fatto che gli operatori utilizzavano credenziali che il cliente metteva a disposizione di società beta a titolo oneroso";

non esisteva alcun potere disciplinare nei confronti degli operatori, che erano liberi di recarsi o meno al lavoro, di dimensionare la prestazione giornaliera e di interromperla.

Le censure risultano in parte inammissibili e in parte infondate.

Come questa Corte ha più volte affermato "requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato - ai fini della sua distinzione dal rapporto di lavoro autonomo - è il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative.

L'esistenza di tale vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo. In sede di legittimità è censurabile solo la determinazione dei criteri generali e astratti da applicare al caso concreto, mentre costituisce accertamento di fatto - incensurabile in tale sede, se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi logici e giuridici - la valutazione delle risultanze processuali che hanno indotto il giudice ad includere il rapporto controverso nell'uno o nell'altro schema contrattuale" (v. fra le altre Cass. 21-11-2001 n. 14664, Cass. 12-9-2003 n. 13448, Cass. 6-6-2002 n. 8254, Cass. 4-4-2001 n. 5036, Cass. 3-4-2000 n. 4036, Cass. 16-1-1996 n. 326, nonché da ultimo Cass. 4-5-2011 n. 9808).

"Elemento indefettibile - quindi - del rapporto di lavoro subordinato - e criterio discrezionale, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo - è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno carattere sussidiario e funzione meramente

indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione del rapporto - possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto. Inoltre, non è idoneo a surrogare il criterio della subordinazione nei precisati termini neanche il "nomen iuris" che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti (cosiddetta "autoqualificazione"), il quale, pur costituendo un elemento dal quale non si può in generale prescindere, assume rilievo decisivo ove l'autoqualificazione non risulti in contrasto con le concrete modalità del rapporto medesimo" (v. Cass. 27-2-2007 n. 4500).

Del resto "ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, essendo l'iniziale contratto causa di un rapporto che si protrae nel tempo, la volontà che esso esprime ed il nomen iuris che utilizza non costituiscono fattori assorbenti, diventando l'esecuzione, per il suo fondamento nella volontà inscritta in ogni atto di esecuzione, la sua inerenza all'attuazione della causa contrattuale e la sua protrazione, non solo strumento d'interpretazione della natura e della causa del rapporto di lavoro (ai sensi dell'art. 1362 c.c., comma 2), bensì anche espressione di una nuova eventuale volontà delle parti che, in quanto posteriore, modifica la volontà iniziale conferendo, al rapporto, un nuovo assetto negoziale" (v. Cass. 5-7-2006 n. 15327).

Pertanto, "sia nell'ipotesi in cui le parti, pur volendo attuare un rapporto di lavoro subordinato, abbiano simultaneamente dichiarato di volere un rapporto di lavoro autonomo al fine di eludere la disciplina legale inderogabile in materia, sia nel caso in cui l'espressione verbale abbia tradito la vera intenzione delle parti, sia infine nell'ipotesi in cui, dopo aver voluto realmente il contratto di lavoro autonomo, durante lo svolgimento del rapporto le parti stesse, attraverso fatti concludenti, mostrino di aver mutato intenzione e di essere passate ad un effettivo assetto di interessi corrispondente a quello della subordinazione, il giudice di merito, cui compete di dare l'esatta qualificazione giuridica del rapporto, deve a tal fine attribuire valore prevalente - rispetto al "nomen iuris" adoperato in sede di

conclusione del contratto - al comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto stesso" (v. Cass. 10-4-2000 n. 4533, Cass. 21-7-2000 n. 9617, Cass. 26-6-2001 n. 8407).

Peraltro anche nella materia de qua va ribadito l'indirizzo generale consolidato in base al quale "la valutazione delle risultanze della prova testimoniale, il giudizio sull'attendibilità dei testi e sulla credibilità di alcuni invece che di altri, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice del merito, il quale nel porre a fondamento della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, non incontra altro limite che quello di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti i rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata" (v. Cass. 9-4-2001 n. 5231, Cass. 15-4-2004 n. 7201, Cass. 7-8-2003 n. 11933, Cass. 5-10-2006 n. 21412). Del resto, come pure è stato più volte precisatogli controllo di logicità del giudizio di fatto, consentito dall'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., non equivale alla revisione del "ragionamento decisorio", ossia dell'opzione che ha condotto il giudice del merito ad una determinata soluzione della questione esaminata, posto che una simile revisione, in realtà, non sarebbe altro che un giudizio di fatto e si risolverebbe sostanzialmente in una sua nuova formulazione, contrariamente alla funzione assegnata dall'ordinamento al giudice di legittimità; ne consegue che risulta del tutto estranea all'ambito del vizio di motivazione ogni possibilità per la Suprema Corte di procedere ad un nuovo giudizio di merito attraverso la autonoma, propria valutazione delle risultanze degli atti di causa", (v., fra le altre, da ultimo Cass. 7-6-2005 n. 11789, Cass. 6-3-2006 n. 4766).

Orbene nella fattispecie la Corte d'Appello ha rilevato:

che "l'attività si svolgeva all'interno dei locali aziendali e che la lavoratrice doveva coordinarsi con le esigenze organizzative aziendali e quindi era pienamente inserita nell'organizzazione della società, utilizzando strumenti e mezzi di quest'ultima, senza alcun rischio d'impresa";

che dalle risultanze istruttorie era emerso "anche uno stringente assoggettamento al potere di controllo e direttivo, poichè l'attività dell'appellante era sottoposta in primo luogo non tanto a generiche direttive, ma ad istruzioni specifiche, sia nell'ambito di "briefing finalizzati a fornire informazioni e specifiche in merito alle prestazioni contrattuali" (cfr,

regolamenti integrativi dei contratti), sia con puntuali ordini di servizio, sia a seguito dell'intervento dell'assistente di sala";

che, in sostanza "il concorso congiunto del sistema informatico, in grado di controllare l'attività del telefonista in tutti i suoi aspetti, e della vigilanza dell'assistente di sala" mostrava "l'esistenza di un controllo particolarmente accentuato ed invasivo, non usuale neppure per la maggior parte dei rapporti subordinati esistenti e quindi inconciliabile con il rapporto autonomo";

che nel caso in esame la società non aveva dedotto nè provato la violazione di obblighi contrattuali senza reazioni disciplinari" con riguardo alla B. e che comunque, avendo i contratti di collaborazione una durata di pochi mesi "ad un'eventuale comportamento disciplinarmente rilevante il committente poteva reagire semplicemente con il mancato rinnovo del contratto" (come in effetti emerso dalla testimonianza del responsabile degli assistenti di sala Be. nella causa C.;

che, infine, la possibilità per la lavoratrice "di recarsi o meno a lavoro e di effettuare un orario di lavoro autodeterminato pur nell'ambito delle sei ore di turno previste" non costituiva elemento decisivo per affermare la natura autonoma del rapporto, come ritenuto dal giudice di primo grado.

Tale accertamento di fatto, conforme ai principi di diritto sopra ribaditi, risulta altresì congruamente motivato e resiste alle censure della società ricorrente.

Una volta, infatti, accertato, nel concreto atteggiarsi del rapporto, il vincolo di soggezione del lavoratore con inserimento nell'organizzazione aziendale, correttamente la Corte territoriale ha ritenuto che non poteva assumere rilevanza contraria la non continuità della prestazione e neppure la mancata osservanza di un preciso orario (così come all'uopo irrilevante era la forma della retribuzione).

Per il resto la ricorrente in sostanza si limita a ribadire la propria lettura delle risultanze istruttorie, da un lato lamentando la scarsa considerazione di alcune (peraltro neppure riportandone compiutamente il contenuto, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso, v. Cass. 17-7-.2007 n. 15952, Cass. 27-2- 2009 n. 4849), e dall'altro invocando una inammissibile revisione del "ragionamento decisorio", non suscettibile nel controllo di logicità del giudizio di fatto, consentito dall'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c..

Il ricorso va così respinto, non essendo stata, peraltro, avanzata alcuna ulteriore censura, che riguardi in qualche modo le conseguenze economiche della declaratoria della natura subordinata del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti dal 4-6-2001 ed in

MASSIMILIANO VACCARI

Lavoro a progetto e call center: una coesistenza impossibile? Nota a sentenza della cassazione civile, sezione lavoro, 21 marzo 2012, n. 4476

particolare il capo relativo al risarcimento del danno, come liquidato nell'impugnata sentenza.

In proposito, rileva il Collegio che, con la memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. la società ricorrente, invoca l'applicazione dello *ius superveniens*, rappresentato dalla L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 50, in vigore dal 24 novembre 2010.

Orbene, a prescindere da ogni altra considerazione, va premesso, in via di principio, che costituisce condizione necessaria per poter applicare nel giudizio di legittimità lo *ius superveniens* che abbia introdotto, con efficacia retroattiva, una nuova disciplina del rapporto controverso, il fatto che quest'ultima sia in qualche modo pertinente rispetto alle questioni oggetto di censura nel ricorso, in ragione della natura del controllo di legittimità, il cui perimetro è limitato dagli specifici motivi di ricorso (cfr. Cass. 8 maggio 2006 n. 10547, Cass. 27-2-2004 n. 4070, nonché con riferimento all'art. 32 della stessa legge n. 183 del 2010, in tema di contratti a termine dei dipendenti postali, fra le numerose altre Cass. 26-1-2011 n. 1785).

Tale condizione non sussiste nella fattispecie.

Il ricorso va pertanto respinto e la ricorrente in ragione della soccombenza va condannata al pagamento delle spese in favore della B. con attribuzione all'avv. _____ per dichiarazione di anticipo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente a pagare alla B. le spese liquidate in Euro 70,00 oltre Euro 4.000,00 di onorari, oltre spese generali, IVA e CPA, con attribuzione all'avv. _____.

Così deciso in Roma, il 2 febbraio 2012.

Depositato in Cancelleria il 21 marzo 2012.

L'INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE DELLE NORME "ELASTICHE".

QUAESTIO FACTI E QUAESTIO IURIS*

Alberto Russo

Ricercatore di diritto del lavoro Fondazione Marco Biagi

SOMMARIO: 1. Il dibattito giurisprudenziale sulla interpretazione delle clausole aperte o elastiche: il valore paradigmatico della nozione di "giusta causa" . - 2. I recenti tentativi del legislatore di limitare il potere interpretativo del giudice

1. Il dibattito giurisprudenziale sulla interpretazione delle clausole aperte o elastiche: il valore paradigmatico della nozione di "giusta causa".

Con una recente sentenza del marzo 2013¹, la Suprema Corte ritorna sulla nozione di giusta causa di licenziamento, quale clausola generale (*rectius*: disposizione aperta/elastica), e, in particolare, sulla sua sindacabilità in Cassazione sotto il profilo del controllo di legittimità.

Nel caso di specie, un lavoratore conveniva in giudizio la società datrice di lavoro al fine di chiedere l'annullamento del licenziamento a lui intimato per giusta causa, per avere il lavoratore diffamato la società presentando, insieme con altri 5 dipendenti della stessa, un esposto alla Autorità giudiziaria, per irregolarità che sarebbero state commesse dalla stessa Società, peraltro senza averle previamente segnalate ai superiori gerarchici. Il tribunale respingeva il ricorso dell'ex dipendente e lo stesso faceva anche la Corte d'Appello, affermando la validità del licenziamento. La Cassazione, invece, in accoglimento dei motivi di ricorso del lavoratore, cassa la sentenza impugnata smontando il ragionamento decisorio dei giudici di merito.

In questa sede, peraltro, le motivazioni della Suprema Corte assumono rilievo solo in via indiretta a supporto cioè della ulteriore questione, oggetto del presente contributo, relativa alla interpretazione delle norme c.d. elastiche o aperte, quali norme a variabile contenuto assiologico. Profili questi affrontati in via preliminare dalla sentenza in commento nel respingere l'eccezione di inammissibilità del ricorso perché non rispettoso

* Il presente articolo è una rielaborazione di un articolo già pubblicato nella rivista "Il Giurista del Lavoro", giugno 2013

¹ Cass. 14 marzo 2013, n. 6501

del requisito di cui all'art. 366 bis c.p.c. (applicabile *ratione temporis*)² e contenente mere censure di fatto, in quanto tali estranee ad una valutazione di legittimità.

Sul punto la Suprema Corte, nel tracciare il discrimine tra il giudizio di fatto e quello di diritto, compie una breve ma dettagliata digressione sulla natura della interpretazione nomofilattica della giurisprudenza di Cassazione in tema di giusta causa di licenziamento, sulla base peraltro di considerazioni estendibili a tutte le ipotesi di disposizioni a contenuto indeterminato, non ravvisandovi, del resto, una imprescindibile esigenza di distinzione nemmeno con le clausole generali vere e proprie, in quanto ipotesi comunque accomunate da una attività di integrazione della norma mediante il ricorso a giudizi di valore³. Del resto, anche da una prospettiva meramente quantitativa, il dibattito giurisprudenziale, pur se riferito ad una problematica tipicamente di carattere generale, ha trovato, proprio con riferimento all'art. 2119 c.c., un terreno straordinariamente fertile per le diverse elaborazioni giurisprudenziali, in ragione di un accentuata funzione di raccordo – caratterizzante la norma in questione – tra contesto socio-economico e ordinamento giuridico.

Così precisato, secondo la Cassazione, aderendo all'orientamento oggi prevalente ma tutt'altro che univoco, le necessarie specificazioni del parametro normativo delineato dalle norme c.d. elastiche hanno natura giuridica e la loro violazione o mancata applicazione è quindi denunciabile in sede di legittimità, mentre l'accertamento della concreta ricorrenza e ricostruzione dei fatti che specificano il parametro normativo si pone sul diverso piano del giudizio di merito, incensurabile innanzi alla Corte Suprema se privo di errori logici o giuridici. L'attività di integrazione/interpretazione della norma, prosegue la Corte, non si

² Da evidenziare che la legge n. 69 del 2009 ha abrogato l'articolo 366 bis del c.p.c., ma i procedimenti iniziati prima del 2009 sono ancora sottoposti alla sua disciplina.

³ Condivisibili in questo senso le parole di C. CASTRONOVO in *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 e ss, secondo cui "i concetti indeterminati e clausole generali, forse distinguibili ex latere legislatoris, perdono la loro diversità nel momento dell'applicazione". Per contro, Sovrabbondanti, a mio avviso, quelle ricostruzioni dottrinali (cfr. in particolare MT CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2005, Padova, 103 ss.) che, distinguendo la nozione di clausola generale da quella di norma generale, giungono a differenziare ontologicamente le due categorie anche nella fase applicativa, affermando che nelle norme generali la discrezionalità in capo al giudice sarebbe un discrezionalità di fatto e non produttiva di norme, non rinviando a standard sociali o a regole di condotta espressione di valori, bensì a parametri di riferimento stabiliti dal legislatore quale bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco. Da evidenziare peraltro che la nozione di "giusta causa" è ricondotta, almeno latamente, nella nozione di clausola generale, anche dalla dottrina favorevole alla suddetta distinzione ontologica tra norma generale e clausola generale. Al riguardo, si veda in particolare L. MENGONI, *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in RCDP, 1986, 9. Sull'utilizzo e sul significato delle clausole generali nel diritto del lavoro vedi anche P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990. Per una approfondita analisi semantica delle clausole generali, si veda V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010.

esaurisce conseguentemente nel profilo descrittivo, non coinvolge cioè un mero processo di identificazione dei caratteri del caso singolo con gli elementi della fattispecie legale astratta, ma comprende altresì l'opera di sussunzione al caso concreto.

L'attività giurisdizionale non si differenzerebbe quindi molto da quella del giudice di merito, non potendo limitarsi a prendere atto dei possibili molteplici significati della norma, dovendo pur sempre preferirne uno in base alla sua idoneità a risolvere la controversia, secondo una scelta di valore determinata non da mere convinzioni personali, ma dalla coerenza con gli altri valori presenti nell'ordinamento. L'unico profilo di peculiarità viene conseguentemente individuato nella funzione nomofilattica, dovendo la Cassazione ricercare un'armonizzazione tra diversi enunciati affinché nel loro insieme “facciano sistema”, ossia stabiliscano le condizioni di base di una uniforme interpretazione giurisprudenziale, valore servente rispetto a quello primario, dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

Un simile orientamento, oggi maggioritario⁴, costituisce invero un *revirement* giurisprudenziale operato da poco più di un decennio, avendo la Cassazione fino a quasi tutti gli anni 90⁵ ritenuto insindacabile in sede di giudizio di legittimità i giudizi sussuntivi del fatto a norme elastiche. Del resto, ancora oggi non sono affatto rare pronunce contrarie ad una ingerenza da parte della Corte di cassazione in compiti accertativi e valutativi tradizionalmente devoluti ai giudici di merito⁶.

Secondo tale “tradizionale” orientamento l'applicazione delle norme elastiche non potrebbe essere censurata in sede di legittimità allorquando detta applicazione rappresenti la risultante logica e motivata della specificità dei fatti accertati e valutati nel loro globale contesto. Rimarrebbe, invece, praticabile il sindacato di legittimità per violazione di legge ex art. 360 n. 3 c.p.c. in quei casi - che dovrebbero rimanere marginali - in cui gli standards valutativi, sulla cui base è stata definita la controversia, finiscano per collidere con i principi costituzionali, con quelli generali dell'ordinamento, con precise norme suscettibili - in ragione degli interessi tutelati - di applicazione in via estensiva o analogica, ed, infine, anche in quei casi in cui i suddetti standards valutativi si pongano in contrasto con regole che si configurano - per la costante e pacifica applicazione giurisprudenziale e per il carattere di generalità assunta - come vero e proprio “diritto vivente”.

⁴ Cfr tra le altre Cass., sez. un., 18 gennaio 2001 n. 5, Cass. 22 dicembre 2006, n. 27452

⁵ Cfr tra le altre Cass. 10 gennaio 1997, n. 154, Cass. 19 gennaio 1998 n. 437

⁶ Cfr in particolare Cass. 25 febbraio 2013, n.4654, Cass. 17 agosto 2004, n. 16037

Alcune sentenze⁷, nello stesso senso, ma in modo ancora più chiaro, limitano il sindacato di legittimità per vizio ex art. 360 n. 3 alle sole ipotesi di errore del concetto stesso di giusta causa, valutando la violazione o falsa applicazione di norme di diritto in relazione al mancato rispetto di alcuni generalissimi principi identificativi della nozione in esame, quali: a) la necessità di tener conto anche dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) del fatto, b) la necessaria considerazione di ogni aspetto del caso concreto, c) la necessità che il fatto abbia irrimediabilmente compromesso l'elemento fiduciario, presupposto fondamentale della collaborazione fra le parti nel rapporto di lavoro, da cui l'inadeguatezza di qualsiasi altra sanzione.

Al di fuori di tali principi, emergerebbe l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, rientrante nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità se non per carente o contraddittoria motivazione.

Invero il suddetto controllo di logicità del giudizio di fatto non ha assunto nel panorama giurisprudenziale un univoco significato.

In alcune pronunce è bene chiarito che l'esercizio di un simile controllo "non equivale alla revisione del ragionamento decisorio, ossia dell'opzione che ha condotto il giudice del merito ad una determinata soluzione della questione esaminata, posto che una simile revisione, in realtà, non sarebbe altro che un giudizio di fatto e si risolverebbe sostanzialmente in una sua nuova formulazione, contrariamente alla funzione assegnata dall'ordinamento al giudice di legittimità; ne consegue che risulta del tutto estranea all'ambito del vizio di motivazione ogni possibilità per la Corte di cassazione di procedere ad un nuovo giudizio di merito attraverso l'autonoma, propria valutazione delle risultanze degli atti di causa"⁸.

In altre sentenze, invece, pur affermandosi in linea di principio l'incensurabilità della valutazione del giudice di merito, nell'operare il controllo sulla motivazione, il giudice compie di fatto in modo autonomo una propria valutazione sui fatti, entrando nel merito del giudizio sussuntivo. Del resto anche laddove il giudice richiama il difetto di cui all' art. 360 n. 3 c.p.c., molto spesso lo ha fatto congiuntamente con il controllo sulla motivazione ex art. 360, n.5, controllo che – normalmente – ha assunto nella struttura decisoria rilievo preponderante.

⁷ Cfr in particolare Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514

⁸ Così, recentemente, Cass. 25 febbraio 2013, cit.

La stessa sentenza del marzo 2013 in commento, pur affermando in sede preliminare, che l'operazione di sussunzione della norma al caso concreto è una attività di interpretazione del diritto, richiamandosi la competenza della Cassazione riguardo la violazione e la falsa applicazione delle norme di diritto, in sede poi di esame dei motivi del ricorso, procede a "smontare" l'operazione interpretativa del giudice di merito sulla base del vizio di motivazione.

Non sembra del resto che la recente riformulazione dell'art. 360, n. 5 c.p.c.⁹, possa modificare i termini del dibattito giurisprudenziale, nella misura in cui è del tutto verosimile che la motivazione della decisione non sarà sottratta al controllo di coerenza, sufficienza e logicità, o tramite una interpretazione estensiva dello stesso "nuovo" art. 350 n. 5¹⁰, ovvero riconducendo tale controllo non più (o non solo) ex art. 360, n.5, c.p.c., bensì ex art. 360, n.4, quale *error in procedendo* del giudice¹¹.

Ne deriva quindi un quadro giurisprudenziale estremamente complesso, rispetto al quale, sebbene sia possibile rilevare una tendenziale espansione del controllo di legittimità sulla nozione di giusta causa da parte dei giudici di cassazione, non emergono tuttavia chiari, e soprattutto certi, profili di distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* ed una ancor meno chiara delimitazione tra sindacato diretto ex art. 360 n. 3 c.p.c. e difetto di motivazione ex art. 360 n. 5 c.p.c. (*rectius*: combinato art. 360 n.5 e art. 360 n.4).

L'unico profilo che sembra assurgere - sia pure con diverse sfumature - ad elemento comune tra i vari orientamenti e la necessità che la critica al risultato interpretativo del giudice di merito acquisisca un sufficiente carattere di astrattezza tale da consentire la realizzazione della funzione nomofilattica propria della Cassazione.

Un simile rilievo non sembra però fornire elementi particolarmente utili, nella misura in cui, per un verso, la valutazione del grado di astrattezza e tipicità della soluzione interpretativa adottata resta comunque caratterizzata da un elevato grado di discrezionalità, essendo finanche compatibile con soluzioni che negano a priori il sindacato del giudice di legittimità su questioni sussuntive, per altro verso, la enucleazione di regole di diritto sulla

⁹ L'art.54 del decreto legge 22 giugno 2012, n.83 modifica la formulazione dell'art. 360, n. 5 c.p.c., passando dalla "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio" all'espressione "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

¹⁰ Si tratterebbe cioè di interpretare l'"omissione" nei termini di inidonea analisi del fatto contestato e decisivo, forzando il tenore letterale della norma.

¹¹ Cfr in particolare C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Il Corriere giuridico*, 2012, 10, 1140.

base della analisi di casi concreti non risolve il problema dell'indeterminatezza delle clausole generali, ma semplicemente lo "sposta" in sede applicativa.

Da questa prospettiva, appare allora evidente che, in funzione di certezza di diritto, sarebbe augurabile una parziale attenuazione della prospettiva sistematica a vantaggio di un metodo statistico, secondo modalità analoghe a quelle proprie della tecnica del precedente adottata nei Paesi di *common law*. E' peraltro condivisibile lo scetticismo avanzato dalla dottrina sulla idoneità dei nostri giudici a svolgere una simile operazione.

2. I recenti tentativi del legislatore di limitare il potere interpretativo del giudice

E' lo stesso legislatore a condividere un simile scetticismo, laddove in questi ultimi anni ha cercato di porre un limite al potere interpretativo del giudice, proprio con riferimento alle disposizioni elastiche. Il riferimento più immediato è certamente alla legge n. 183/2010 c.d. collegato al lavoro¹².

In particolare l'art. 30, co. 1, della menzionata legge, facendo riferimento a tutti i casi in cui le norme lavoristiche contengono «clausole generali», ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro (ad es., la causale giustificativa del contratto di lavoro a termine), esercizio dei poteri datoriali (ad es., il trasferimento di un lavoratore), trasferimento di azienda (la nozione di ramo d'azienda?) e recesso (il giustificato motivo e la giusta causa di licenziamento), ha disposto che in tali casi il controllo del giudice deve ritenersi limitato all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.

Con tale intervento il legislatore, sembra voler escludere, fin dal giudizio di primo grado, il controllo di merito sulle scelte datoriali, almeno nella misura in cui siano dirette applicazioni di disposizioni normative elastiche, fermo restando che il limite del sindacato giudiziale non attiene ad una questione di riparto di competenze, fondandosi invece su una precisa valutazione del legislatore *rationae materiae* volta a considerare il merito delle scelte in questione non controllabile ex art. 41 Cost..

¹² Per un approfondimento sulle novità del Collegato 2010 vedi in particolare, L. NOGLER, M. MARINELLI, (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro : (Legge 4 novembre 2010, n. 183)*, Utet, Torino, 2012; F. BASENGHI, A. RUSSO (a cura di), *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti*, Collana Fondazione Biagi, Giappichelli, Torino, 2012

Secondo alcuni autori¹³, sul presupposto che nel procedimento sillogistico la valutazione di legittimità si confonde inevitabilmente con quella di merito, il controllo giudiziale verrebbe in questo modo ridotto ad una mera verifica della sussistenza delle ragioni indicate e del nesso di causalità tra tali ragioni e il provvedimento adottato.

Invero, più condivisibili sono quelle opinioni¹⁴ – maggioritarie – secondo cui l'accertamento del presupposto di legittimità non potrebbe ragionevolmente concernere solo la sussunzione della fattispecie concreta sotto la norma così come altrove interpretata, bensì anche la determinazione *in abstracto* del contenuto precettivo della norma stessa, alla luce di tutti gli elementi rilevanti del caso. Del resto, non potrebbe essere esclusa una valutazione di conformità con l'art. 3 Cost; da cui, in ogni caso, la sindacabilità delle scelte datoriali sotto il profilo della ragionevolezza, proporzionalità, imparzialità, in un'ottica di comparazione complessiva degli interessi coinvolti.

Sembra quindi improbabile che una siffatta norma possa realmente incidere sull'atteggiamento dei giudici, anche per il semplice motivo che l'impossibilità di valutare l'opportunità delle scelte datoriali, nel rispetto del principio costituzionale di libertà economica, costituisce una direttiva già da tempo fatta propria dalla giurisprudenza prevalente¹⁵. L'esplicito richiamo legislativo potrebbe semmai avere la funzione di rafforzare la suddetta direttiva, riducendo quelle operazioni manipolative dei giudici volte a tradire nei fatti il principio da essi stessi richiamato. Più verosimile è peraltro l'ipotesi che i giudici resteranno completamente indifferenti alla modifica. Del resto, l'estrema varietà delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza in tema di somministrazione e soprattutto di lavoro a progetto, pur in presenza di una norma di contenuto analogo (rispettivamente, art. 27, comma 3 e art. 69, comma 3 d.lgs n. 276/2003) costituisce un importante indizio in questo senso.

Ulteriore tentativo di limitare il potere interpretativo del giudice è compiuto dall'art. 30, comma 3 del Collegato in cui si prevede che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più

¹³ Vedi in particolare G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e ruolo della magistratura del lavoro nelle recenti riforme*, in F. BASENGHI, A. RUSSO (a cura di), op.cit., 3 ss.

¹⁴ Cfr in particolare R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, 2012, 03, 461

¹⁵ In questo senso cfr in particolare M.T. CARINCI, *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30 l. n. 183/2010*, in L. NOGLER, M. MARINELLI, op. cit, 216, che evidenzia come la norma in questione “non fa che ribadire un orientamento giurisprudenziale consolidato”.

rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni”.

Tale disposizione non sembra peraltro avere una reale portata innovativa in quanto non individua una ipotesi di derogabilità assistita, dovendo infatti il giudice prendere atto di quanto stabilito dalle parti collettive o individuali, potendo però discostarsene sulla base di una diversa ricostruzione della fattispecie¹⁶. In particolare, non si ravviserebbe un significativo elemento di discontinuità con la tradizionale affermazione della giurisprudenza, secondo la quale, anche nell'ipotesi in cui la disciplina collettiva preveda un determinato comportamento quale giusta causa di licenziamento, il giudice investito della legittimità di tale recesso deve comunque valutare alla stregua dei parametri di cui all'art. 2119 c.c., l'effettiva gravità del comportamento stesso alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, tenendo anche conto dell'elemento intenzionale che ha sorretto la condotta del lavoratore¹⁷.

Da evidenziare che la legge n. 92/2012, nel modificare l'art. 18 St. Lav., stabilisce espressamente che il licenziamento operato per condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi determina la più grave sanzione della reintegrazione. Si deduce quindi in modo inequivoco la possibilità dei contratti collettivi di vincolare in negativo la nozione di giusta causa o giustificato motivo. Principio, del resto già affermato costantemente dalla giurisprudenza, trattandosi di una condizione di migliore favore, fatta espressamente salva ex art. 12 legge n. 604/1966¹⁸.

Riguardo le previsioni del contratto individuale “assistite” dalle Commissioni di certificazione, il profilo di novità, con tutte le limitazioni di cui sopra, è però certamente maggiore, configurandosi un obbligo del giudice di valutare in sede di motivazione le tipizzazioni effettuate dalle parti, tipizzazioni altrimenti prive di un reale valore indicativo, anche in considerazione del fatto che l'art. 7 comma 1 St. lav. non contempla il contratto individuale tra le fonti del codice disciplinare. Resta peraltro la considerazione che, non agendo in funzione di derogabilità assistita, le Commissioni di certificazione non

¹⁶ In questo senso cfr in particolare A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il “collegato”* 2010, *MGL*, n. 4,211, secondo il quale, “la nuova disposizione (...) non riduce la discrezionalità del giudice ed, anzi, la salvaguardia ulteriormente”.

¹⁷ Cfr recentemente Cass. 26 aprile 2012, n. 6498

¹⁸ Cfr in particolare Cass. 9 luglio 2007, n. 15344

potrebbero comunque contraddire le determinazioni della autonomia collettiva, operando conseguentemente solo in funzione integrativa.

Ancor più pretenzioso, almeno nella volontà del legislatore, è l'art. 30, co. 2 della stessa legge n. 183/2010, laddove dispone che nella qualificazione del contratto di lavoro il giudice non può discostarsi dalle valutazioni espresse dalle parti in sede di certificazione dei contratti di lavoro¹⁹, rendendo quindi incontestabili giudizialmente, in punto di qualificazione, le previsioni sul tipo contrattuale, tanto più nei casi in cui la qualificazione dipende dalla interpretazione/applicazione di disposizioni a contenuto aperto. Si pensi al caso del lavoro a progetto e soprattutto alla causale oggettiva del lavoro a termine. In realtà, questo schema tanto ambizioso nelle premesse trova nella stessa legge una quasi totale neutralizzazione, potendo il contratto certificato essere contestato, tra gli altri motivi, anche per errore dell'organo di certificazione nella qualificazione del contratto.

Da evidenziare che recentemente alcune sentenze del Tribunale di Milano²⁰, sulla base di una interpretazione sistematica della norma volta a valorizzare al massimo grado la *ratio* deflattiva della stessa, hanno affermato, in evidente contrasto con la lettera della legge, che l'errore nella qualificazione del contratto attiene ad un vizio rientrante nella categoria dell'eccesso di potere, cosicché non sarebbe possibile contestare davanti al giudice del lavoro la legittimità dell'apposizione del termine per genericità della ragione indicata in contratto senza aver prima impugnato l'atto di certificazione avanti al TAR competente, ottenendone l'annullamento per aver l'organo certificatore ecceduto i propri poteri ovvero fatto cattivo esercizio di essi (rispettivamente, eccesso di potere c.d. "in astratto" ed "in concreto")".

Se fosse avvalorata questa tesi, le conseguenze sarebbero deflagranti, in quanto, esauriti i termini per la presentazione del ricorso amministrativo, la qualificazione operata dall'ente certificatore sarebbe sostanzialmente inoppugnabile, almeno in senso formale, potendo il giudice ordinario addivenire ad una diversa qualificazione solo per vizio del consenso o per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. E se è vero che tale ultima ipotesi copre la stragrande maggioranza del contenzioso in tema di autonomia/subordinazione, non così è per il lavoro a tempo determinato, essendo il contenzioso concentrato pressoché esclusivamente sul rispetto del "causalone" di legittima

¹⁹ Per una sintetica ricostruzione delle diverse letture dottrinali riguardo la disposizione in esame, mi sia concesso di rinviare a un mio contributo, A. RUSSO, *Alcune considerazioni sulle novità in materia di certificazione: rafforzamento del dialogo tra giudice e commissione*, in F. BASENGHI, A. RUSSO (a cura di), op.cit., 129 ss..

²⁰ Vedi Trib. Milano 5 marzo 2013, Trib. Milano 8 aprile 2013, Trib. Milano 29 maggio 2012.

ALBERTO RUSSO

L'interpretazione giudiziale delle norme "elastiche". Quaestio facti e quaestio iuris

apposizione del termine. In tali casi, quindi, il provvedimento di certificazione assumerebbe una formidabile efficacia giuridica.