

Diritto & Pratica del **Lavoro**

Settimanale di amministrazione, gestione del personale,
relazioni industriali e consulenza del lavoro

Commentario alla Riforma Fornero

(Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)

Licenziamenti e rito speciale, contratti,
ammortizzatori e politiche attive

A cura di Franco Carinci e Michele Miscione

00129961 - Supplemento a Diritto & Pratica del lavoro n. 33 del 15 settembre 2012



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Diritto & Pratica del Lavoro

SETTIMANALE DI AMMINISTRAZIONE,
GESTIONE DEL PERSONALE,
RELAZIONI INDUSTRIALI
E CONSULENZA DEL LAVORO

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET:

Compresa nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.dottrinaelavoro.it

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

COMITATO SCIENTIFICO

Alfredo Casotti, Maria Rosa Gheido, Pierluigi Rausei,
Francesco Rotondi, Angelo Sica, Pierguido Soprani,
Gianluca Spolverato

REDAZIONE

Federica Calcagno, Antonella Carrara, Massimo Mutti,
Evelin Oneta

REALIZZAZIONE GRAFICA a cura di:

Ipsoa - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche s.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 -
Tel. 02/57789422

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

REDAZIONE

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione

Diritto & Pratica
del
Lavoro

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02.82476.550 - telefax 02.82476.436

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati,
cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono 02.824761 - telefax 02.82476.799

Servizio risposta automatica:
telefono 02.82476.999

PUBBLICITÀ:

dbConsulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 578 del 24 dicembre 1983
Spedizione in abbonamento postale - 45% - art. 2 comma 20/b
legge 662/96 - Filiale di Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre;
rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati,
in assenza di disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters
Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori Assago (MI).
Servizio clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it -
www.ipsoa.it/servizioclienti

ITALIA - Abbonamento annuale: Euro 319,00

ESTERO - Abbonamento annuale: Euro 638,00

Prezzo copia: Euro 10,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

A decorrere dal 1° gennaio 2002, a seguito dell'introduzione dell'Euro nell'ordinamento nazionale per effetto del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213, tutti gli importi espressi in lire nelle vigenti disposizioni normative si intendono espressi in Euro, secondo il tasso di conversione ufficiale (1 EURO = Lire 1936,27).
Il provvedimento n. 213/98 disciplina inoltre le regole di arrotondamento secondo la natura degli importi da convertire.

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (Mi).

SOMMARIO

Presentazione	VII
<i>di Franco Carinci e Michele Miscione</i>	
Nota sugli autori	XII

Parte I

I LICENZIAMENTI E IL RITO SPECIALE

Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al D.Lgs. n. 165/2001	3
<i>di Franco Carinci</i>	
Finalità, monitoraggio, oneri finanziari	5
<i>di Franco Carinci</i>	
Le modifiche del Parlamento alla legge Fornero sul lavoro con riferimento alle norme sulla c.d. flessibilità in entrata	8
<i>di Giuliano Cazzola</i>	
Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale	14
<i>di Domenico Borghesi</i>	
L'impugnazione del licenziamento: limiti al sindacato giurisdizionale e specialità del rito. Primi spunti di riflessione	22
<i>di Paola Cosmai</i>	
Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale	30
<i>di Carlo Cester</i>	
Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata	39
<i>di Elena Pasqualetto</i>	
Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.	49
<i>di Marco Tremolada</i>	
Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento	62
<i>di Adriana Topo</i>	
Il licenziamento inefficace	72
<i>di Franco Carinci</i>	
La revoca del licenziamento	77
<i>di Irene Corso</i>	
Decorrenza ed eventi sospensivi del nuovo licenziamento.	82
<i>di Marco Frediani</i>	
Licenziamenti collettivi	85
<i>di Luigi Angiello</i>	

Parte II

CONTRATTI, AMMORTIZZATORI, POLITICHE ATTIVE

Contratto a termine: nuove regole	93
<i>di Luigi Menghini</i>	
Lavoro accessorio, “partite iva”, contratto d’inserimento e stage	104
<i>di Michele Miscione</i>	
L’apprendistato	112
<i>di Franco Carinci</i>	
Lavoro a tempo parziale: meno <i>flex</i>, più <i>security</i>	118
<i>di Marina Brollo</i>	
Maternità e paternità	124
<i>di Donata Gottardi</i>	
Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto	128
<i>di Maria Giovanna Mattarolo</i>	
Le novità normative sul lavoro a progetto e sulle prestazioni di lavoro autonomo rese dalle partite iva nella L. n. 92/2012 (art. 1, c. 23-27)	137
<i>di Giuseppe Santoro Passarelli</i>	
Associazione in partecipazione	142
<i>di Paolo Tosi</i>	
Assunzioni di disabili: rafforzamento delle norme	145
<i>di Francesca Limena</i>	
Le dimissioni del lavoratore dalla L. 188/2007 alla riforma del 2012	153
<i>di Maurizio Del Conte</i>	
Appalto di opere o di servizi e solidarietà	158
<i>di Paolo Tosi</i>	
Gli ammortizzatori sociali	166
<i>di Domenico Garofalo</i>	
Gli incentivi alle assunzioni	186
<i>di Domenico Garofalo</i>	
Politiche attive e servizi per l’impiego	192
<i>di Valeria Fili</i>	
“Gli esami non finiscono mai”: le politiche per l’occupabilità passano per l’apprendimento permanente e la certificazione delle competenze	200
<i>di Vincenzo De Michele</i>	
La delega sulla partecipazione dei lavoratori: verso un nuovo modello di relazioni industriali?	208
<i>di Emanuele Menegatti</i>	

PRESENTAZIONE

La «Riforma Fornero» (L. n. 92/2012)

di Franco Carinci – già *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna*
e di Michele Miscione - *Professore ordinario di Diritto del lavoro*

I. Come ogni primo commento ad un nuovo intervento legislativo, anche questo non pretende essere in alcun modo esaustivo e tanto meno risolutivo; ma solo costituire un contributo al dialogo apertosi in questo scorcio estivo, propedeutico a quel pronunciamento giurisprudenziale che solo potrà permettere un approccio più ponderato e realistico. Tanto più che l'intervento in parola costituisce una vera e propria riforma del diritto del lavoro, comparabile per dimensione e rilevanza a quella di circa un decennio fa, con una continuità di immagine che non trova riscontro nella disciplina.

Le c.d. riforma Biagi e Fornero sono entrambe destinate a segnare la politica di un Governo, del secondo Berlusconi e di Monti, con la conclamata intenzione di rendere più europea la regolamentazione del nostro mercato del lavoro, tramite una accresciuta “flessibilità” nella provvista della forza lavoro. Ma minore è stata la libertà di manovra usufruibile da un Governo “politico” di centro-destra *vis-à-vis* di quella di un Governo “tecnico” di unità nazionale, peraltro a fronte di una situazione del mercato del lavoro migliore allora di ora. Sicché la riforma Biagi sarà costretta a giocare sulla sola flessibilità “in entrata”, tramite una ricca tipologia contrattuale c.d. “atipica”, essendole preclusa qualsiasi possibilità di intervenire su quella “in uscita”; mentre la riforma Fornero potrà compensare una stretta sulla flessibilità “in entrata” con una apertura su quella “in uscita”.

A ben guardare al termine della lunga gestazione della riforma, non è che la conclamata ed enfatizzata stretta sulla flessibilità “in entrata” si sia rivelata un gran che: dal punto di vista quantitativo, l'unico contratto soppresso è stato quello d'inserimento, con un recupero del suo potenziale ex-beneficiario a livello di sostegno sul mercato del lavoro; mentre dal punto di vista qualitativo, il bilancio finale è risultato di sostanziale pareggio. Il fatto è che cammin facendo ad avere buon gioco è stato un *pressing* confindustriale, confortato e rafforzato da un andamento del mercato del lavoro destinato a far passare in secondo piano il problema del “preariato” rispetto a quello della “disoccupazione”, ormai aggirantesi intorno alle due cifre.

L'autentica svolta, questa si destinata a far celebrare la riforma Fornero come “storica”, riguarda la flessibilità “in uscita”, con la irreversibile caduta della mitica tutela reale, quale unica ed esclusiva sanzione della illegittimità del licenziamento individuale effettuato con riguardo ad una unità produttiva o ad un'impresa al di sopra dei limiti occupazionali previsti dall'art. 18 St. lav.

Non meno discussa della prima è stata la seconda parte della riforma Fornero, che qui si stacca decisamente da quella Biagi, perché affronta se pur dilatandola nel tempo la questione degli ammortizzatori sociali, non certo nella prospettiva di una *flexsecurity* celebrata a parole, ma disattesa nei fatti, bensì di una riduzione di spesa. Solo che la duplice concorrente stretta sulle pensioni e sugli ammortizzatori sociali sta avendo una ricaduta pesantissima sulla fascia di età fra i cinquanta ed i sessanta anni, oggi investita in pieno dalla crisi occupazionale, si da aver attivato una iniziativa parlamentare correttiva attualmente in corso.

II. La riforma Fornero non è uscita dal Parlamento così come vi era entrata; né questa era nell'effettiva possibilità del Governo, che avrebbe sì voluto licenziarla con un decreto legge, se non avesse trovato sulla sua strada il disco rosso del Pd. Di fatto al di là ed al di sopra di una consultazione condotta fra un Ministro con a sua parola d'ordine “o così o tutti a casa”, una Cgil arroccata in una difesa intransigente ed una Cisl alla ricerca confusa di una posizione mediana; la partita si è giocata fra il Presidente del Consiglio e l'ormai famoso acronimo Abc (Alfano, Bersa-

ni, Casini). Presentata con una dote di ben 77 articoli, verrà emendata al Senato; poi accorpata in soli 4 mega-articoli e passata alla Camera con altrettanti voti di fiducia, non senza essere accompagnata da un'esplicita dichiarazione del Presidente del Consiglio sulla disponibilità del Governo ad una sua tempestiva modifica nelle materie "calde" della flessibilità "in entrata" e dei c.d. esodati. Così è diventata la l. 28 giugno 2012, n. 92, con un art. 1, sui contratti, di 69 commi, un art. 2, sugli ammortizzatori sociali, di 73, un art. 3, sulle tutele in costanza di rapporto, di 49 ed un art. 4 di "ulteriori disposizioni", di 79; ed è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 3 luglio 2012 ed è entrata in vigore il 18 luglio 2012. E, non senza l'intento di occultarne quella rilevanza tanto pubblicizzata nel corso della sua gestazione ma divenuta via via più ostica, la rubrica risulta sottodimensionata a "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro", nonché nobilitata con l'aggiunta di "in prospettiva di crescita".

Questa è l'evidenza condivisibile da tutti; mentre è una valutazione attribuibile solo a chi scrive, senza alcun coinvolgimento dei co-autori del commento, quella che evidenzia la rottura con la precedente esperienza di concertazione, per quanto fosse discontinua e variabile. A far da interlocutori espliciti e pubblicizzati sono stati i partiti e non più i sindacati, secondo quanto voluto e teorizzato dallo stesso premier, nel sostanziale silenzio di quel vociante partito politico culturale che, al tempo del Libro Bianco del secondo Governo Berlusconi, aveva tuonato contro l'abbandono di una concertazione a tutto campo a pro di un dialogo sociale settoriale e specifico.

Il che si inserisce in una visione "tecnocratica" propria per formazione e carriera del nostro Presidente del Consiglio, che considera disturbante qualsiasi mediazione, non solo sociale, come ben testimonia l'insofferenza per la concertazione, fatta oggetto di pesante ironia; ma anche partitica, come ben prova l'allergia per la stessa attività parlamentare, compressa e coartata con un'autentica alluvione di voti di fiducia e trattata con sufficienza. Non è una questione strettamente personale del premier, perché proprio questa visione "tecnocratica" è stata alla base della scelta del Presidente della Repubblica, che, a giudizio di chi scrive, ha compiuto l'errore di ritenere la democrazia incapace di far fronte ad una situazione di emergenza, con la fisiologica attribuzione dell'ultima parola al "popolo"; si da delegittimare in partenza un Governo che non solo deve chiedere enormi sacrifici ma addirittura dovrebbe procedere a cessioni di sovranità a istituzioni sovra-nazionali. Il rischio reale è che, alla scadenza elettorale del prossimo anno, questo Governo riconsegna un Paese ancora in pieno travaglio economico e finanziario, ma per di più democraticamente collassato, per l'assenza sia di un'autentica *union sacrée* sia di una fisiologica dialettica maggioranza/opposizione.

Di fatto è una visione "tecnocratica" che deve scontare un'ammucchiata parlamentare tenuta insieme, in apparenza, dall'ostinazione del Presidente della Repubblica a salvare la legislatura; ma, in realtà, dalla paura delle elezioni, per il Pd perché preoccupato di vincerle, per il Pdl perché sicuro di perderle. Del che la riforma Fornero ha inevitabilmente risentito anche dopo il suo varo, ieri, con riguardo alla flessibilità "in entrata", tanto da essere rivista dal successivo decreto sviluppo; e, oggi, con rispetto agli ammortizzatori sociali, oggetto di ripensamenti ed aggiornamenti.

Sembrirebbe che il punto di maggior tenuta della riforma sia stato proprio quello relativo all'art. 18 St. lav. Di certo è stato quello ritenuto dal Governo più emblematico e significativo con riguardo al mondo esterno, comunitario ed extra-comunitario, proprio per l'altissimo valore simbolico rivestito dalla tutela reale, vera e propria linea del Piave del sindacalismo uscito vittorioso dall'"autunno caldo" del '68. Tant'è che pur di accreditare questo messaggio, il Governo ha finito per dar semaforo verde ad un testo assemblato alla meglio, difficile da leggere in italiano, impossibile da tradurre in inglese, sì da far dubitare che qualcuno all'estero sia in grado di capirci qualcosa.

Così come c'è stata restituita la legge in questione appare frutto di un progressivo arretramento rispetto al progetto originario di mantenere la tutela reale solo per il licenziamento discriminatorio, con un susseguirsi di concessioni in calando nei confronti del licenziamento disciplinare e del licenziamento economico. L'elemento di continuità rispetto al passato è dato dal mantener ferme le fattispecie "giustificatorie", quali la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo ed

oggettivo; mentre l'elemento di discontinuità è costituito dal ricollegare alla accertata mancanza di tali fattispecie diverse causali "sanzionatorie", quali, per il licenziamento disciplinare, l' "insussistenza del fatto contestato" oppure allorché "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili" e, per il licenziamento economico, la "manifesta infondatezza del fatto posto a base del licenziamento". Rimane, però, del tutto problematico il coordinamento fra le fattispecie "giustificatorie" e le causali "sanzionatorie" che secondo il legislatore dovrebbe risolversi in un *continuum* cronologico-logico del tutto indipendente, ma può ben rivelarsi diverso, con una prevedibile prevalenza delle prime rispetto alle seconde. Ciò, per la ben nota tendenza inerziale della giurisprudenza, qui favorita dalla approssimazione tecnica delle causali "sanzionatorie", riecheggianti in maniera impropria le nozioni penalistiche del "fatto non sussiste" e costituzionali della "manifesta infondatezza" dell'eccezione di costituzionalità.

Non si può condividere quell'interpretazione che, con un'autentica caricatura della *ratio* e della lettera della legge tende a reintrodurre la tutela reale come regola, considerando discriminatorio qualsiasi licenziamento rivelatosi privo di giusta causa o di giustificato motivo. Ma si può ben convenire che proprio per tale prevedibile prevalenza, la tutela reale potrà rivelare nella risposta giurisprudenziale una "resistenza" certo non programmata e non voluta dal legislatore.

Per non parlare di quell'autentico punto di caduta costituito dal licenziamento battezzato come inefficace per difetto di quella motivazione contestuale pur resa obbligatoria oppure del previo esperimento del procedimento *ex art. 7 St. lav.*, consacrato dal Giudice delle leggi come fatto di civiltà o del procedimento *ex novellato art. 7 l. n. 604/1966*; ma in verità efficace ad ogni effetto, con l'unico costo di un'indennità risarcitoria dimezzata.

Molta attenzione al licenziamento individuale, poca al licenziamento collettivo, di cui il legislatore sembra essersi accorto solo da ultimo, allorché qualcuno ha avuto il buon senso di ricordargli che l'art. 18 St. vi giocava un ruolo niente affatto secondario. E, conformemente a quanto già fatto, anche qui c'è un sostanziale ridimensionamento del precedente rigorismo formale, sia rendendo sanabili gli eventuali vizi della comunicazione iniziale "nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura"; sia sanzionando i possibili difetti della procedura con una indennità risarcitoria questa volta piena. Col che si può anche convenire, non senza una duplice riserva: quel rigorismo formale era stato enfatizzato dalla giurisprudenza a compensazione dell'assoluto lassismo sostanziale, circa il perché ed il percome del licenziamento collettivo, qui lasciato tale e quale; ma, soprattutto, il licenziamento collettivo fa corpo unico con il regime relativo al sostegno del reddito di chi ne è colpito, qui indebolito e ridimensionato.

È troppo presto per formulare un bilancio. Ma, a stare al primo impatto, la riforma "Fornero" è passata senza lasciar traccia, eccezione fatta per qualche lode di convenienza da parte di chi vi era comunque tenuto per ragioni di ufficio: la trattativa anti-spread si trascina fra molte parole e pochi fatti, con i mercati sempre più scettici. Ma l'averne privilegiato la vendibilità all'estero a costo di una approfondita e obbiettiva valutazione della rispondenza all'evoluzione di un mercato del lavoro in via di accelerato peggioramento, potrebbe averla resa già in partenza inefficace, se non anche controproducente. Il tempo sarà buon giudice, anche se non ci si deve aspettare troppo da un mero cambiamento del regime giuridico, perché qui il diritto può fare qualcosa, ma non troppo, sicché, con buona pace del giurista, qualsiasi cambiamento nel sistema non deve essere né mitizzato né demonizzato.

Il giurista non può disinteressarsi del contesto economico e politico che costituisce lo sfondo di un intervento riformatore, a costo di non coglierne il motivo ispiratore di fondo, pur tradotto e reso in un intreccio difficilmente districabile di compromessi. Ma questo non lo esime, anzi tutt'altro, dal procedere oltre, cercando di recuperare un'interpretazione, che senza tradire intenzionalmente ed apertamente la *ratio* della legge, cosa da avvocato e non da studioso, restituisca sistematicità e chiarezza alla sua lettera, a premessa di un'applicazione quanto più prevedibile e certa, di cui l'ultima e definitiva parola spetterà alla giurisprudenza.

Solo che nonostante la buona intenzione manifestata con l'introduzione di un percorso privilegiato per i licenziamenti, il consolidarsi di una lettura inequivoca di un articolo uscito malamente manipolato dalle mani del legislatore come il 18 St. lav. richiederà tempo, sì da rimandare alle rinomate calde greche quella prevedibilità richiesta da una qualsiasi attività d'impresa.

III. Ci sono tre "questioni" che hanno preceduto ed accompagnato la riforma Fornero, trovandovi altrettante risposte. La prima è quella avanzata e pubblicizzata con grande risonanza mediatica sotto l'etichetta imprecisa ma suggestiva di "contratto unico", coincidente con uno a tempo indeterminato: risolubile liberamente durante un periodo iniziale; oppure tendenzialmente sempre, dietro pagamento di un corrispettivo monetario. Di essa è rimasta nella legge una traccia verbale, laddove ribadisce la primazia del contratto a tempo indeterminato, qualificato con un darwinismo d'accatto come "dominante"; nonché una coda normativa, quale costituita dal perpetuare la vecchia tecnica della "conversione" di un contratto di lavoro non stabile risultato fuori regola in uno di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Niente più, perché la ricca tipologia "atipica" figlia della legge Biagi che sembrava destinata ad una severa potatura resta la stessa, eccezion fatta per quel contratto di inserimento, non certo il più meritevole di morte precoce.

Il legislatore si è spinto a qualificare il contratto di apprendistato - visto e vissuto a sensi del precedente testo unico a tempo indeterminato - come l'ingresso formativo nel mercato del lavoro destinato a divenire del tutto prevalente. Si può prescindere dall'artificio ideologico, fino al limite del propagandistico, di considerare a tempo indeterminato un apprendistato, il cui carattere temporaneo riesce confermato dal previsto limite di durata con contemporaneo potere di recesso *ad nutum*. Ma certo è che il farne l'ingresso formativo *par excellence* è privo di qualsiasi riscontro effettivo, perché il suo tipo prevalente, cioè il "professionalizzante", copre una percentuale del tutto minoritaria della componente giovanile avviata al lavoro fra i 15 ed i 29 anni, fra l'altro con una prospettiva assai più occupazionale che formativa, pienamente riflessa nella sua stessa regolamentazione legislativa e collettiva.

La seconda questione, riguarda la stra-citata contrapposizione fra *insiders* ed *outsiders*, cioè fra quelli "dentro" e "fuori", peraltro con riferimenti volta a volta diversi: inoccupati contro disoccupati assistiti, inoccupati e disoccupati contro occupati, assunti a termine contro assunti senza termine, dipendenti da datori al di sotto contro dipendenti da datori al di sopra dei limiti statuari ecc. Quest'ultima contrapposizione ruotante intorno all'art. 18 St. lav. è stata al centro della riforma, la quale ha fatto propria un'analisi estremamente controversa, che, cioè, la difficoltà di licenziare il lavoratore adulto in pianta stabile costituisce la causa prima della propensione ad assumere il lavoratore giovane in forma precaria. Senza prendere qui posizione in una discussione finita in un'aspra diatriba, c'è da prendere atto che la riforma opta per una unificazione al ribasso, la quale non rimette in discussione i limiti statuari, ma conserva la preesistente tutela obbligatoria per chi ne restava fuori e ridimensiona la previgente tutela reale per chi ne era dentro, non senza l'evidente intenzione di rendere quest'ultima da esclusiva a residuale.

Certo l'operazione risente qui di quella approssimazione tecnica che caratterizza l'intera riforma. Niente di nuovo rispetto alla costante di una "rivoluzione permanente" della materia, dettata da una prevalente ragione politica o personale, perché non solo una maggioranza ma anche un ministro vuol segnare la sua presenza; sicché la sistematicità, la coerenza, la univocità passano tutte in secondo piano, compromesse non solo dall'inevitabile tira e molla nel rapporto coi partiti e con le forze sociali, ma dalla comune consapevolezza della caducità della riforma *in itinere*. Ed ecco che qui la prospettiva prescelta di puntare ad una riunificazione al ribasso delle tutele garantite agli *insiders* ed agli *outsiders* dello Statuto si trova contraddetta, episodicamente, da una disciplina del licenziamento inefficace per carenza di motivazione meno grave per i primi che per i secondi; e sistematicamente dall'aver previsto per i primi, ma non per i secondi quel vero e proprio *monstrum*, qui assunto nel senso di mirabile ma passibile d'esser declinato in futuro nel senso di mostruoso, costituito dal nuovo processo.

Seguendo un ordine di crescente rilevanza, la terza questione è data da quella *flexsecurity*, favoleggiata in lungo ed in largo nel nostro paese, con un'attenzione tanto spasmodica quanto approssimativa alla mitica realtà del nord-europa, quale esemplarmente testimoniata dalla Danimarca. Di per sé trattasi solo della fusione di due parole dalla portata completamente opposta, perché la flessibilità richiama l'insicurezza e la sicurezza richiama la rigidità. Tant'è che la convivenza è resa possibile dalla diversa dimensione i cui si muovono, la flessibilità nel rapporto e la sicurezza nel mercato del lavoro: libertà di licenziamento *versus* garanzia di reddito e di nuovo impiego, previo un eventuale percorso formativo.

Solo che la Danimarca non è l'Italia, tant'è che non avrebbe costituito un esempio significativo neppure quando il favorevole andamento economico permetteva al suo sistema di *flexsecurity* di funzionare al meglio, come non è più oggi. Ma, soprattutto, un tale sistema richiede un'enorme impegno finanziario ed organizzativo, perché costruito su una integrata politica del lavoro, con la componente "passiva" data da una doppia rete di sicurezza, una mutualistica per chi ne ha titolo ed una assistenziale per chi non ne ha, sì da coprire l'intero universo inoccupato e disoccupato; e con la componente "attiva" costituita da un'articolata e qualificata struttura di servizi per l'impiego, formativi e ricollocativi, obbligatori per i destinatari di indennità di supporto. Di questo non può dirsi ci sia alcun riscontro nella riforma Fornero, che fa il paio con quella pensionistica, all'insegna di una politica della lesina, certo non priva delle sue buone ragioni, ma non contrabbandabile per quel che non è.

IV. Se pure il Presidente del Consiglio pensa poco e male della concertazione e la riforma Fornero sia stata assai più discussa che concordata con le organizzazioni sindacali, certo non si può dire che questa non dia spazio alla contrattazione collettiva, a cominciare proprio dalla tanto discussa flessibilità "in entrata", dove la legge risulta inevitabilmente priva della necessaria adattabilità e accettabilità. Ma qui risulta ancor più evidente la sofferenza di un diritto sindacale ormai residuo anacronistico di un glorioso passato: la cittadinanza sui luoghi di lavoro è affidata allo spezzone dell'originario art. 19 St. lav. sopravvissuto al referendum abrogativo, cioè a quella lett. b) che, stando alla consolidata interpretazione offertane dalla giurisprudenza costituzionale, richiede non solo la partecipazione attiva alla trattativa ma anche la debita sottoscrizione; mentre, a sua volta, la contrattazione c.d. delegata è riservata alla formula varata fra il vecchio ed il nuovo secolo delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, che già generica di per sé, viene anche qui lasciata a se stessa, senza farsi carico di un'eventuale divisione fra le organizzazioni medesime.

Solo che qui a latitare non è solo, né principalmente il Governo, questo come qualunque altro che lo abbia preceduto, ma lo stesso movimento sindacale, abituato, *rectius* viziato da un indirizzo legislativo tutto all'insegna di una promozione senza regolamentazione, basata di fatto su un'unità di azione sempre più difficile da realizzare in quell'alternanza maggioritaria peculiare della c.d. seconda Repubblica.

NOTA SUGLI AUTORI

FRANCO CARINCI – già Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

MICHELE MISCIONE – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste

LUIGI ANGIELLO – già Professore ordinario nell'Università di Parma

DOMENICO BORGHESI – Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Modena e Reggio Emilia

MARINA BROLLO – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Udine

GIULIANO CAZZOLA – Vice presidente della Commissione lavoro della Camera

CARLO CESTER – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

IRENE CORSO – Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università di Padova e Avvocato in Padova

PAOLA COSMAI – Avvocato in Napoli

MAURIZIO DEL CONTE – Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi "Bocconi" di Milano

VINCENZO DE MICHELE – Avvocato in Foggia

VALERIA FILÌ – Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Udine

MARCO FREDIANI – Avvocato in Vasto

DOMENICO GAROFALO – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bari

DONATA GOTTARDI – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Verona

FRANCESCA LIMENA – Ricercatrice dell'Università di Padova

MARIA GIOVANNA MATTAROLO – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

EMANUELE MENEGATTI – Ricercatore di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

LUIGI MENGHINI – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste

ELENA PASQUALETTO – Ricercatrice nell'Università di Padova

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI – Professore ordinario di Diritto del lavoro all'Università "Sapienza" di Roma

ADRIANA TOPO – Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

PAOLO TOSI – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Torino

MARCO TREMOLADA – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

Parte I

I LICENZIAMENTI E IL RITO SPECIALE

I LICENZIAMENTI E IL RITO SPECIALE

DIPENDENTI DELLE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE SOGGETTE AL D.LGS. N. 165/2001

di Franco Carinci - già Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

Un ritorno all'antico: una nuova divaricazione tra impiego pubblico e impiego privato

In corso d'opera il nostro legislatore ha dovuto fare i conti con un dato che gli era inizialmente sfuggito, cioè l'essere l'ambito del suo progetto potenzialmente estendibile al settore dell'impiego pubblico "privatizzato", fortemente politicizzato e sindacalizzato. Non poteva mancare un unanime e fermo rigetto da parte dell'intero movimento confederale, chiuso a difesa di quello divenuto ormai il suo territorio elettivo di radicamento, con il "posto fisso" ad autentico punto di forza. Il che sarebbe stato sufficiente a stoppare un Governo, cui bastava far vedere all'Europa d'esser capace di riformare il settore privato, peraltro, col mirabile risultato di tener fuori proprio il settore pubblico di gran lunga più sofferente.

Segno evidente dell'incerto e disagiata procedere è quel paio di commi, il 7 e l'8, che si fa carico di scorporare e rinviare ad altra sede la estensione della riforma all'impiego pubblico "privatizzato". Il co. 7 non sembra escluderla, ma solo ridimensionarla, coll'affermare che "Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni", col far ritenere una sua utilizzabilità da parte della giurisprudenza in sede di *analogia iuris* e di interpretazione del D.Lgs. n. 165/2001.

Ma il co. 8 fa capire che quel che si ha in mente non è un'estensione della riforma, ma una sua riformulazione ad *hoc*, secondo l'ormai prevalente tendenza a dividere quanto l'intero processo di privatizzazione culminato nel T.U. d'inizio secolo aveva cercato se non di unire, di ravvicinare, impiego pubblico e privato. Così quel comma puntualizza che proprio ai fini del precedente comma 7, il Ministro "sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche".

Bontà sua, verrebbe da dire, per un Ministro che s'impegna a farsi carico "anche di iniziative legislative" per un'opera di "armonizzazione", che, peraltro non intende fare, come prova il Protocollo d'intesa sul lavoro pubblico concluso con Cgil, Cisl, Uil, tutto inteso a smussare la riforma Brunetta rendendola più accetta alle oo.ss.¹

Vi si prefigura un'ulteriore messa a punto di una pubblica amministrazione, che dovrebbe cogliere nell'inevitabile riduzione una occasione per una profonda riorganizzazione, secondo una qual sorta di scambio fra "comprensione sindacale per l'incombente stretta finanziaria" e "apertura governativa" verso una maggiore partecipazione collettiva. Non per nulla, la prevista attività normativa e contrattuale dovrebbe muoversi nella prospettiva di un nuovo modello di relazioni sindacali, con un pieno recupero dell'intervento del sindacato, tramite il suo coinvolgimento "nei processi di razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni" (ad esempio *spending review*) ed "in tutte le fasi dei processi di mobilità collettiva", nonché "nell'ambito delle materie di informazione sindacale anche di ipotesi di esame congiunto". A far da contorno c'è una chiara soluzione di continuità in materia di valutazione della *performance*, con una rivalorizzazione della "orga-

¹ Sulla riforma Brunetta v. F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, in *Leggi e Lavoro*, collana diretta da F. Carinci, n. 19, Milano, 2011.

Per il Protocollo d'intesa sul lavoro pubblico v. www.portalecnel.it

nizzativa” rispetto all’“individuale”; mentre ritorna la solita cantilena in materia di accresciuta responsabilità ed autonomia della dirigenza, che, peraltro, contrasta obbiettivamente con la previsione di una maggiore partecipazione sindacale nella gestione.

Ma la parte più ghiotta è certo costituita dalla previsione di una legge sull’utilizzazione delle tipologie di lavoro flessibile, dove spicca la chiamata fuori dalla riscrittura dell’art. 18 St., come noto, qui passibile di applicazione generalizzata, a prescindere dalla dimensione dell’unità amministrativa e dalla appartenenza alla dirigenza. Orbene, nell’elencazione delle problematiche da affrontare, c’è una lettera f), che si limita a prevedere un riordino “della disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari fermo restando le competenze attribuite alla contrattazione collettiva nazionale”, peraltro seguita a ruota da una lettera m), che si fa carico di contemplare un rafforzamento dei “doveri disciplinari dei dipendenti” ma “prevedendo al contempo garanzie di stabilità in caso di licenziamento illegittimo”.

In claris non fit interpretatio. Ma lo stesso Ministro proprio mentre cercava di mettere a punto la bozza di legge delega prevista in chiusura del Protocollo d’intesa, partecipava alla redazione del D.L. n. 95/2012, primo atto di una *spending review* che incide pesantemente sull’impiego pubblico, decisa ed attuata senza alcun sostanziale coinvolgimento sindacale, con a suoi punti forti una riduzione del personale dirigenziale del 20% e non dirigenziale del 10%, cui dovrebbe servire la risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro nei confronti dei dipendenti che, in base alla disciplina vigente prima dell’entrata in vigore del D.L. n. 201/2011, avrebbero ottenuto la decorrenza del trattamento pensionistico entro il 31 dicembre 2014, con la possibilità di contare sulla vigente procedura di mobilità, con l’80% dello stipendio garantito fino al raggiungimento della data di uscita. Non solo, perché ad ulteriore smentita del Protocollo d’intesa, viene resa obbligatoria l’adozione della “valutazione organizzativa e individuale”, cioè né più né meno una pagella fatta e ritagliata a misura delle *performance* dei singoli dipendenti.

FINALITÀ, MONITORAGGIO, ONERI FINANZIARI

di Franco Carinci - già Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

Finalità

La l. 28 giugno 2012, n. 92 è stata licenziata in via definitiva dalla Camera dei deputati, con quattro voti di fiducia su altrettanti mega-articoli: art.1 (Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore) con 69 commi; art. 2 (Ammortizzatori sociali), con 73 commi; art. 3 (Tutele in costanza di rapporto di lavoro) con 49 commi; art. 4 (Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro), con 79 commi. Il che rende già, di per sé, difficile la consultazione della legge, cosa aggravata dall'essere in larga parte modificativa o sostitutiva di articoli, commi, espressioni di precedenti testi normativi, sì da essere comprensibile ed interpretabile solo nell'ambito di questi ultimi, debitamente richiamati ed aggiornati.

Essa apre il suo art. 1 con un comma dedicato alle finalità perseguite: “realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione”. Come si vede, una formula ormai consumata dall'uso, per esser rintracciabile ogni legge in materia, si da rivelarne assai più l'intentio che la ratio effettivamente incorporata; ma qui a contare è quella che *avrebbe dovuto* costituirne la strumentazione attuativa privilegiata, una *mix* di minore flessibilità in entrata e di maggior flessibilità in uscita di cui alle prime tre lettere: “a) favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro (c.d. “contratto dominante”); b) valorizzando l'apprendistato come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel modo del lavoro; c) redistribuendo in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato, contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali; dall'altro, adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione, altresì, di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie”².

² Mi permetto di rinviare al mio *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, fasc. 6, 538. L'ormai nutrita la produzione dottrinale, con una attenzione tutta particolare alla nuova versione dell'art. 18 St., risente più che mai della opzione ideologico-politica, della posizione istituzionale, della attività professionale degli autori, con una significativa novità, cioè di una forte, se pur ancora minoritaria, presenza dell'opzione *pro-governativa*, ben rappresentata da P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in <http://www.pietroichino.it>, e destinata al *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, e da A. Marsca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 415 ss. e in http://host.uniroma3.it/facolta/economia/db/materiali/insegnamenti/668_5754.pdf. La dottrina critica risulta ampiamente articolata, sì da poter essere qui solo ricordata senza alcuna pretesa di una elencazione esaustiva: P.G. Alleva, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 3; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*; Relazione al Congresso nazionale Aidlass, Pisa, 8 - 9 giugno 2012; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2012; 547 ss.; C. Consolo - D. Rizzardo, *Verè o presunte novità sostanziali e processuali sui licenziamenti individuali*, di prossima pubblicazione in *Corr. giur.*; F. Liso, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf; L. Mariucci, *E' proprio un very bad test? Note critiche sulla riforma Monti - Fornero*, in corso di pubblicazione in *Lav. dir.*, 2012, 3; S. Magrini, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art.18)*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf, 3; M. Magnani, *La riforma del mercato del lavoro*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_614990151.pdf; M. Papaleoni, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del*

(segue)

Si è usato intenzionalmente il condizionale passato, qui evidenziato in corsivo, perché questo *mix* è stato compromesso dagli emendamenti al disegno governativo varati al Senato, con a risultato netto un recupero di flessibilità in entrata. Recupero, questo, destinato a crescere in forza di quell'impegno assunto esplicitamente dal Presidente del Consiglio di ritornare sulla riforma - per "risolvere tempestivamente, con appropriate iniziative legislative, altri problemi posti dai gruppi parlamentari", fra cui proprio "alcuni aspetti della flessibilità in entrata" - che sta trovando attuazione negli ulteriori emendamenti aggiunti con un art. 46 *bis* al c.d. decreto sviluppo in via di approvazione.

Se, dunque, la tesi del "contratto unico" ha polarizzato l'attenzione dei *mass media* nel corso della lunga e tormentata gestazione della riforma, non vi ha, poi, trovato risponidenza, come ben testimonia la quasi integrale salvezza assicurata alla preesistente tipologia "atipica", eccezion fatta per il solo contratto d'inserimento.

Certo resta la contestuale enfattizzazione della perdurante primazia, giuridica ancor prima che fattuale, del contratto a tempo indeterminato, qui onorato al co. 1, lett. a) col titolo di "dominante"; e confermato al co. 9, col nuovo testo del co. 1 dell'art. 1 D.Lgs. n. 368/2001, come: "la forma comune di rapporto di lavoro"; ma, al tempo stesso, indebolito proprio nel suo caratterizzarsi come contratto "stabile" per un datore privato medio - grande, a seguito del nuovo regime del licenziamento individuale.

La recuperata flessibilità in uscita per via di una riscrittura dell'art. 18 St. rappresenta la parte destinata a rendere "storica" questa riforma, perché segna l'uscita di scena della reintegra come sanzione unica del licenziamento individuale privo di giusta causa o di giustificato motivo. La cosa può considerarsi definitiva, perché pone, ad un'interminabile telenovela, una fine condivisa dall'intera variegata maggioranza attuale, se pur rivendicata a destra e tollerata a sinistra. Anche se la rivisitazione della norma statutaria risulta estremamente generica ed approssimativa, figlia com'è di una formazione alluvionale costruita su un'autentica dissociazione schizoide fra "causali" delle fattispecie illegittime, mantenute identiche (giusta causa e giustificato motivo, inefficacia, illiceità del motivo) e "causali" delle sanzioni, rese doppie ed alternative (tutela reale ed obbligatoria). Sì che la sua vera portata e rilevanza dipenderà da una giurisprudenza cui è stata concessa un'ampia area di discrezionalità decisionale, con buona pace di quella prevedibilità considerata dall'impresa la condizione prima di una sua disponibilità ad investire.

E' vero che nella lettera c) sopra riportata, la accresciuta flessibilità in uscita è accompagnata dalla previsione di una procedura specifica, destinata a render tempestiva la risposta giudiziale. Questo dovrebbe ovviare a quella intollerabile lungaggine della controversialità in materia, ritenuta la responsabile prima della allergia maturata nei confronti della reintegra; ma c'è da dubitare che basti ed avanzi la messa a punto di una ulteriore procedura speciale, articolata addirittura su quattro gradi di giudizio, assistita dai soliti termini bifronti, perentori per le parti ed ordinatori per i giudizi, provvista di percorsi preferenziali non accompagnati dai necessari mezzi finanziari ed

mercato del lavoro, "Mons tremuit et mus parietur", in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_299234043.pdf; V. Speciale, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano", Pescara, 11-12 maggio 2012, di prossima pubblicazione in Riv. it. dir. lav., 2012, 3.

Con particolare riguardo al tema degli ammortizzatori v. G. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, n. 143/2012 e destinato al *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli; M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_746600924.pdf e di prossima pubblicazione sulla Rivista del diritto della sicurezza sociale; L. Zoppoli, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_423809797.pdf, nonché l'ispirata relazione di E. Gragnoli, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, tenuta al Congresso Nazionale Aidlass, Pisa, 8 - 9 giugno 2012.

Da ultimo v. l'opera monografica di A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012.

umani, tanto da costringere gli organi giudiziari a scegliere fra conformarsi alla lettera o adeguarsi alla buona: rinviare alle calende greche ogni altra controversia oppure depotenziare la stessa riforma.

Il *mix* di minore flessibilità in entrata e di maggiore flessibilità in uscita di cui alle lettere a), b) e c) *avrebbe dovuto trovare* se non una contropartita, una sponda nella riforma delle politiche passive ed attive, così come scritto nella lettera d): “rendendo più efficiente, coerente ed equo l’assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell’occupabilità delle persone”. Anche qui è d’obbligo l’uso del condizionale passato, segnalato in corsivo, perché le due parti della riforma, quella sulla tipologia contrattuale e quella sulla presenza pubblica sul mercato del lavoro non sono affatto correlate e tantomeno sincronizzate fra di loro, come ci si sarebbe aspettati da un *imput* comunitario ispirato al modello della *flexsecurity*.

Monitoraggio e oneri finanziari

La verità, francamente ammessa con la riproposizione al successivo co. 6 della formula ormai usuale per cui “L’attuazione delle disposizioni dei commi da 1 a 5 non deve comportare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica ed è effettuata con le risorse finanziarie, umane e strumentali previste a legislazione vigente”, è che la preoccupazione primaria è stata ed è rimasta quella di una riduzione strutturale della spesa, se pur con la consapevolezza di una certa gradualità, quale evidente nel prolungamento della fase transitoria e nel rinnovo della delega proprio in materia di ammortizzatori sociali. Il che, peraltro, non ha affatto escluso la prospettiva di una ricaduta pesante della stretta combinata della doppia riforma, ieri delle pensioni, oggi degli ammortizzatori sociali, tale da dar corpo ad una disoccupazione adulta, destinata a sopravvivere in quell’autentica terra di nessuno dei senza pensione e senza indennità. Ricaduta, questa, cui non sembra proprio poter ovviare la generica previsione di cui alla lettera g), “favorendo nuove opportunità di impiego ovvero di tutela del reddito per i lavoratori ultracinquantenni in caso di perdita del posto di lavoro”, vistane la timidissima traduzione che ne ha ricevuto nella riforma medesima.

Le successive lettere e) ed f) servono a migliorare la percezione della riforma, con una iniezione di *politically correct*, quale data dall’enfatizzare la lotta all’elusione contributiva e fiscale e da una maggiore inclusione delle donne nella vita economica, peraltro destinata a restare priva di un sostanziale riscontro nel corpo della riforma. Mentre la lettera h) appare come una sorta di *captatio benevolentiae* di un sindacato rimasto assai critico, per via della prevista promozione di “modalità partecipative di relazioni industriali in conformità agli indirizzi assunti in sede europea al fine di migliorare il processo competitivo delle imprese”: questa dovrebbe avvenire in forza della delega legislativa prevista dall’art. 4, co. 62 “attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale”, rispettoso dei ben sette principi e criteri direttivi *ivi* riportati.

Ad un comma 1 dedicato alle finalità e alle misure necessarie per conseguirle segue un *continuum* di ben quattro commi, dall’1 al 5, dedicato ad un complesso sistema di monitoraggio permanente sull’attuazione del testo legislativo, benvenuto in un Paese in cui assai spesso quel che conta per cambiare un pezzo di diritto vigente non è la sua resa pratica ma la sua valenza ideologico-politica. Solo che pare si voglia così coprire il difetto di qualsiasi previo studio approfondito sull’impatto effettivo del progettato intervento sul mercato del lavoro, rinviando il tutto all’indomani del varo, con l’esplicito impegno a tener conto del responso fattuale per un qualche futuro aggiornamento. Il che è servito certo a sdrammatizzare il testo in parola, col cercare di attenuarne in tal modo quel carattere ultimativo deducibile dal suo contenuto “strategico” (attinente al nocciolo duro del diritto del lavoro) e confermato dal suo varo “accelerato all’estremo” (riguardante il quadruplice voto di fiducia alla Camera).

LE MODIFICHE DEL PARLAMENTO ALLA LEGGE FORNERO SUL LAVORO CON RIFERIMENTO ALLE NORME SULLA C.D. FLESSIBILITÀ IN ENTRATA

di Giuliano Cazzola - *Vice presidente della Commissione lavoro della Camera*

È singolare che, nelle stesse settimane in cui era impegnato a sostenere, a colpi di decreti legge, un processo di semplificazione amministrativa e di liberalizzazione delle strutture produttive e dei servizi, il Governo avesse presentato alle parti sociali una bozza di documento (*Linee di intervento sulla disciplina delle tipologie contrattuali*) che conteneva proposte assolutamente vessatorie per le imprese relativamente a quelle tipologie contrattuali flessibili, le stesse che tra il 1997 e il 2007 (l'ultimo anno prima della Grande Crisi), pur in presenza di una modesta dinamica di crescita del pil, avevano consentito di aumentare e di dimezzare la disoccupazione giovanile. Su tali tipologie calava una coltre di sospetto, si materializzava una presunzione di illegittimità.

Per potersi avvalere di queste forme di impiego, fino a quel momento riconosciute dalla legge, i datori sarebbero stati costretti a subire un processo inquisitorio basato sull'inversione dell'onere della prova, nel senso che sarebbero stati loro a dover dimostrare la regolarità di rapporti altrimenti ritenuti elusivi di quel contratto di lavoro a tempo indeterminato assunto ed indicato come condizione di lavoro normale e prevalente.

Se le cose non fossero cambiate, almeno parzialmente durante l'iter legislativo, il risultato sarebbe stato quello di un mercato del lavoro assai più rigido, perché le modeste modifiche (di sostanza, ma fagocitate ed immerse in un caos normativo confuso e pasticciato) riguardanti la disciplina dei licenziamenti individuali non erano sufficienti a compensare gli effetti della <cortina di ferro> che si sarebbero abbattute sulle tipologie flessibili, costringendo le imprese a vere e proprie traversie inquisitorie per poter assumere un dipendente con un contratto di lavoro a termine o per accendere un qualsiasi altro rapporto pensato apposta per regolare, in modo pertinente, situazioni lavorative specifiche. *In extremis*, grazie ad un minimo di respiscenza il *disegno di legge* è risultato essere meno pernicioso rispetto a quanto ci si poteva attendere dalla lettura del documento sulle *linee guida* del 23 marzo scorso. Ma la riforma tanto auspicata ha corso il rischio di diventare una controriforma reale proprio perché sulle tipologie del lavoro flessibile calava un cono d'ombra di sospetto, di illiceità.

Un'aura truffaldina da contrastare con una legislazione persecutoria, anche a costo di creare problemi alle imprese, di ostacolare l'occupazione e di ampliare le dimensioni del lavoro sommerso. Per fortuna, il Parlamento ha trovato il coraggio di modificare, nella misura del possibile, il provvedimento sul versante della flessibilità in entrata, nel senso che, come vedremo, le modifiche prevalenti riguardano questa parte del provvedimento. Modifiche attuate, sia al Senato che alla Camera, sempre attraverso accordi all'interno della maggioranza che sostiene il Governo. Ciò significa che anche quelle forze politiche, più impegnate nella c.d. lotta al precariato, hanno dovuto riconoscere che le norme contenute nel testo iniziale del disegno di legge, mancavano di un requisito fondamentale per una legge di così ampia portata: la ragionevolezza. Di seguito daremo conto in maniera sintetica di questa evoluzione nel corso delle letture a cui il provvedimento è stato sottoposto.

Dal documento del 23 marzo alla presentazione del disegno di legge Fornero

Lavoro a tempo determinato

Il lavoro a termine ha tutti gli elementi per essere considerato come una forma di flessibilità "buona": ha una durata limitata (massimo 36 mesi), è soggetto a limiti quantitativi e garantisce l'applicazione di tutti gli istituti tipici del lavoro subordinato previsti dai contratti nazionali di lavoro. Peraltro, la materia era stata rivista in senso limitativo dal Governo Prodi, sulla base di quanto previsto dal Patto sul welfare con le parti sociali del 2007. Il disegno di legge Fornero ha trascurato questi aspetti ed ipotizzato delle norme finalizzate apertamente a scoraggiare l'utilizzo di questo contratto. Innanzitutto, si proponeva l'aumento del costo del lavoro per chi si avvale di

lavoratori a termine, mediante un complicato meccanismo di *bonus malus* (un incremento contributivo dell'1,4% che viene restituito al momento della c.d. stabilizzazione) che avrebbe finito per indirizzare molte imprese verso l'utilizzo di altri contratti di lavoro, magari molto più precarizzanti. Ancora più penalizzante era la norma che proponeva di includere nel tetto di durata massima del contratto a termine anche i rapporti svolti nell'ambito della somministrazione di lavoro. Questa disposizione si traduceva, di fatto, in una compressione fortissima di due strumenti (contratto a termine, somministrazione) che invece andrebbero incentivati, in quanto garantiscono tutti i diritti sanciti dai contratti di lavoro. Venivano, poi, allargati, sostanzialmente, i termini per impugnare tali contratti correggendo quanto in proposito era stato previsto nel c.d. collegato lavoro (la legge n.183 del 2010) in precedenza allo scopo di rendere uniformi tutte le procedure di impugnazione dei casi di recesso dal rapporto di lavoro.

Apprendistato

L'obiettivo del rilancio nel documento contenente le linee guida del provvedimento entrava in palese contraddizione con l'introduzione di un limite discutibile: l'obbligo di trasformare una percentuale di almeno il 50% (il 30% per i primi tre anni) degli apprendisti quale condizione per potersi avvalere in futuro di questa tipologia. Venivano stati altresì fissati un periodo di durata minima e l'impossibilità della cessazione prima della scadenza.

Part time

Analoghe perplessità suscitava la modifica proposta in materia di part time; si stabiliva di re-introdurre la comunicazione amministrativa per i casi di utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, per quanto riguarda in particolare l'orario di lavoro, nonostante che questa tecnica si fosse rivelata fallimentare (nessun abuso è stato mai prevenuto da un modulo).

Collaborazioni

Per il *lavoro a progetto*, si proponevano alcune modifiche normative (l'eliminazione del programma di lavoro, la riduzione della facoltà di recesso libero) e l'aumento dei costi contributivi (di ben 6 punti entro il 2018). E' appena il caso di far notare che questa operazione era destinata a finanziare in gran parte la riforma degli ammortizzatori sociali senza riconoscere ricadute positive in termini di prestazioni ai cocopro, per il quali rimaneva in vigore solo la indennità *una tantum*, in caso di perdita del lavoro, istituita dal ministro Sacconi. Inoltre, si prevedeva, in taluni casi, a fronte del verificarsi di taluni requisiti di reddito e di condizioni di svolgimento della prestazione d'opera, l'introduzione di una vera e propria presunzione di subordinazione.

Titolari di partita IVA

Anche con riferimento ai titolari di *partita Iva*, veniva introdotta una presunzione di subordinazione, nel caso di rapporti che durano più di 6 mesi, se un singolo committente, anche nel caso di pluricomittenza, garantiva almeno il 75% dei corrispettivi su base annua, pur in presenza di rapporti con più committenti e qualora fossero usate strutture messe a disposizione da parte del committente. Si trattava di una misura draconiana che avrebbe un impatto del tutto irrazionale su migliaia di situazioni, che si svolgono nella più assoluta regolarità.

Altri casi

Infine, si ipotizzava di restringere l'utilizzabilità dell'*associazione in partecipazione* con apporto di lavoro ai soli casi in cui gli associati di lavoro siano solo famigliari, e di contenere l'utilizzabilità del *lavoro accessorio*, senza considerare che ha dato - con i *voucher* - ottimi risultati in alcuni campi caratterizzati da grossa incidenza del lavoro nero. Infine, venivano create difficoltà alle esperienze di *bilateralità*, in quanto i contributi per i fondi interprofessionali venivano in parte dirottati al finanziamento dei fondi di solidarietà, istituiti allo scopo di erogare una sorta di extraliquidazione a coloro che perdono il posto di lavoro in età matura.

Conclusioni

L'effetto finale di queste misure consisteva nel fatto che la convenienza relativa tra i contratti flessibili sostenibili (apprendistato, rapporti a termine, ecc.) e i contratti a rischio di precarietà (collaborazioni e partite iva irregolari) non sarebbe cambiata, mentre cresceva la complessità e la rigidità complessiva del mercato del lavoro.

Si prenda, a titolo di esempio, il caso degli associati in partecipazione, la cui tipologia è praticamente soppressa. Sono pur sempre alcune decine di migliaia. E non è credibile pensare che basti una norma per trasformare questi rapporti come lavoro dipendente a tempo indeterminato.

Modifiche introdotte al Senato

a) contratto a termine:

è stata raddoppiata da 6 a 12 mesi la durata del primo contratto a termine per il quale non è necessaria la sussistenza di alcuna causale tipica; è stata inoltre ridotta fino a due terzi (da 90 a 30 giorni e da 60 a 20 giorni) la durata dei periodi di inibizione alla riassunzione del titolare del contratto a termine in un'ampia serie di situazioni organizzative (start-up, lancio prodotto o servizio, cambiamento tecnologico, fase supplementare di R&D, rinnovo di commessa); nelle medesime situazioni organizzative, è data facoltà all'impresa, in alternativa alla "prova lunga" di un anno, di attivare contratti a termine senza vincolo di causale fino al 6% dell'organico;

b) lavoro stagionale:

l'esenzione dal contributo dell'1,4% è stata estesa alle attività stagionali identificate come tali dalla contrattazione collettiva;

c) apprendistato:

l'obbligo di conferma del 50% (il 30% per i primi tre anni) degli apprendisti pregressi prima di assumerne di nuovi (introdotto a compensazione dell'incremento del 50% della percentuale di apprendisti assumibili rispetto alla forza occupata) non opera per le imprese di dimensione minore (<10 addetti); e in ogni caso è sempre consentita l'assunzione d'un nuovo apprendista;

d) lavoro intermittente (lavoro a chiamata o job on call):

per i giovani (<25 anni) e per gli anziani (>55) viene ripristinato il libero utilizzo di questo strumento contrattuale; l'obbligo di notifica è stato semplificato nelle modalità (è ora sufficiente un sms) e ridotto nelle circostanze (basta che la notizia giunga all'inizio di un ciclo integrato di prestazioni fino a 30 giorni); è stato significativamente ridotta (-60%) l'entità delle sanzioni;

e) lavoro occasionale (voucher):

è stata reintrodotta la possibilità di prestare lavoro occasionale per imprenditori commerciali e per professionisti;

f) titolari di partita IVA:

le presunzioni sulla natura abusiva del rapporto professionale non si applicano in presenza di un profilo soggettivo del titolare connotato dalla significatività del percorso formativo o delle competenze e dalla adeguatezza del reddito generato dal rapporto (almeno 1,25 volte il minimo previdenziale per il lavoro autonomo, e cioè circa 18.000 € su base annua); le stesse presunzioni non si applicano inoltre nei casi di operatori le cui attività professionali preveda per via normativa l'iscrizione a ordini, registri, albi o elenchi; le presunzioni sono state corrette in tutte tre le voci, aumentando sia il dato remunerativo (all'80%), sia la durata (ora a 8 mesi) e introducendo la nozione di "postazione fissa";

g) bilateralità:

è stata recepita l'esperienza della bilateralità secondo il modello del settore artigiano;

h) partecipazione:

è stato recepito il testo elaborato in Senato, e che agevola sul piano normativo e fiscale le esperienze volontarie di partecipazione dei lavoratori agli utili o al capitale delle imprese nonché di previsione nei modelli di *governance* di commissioni paritetiche ed organismi misti.

Il provvedimento alla Camera

Sono note le circostanze politiche che hanno determinato, il 27 giugno scorso, il voto senza modifiche sul testo del Senato (l'esigenza di presentarsi al vertice di Bruxelles del 28-29 giugno facendo sfoggio dell'approvazione finale della riforma del lavoro) e l'impegno assunto, in cambio, dal Governo Monti di adottare «tempestivamente» dei provvedimenti sui temi posti dai gruppi di maggioranza e cioè misure a favore dei c.d. esodati, su alcuni aspetti riguardanti la flessibilità in entrata, sugli ammortizzatori sociali. Ovviamente, tra i partiti della maggioranza vi erano delle sensibilità diverse su ciascuno di questi argomenti, ma la loro soluzione ha fatto parte comunque di un interesse comune. Andavano trovati i vettori legislativi adeguati. Così, per gli «esodati», il problema è stato affrontato nella *spending review* incardinata al Senato, mentre le materie attinenti al lavoro sono state caricate alla Camera (che aveva un debito con il Governo) nel decreto sviluppo. Va riconosciuto il contributo pervenuto dalle parti sociali (Cgil, Cisl e Uil e Confindustria) attraverso l'avviso comune del 5 luglio 2012 che ha costituito (con alcuni importanti arricchimenti) la base di riferimento per le modifiche concordate nella maggioranza e confrontate con il Governo.

Contratti a termine

L'emendamento supera le difficoltà che l'allungamento degli intervalli (rispettivamente a 60 e a 90 giorni) tra un contratto a termine e l'altro crea nell'organizzazione di alcune lavorazioni di tipo stagionale. Per gli stessi motivi si affida, in generale, la disciplina degli intervalli alla contrattazione collettiva.

Apprendistato

Al fine di aprire ulteriori possibilità di utilizzo dell'apprendistato si esplicita la possibilità di assunzione di apprendisti in somministrazione a tempo indeterminato.

Partite IVA

Nella legge Fornero sono previsti alcuni parametri che fanno presumere a seconda dei casi la sussistenza di un rapporto con un titolare di partita Iva corretto o scorretto. Nel primo caso non opera l'inversione dell'onere della prova a cui è tenuto il committente. La modifica sposta la sussistenza di questi criteri (la durata complessiva della prestazione e il reddito percepito dal committente prevalente (ai fini del riconoscimento della correttezza del rapporto) da un solo anno a due consecutivi. E' un cambiamento molto importante che, insieme agli altri introdotti al Senato, mette in sicurezza le partite Iva vere.

Lavoro accessorio

Al fine di salvaguardare le occasioni di integrazione al reddito dei percettori di ammortizzatori sociali, si mantiene, almeno per il 2013, la disposizione di legge che consente di cumulare le prestazioni, derivanti dalla cassa integrazione, con il voucher.

Ammortizzatori sociali

La norma si limita a riconoscere anche nel 2014 i medesimi periodi di copertura della indennità di mobilità vigenti nel 2013 per le imprese del Mezzogiorno. Non vi è nessun rinvio dell'entrata in vigore dell'Aspi, ma solo un rinvio di un segmento del complesso degli ammortizzatori sociali, che poi a partire dal 2015 torna ad allinearsi con le scadenze previste nella legge Fornero. Per meglio comprendere la questione è bene notare che il nuovo sistema Aspi va a regime completamente entro il 2017 e contemporaneamente va ad esaurimento quello precedente. La modifica inserisce una pausa nel 2014 limitatamente alla mobilità nelle aree svantaggiate.

Monitoraggio in materia di ammortizzatori sociali

Questa è una norma di verifica e monitoraggio da collocarsi, entro il 31 ottobre 2014, prima dell'andata a regime del nuovo sistema e dell'esaurirsi di quello precedente.

Aliquota contributiva partite IVA

La norma riguarda i collaboratori e le partite Iva iscritti in via esclusiva alla Gestione separata per cui è previsto nella legge un incremento dell'aliquota contributiva di ben sei punti, dal 27 al 33%, a partire dal 2013 in ragione di un punto all'anno. L'inizio dell'incremento viene posticipato di un anno. Come compensazione viene accelerata l'andata a regime – gradualmente dal 18 al 24% ma con una partenza più sostenuta pari a due punti - degli iscritti alla medesima Gestione in possesso di un'altra posizione previdenziale prevalente.

Aziende in procedura concorsuale

La legge Fornero prevede l'abrogazione della norma che consente, per le aziende ammesse alle procedure concorsuali, l'utilizzo della Cassa integrazione Straordinaria. La modifica si ispira ad un maggiore equilibrio, fino a tutto il 2015, in quanto il precludere in tutte le procedure concorsuali tale opportunità (in particolare nei casi come le amministrazioni straordinarie o i concordati preventivi, ossia situazioni finalizzate alla prosecuzione dell'attività lavorativa ed al risanamento aziendale), significherebbe, per i lavoratori, la sola prospettiva del licenziamento.

Archivio

Si istituisce l'archivio dei contratti sulle crisi aziendali onde ovviare in futuro i problemi insorti nella individuazione del numero dei c.d. esodati.

Assunzioni obbligatorie

Si escludono dalla base di computo dell'aliquota di riserva (assunzioni obbligatorie), i contratti a termine di durata fino a 6 mesi, ripristinando la ratio della norma di analogo tenore originariamente prevista dalla legge n. 68 del 1999, anche per evitare complessi problemi di natura gestionale alle imprese.

Procedure di concordato

L'emendamento mira a dare una più compiuta attuazione all'articolo 5, paragrafo 2 della Direttiva 2001/23/CE, volto ad agevolare la conclusione di operazioni di trasferimento di azienda, o di rami di essa, nelle ipotesi di imprese soggette a procedure concorsuali, così da garantire la miglior tutela possibile dei livelli occupazionali.

Call Center

In un quadro di regolazione del settore rispetto ai processi di delocalizzazione in corso, vengono escluse dall'applicazione delle nuove disposizioni in materia di lavoro a progetto "le attività di vendita diretta di beni e servizi realizzate attraverso Call Center "Outbound" per le quali il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento".

Copertura aggiuntiva

Alle minori entrate contributive derivanti dalla lettera g) del comma 1 pari a 50 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013 e 2014 si provvede quanto a 4 milioni di euro per l'anno 2013 e a 12 milioni di euro per l'anno 2014 mediante le maggiori entrate derivanti dalla medesima lettera g) del comma 1 e quanto a 46 milioni di euro per l'anno 2013 e a 38 milioni di euro per l'anno 2014 mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 24, comma 27, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

Il “Decreto Sviluppo”

Le modifiche promesse sono state immediatamente rispettate con l’approvazione, in sede di conversione, del “Decreto Sviluppo” (D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modd. dalla L. 7 agosto 2012, n. 134. È stata riscritta la responsabilità solidale dell’appaltatore (art. 13-ter L. 134/2012); sono state apportate numerose modifiche alla L. 92/2012 con l’art. 46-bis. Sono state modificate le norme sui contratti a termine, sull’apprendistato, sulle “partite IVA”, sul lavoro accessorio, sulle aliquote contributive dei co.co.co., sugli ammortizzatori sociali. Sono modifiche già tutte annunziate, secondo quanto concordato in sede parlamentare.

Conclusioni finali

Non è proprio il caso di parlare, conclusivamente, di svolta storica a proposito della riforma del mercato del lavoro. Di svolte se ne è rischiate una all’indietro. E il recupero è stato significativo ed importante anche se continuano a prevalere i limiti. La visione del lavoro che ispirava questo provvedimento avrebbe riposizionato le lancette della storia a ritroso di almeno vent’anni. Sulla base di un pregiudizio negativo sul mondo delle imprese, si era costruito un sistema prendendo a riferimento i casi patologici, assumendoli come linea di condotta generale, rappresentando, quindi, un mercato del lavoro dominato dall’abuso, dove chi è in regola, se applica rapporti flessibili, è sospettato di non esserlo e a cui spetta l’onere della prova. La legge è vittima di uno squilibrio genetico dipendente da una inadeguata modifica della disciplina del licenziamento che, a fronte della conferma dei vincoli e dei pregiudizi posti sulla flessibilità in entrata, avrebbe reso non solo più rigido ma ingestibile il mercato del lavoro. Con le modifiche apportate alla flessibilità in entrata si è corretto, in buona parte, questo squilibrio, senza rinunciare ad una migliore tutela dei lavoratori, ma non costringendo le aziende a dei veri e propri <percorsi di guerra> per assumere. Inoltre è bene ricordare che, in via generale, le nuove disposizioni vanno in vigore tra un anno o si applicano ai nuovi contratti. La situazione, dunque, va tenuta sotto controllo ben prima e al di là di quel monitoraggio che è previsto nella legge stessa. E’ abbastanza semplice notare, ben oltre ogni facile quanto inutile strumentalizzazione, che la parte prevalente delle modifiche correttive apportate dalle Camere riguarda la cosiddetta flessibilità in entrata. Sugli ammortizzatori sociali e sulla disciplina dei licenziamenti il testo è rimasto, per tanti motivi, quasi uguale a quello iniziale. Molti invece i cambiamenti all’articolo 1 in materia di rapporti di lavoro flessibili. Di tali modifiche, tuttora insufficienti, chi scrive fornisce la seguente spiegazione: le regole sulla c.d. flessibilità in entrata contenute nel disegno di legge e prima ancora nel documento sulle linee guida del 23 marzo, erano talmente irragionevoli da rasentare l’assurdità. Così ha vinto la ragionevolezza.

LICENZIAMENTI: TENTATIVO DI CONCILIAZIONE E PROCEDIMENTO SPECIALE

di Domenico Borghesi - Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Modena e Reggio Emilia

Tentativo di conciliazione obbligatorio e preventivo

L'art. 1, comma 4, della legge 28 giugno 2012, n. 92, riformulando l'art. 7 della legge n. 604/1966, dispone che quando il datore di lavoro che ha i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 9, St. lav., intende intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, prima di provvedere, deve comunicare tale sua intenzione alla Direzione territoriale del lavoro del luogo nel quale il lavoratore presta la sua attività e, per conoscenza (?), al lavoratore licenziando. Nella comunicazione devono essere indicati i motivi del licenziamento.

La Direzione territoriale trasmette la convocazione alle parti nel termine perentorio di 7 giorni dalla ricezione della comunicazione presso la Commissione provinciale di cui all'art. 410 c.p.c.

La convocazione si ritiene validamente trasmessa quando è recapitata al domicilio del lavoratore o è consegnata allo stesso, che sottoscrive per ricevuta.

La procedura si conclude entro 20 giorni dalla trasmissione della convocazione all'incontro, salvo che le parti di comune avviso non ritengano di proseguire il tentativo. La procedura può essere sospesa per non più di quindici giorni se il lavoratore non può partecipare all'incontro per legittimo e documentato impedimento. Gli effetti del licenziamento retroagiscono al momento in cui il datore di lavoro ha dato l'avviso, salvo il diritto del lavoratore al preavviso o all'indennità sostitutiva e salvo l'effetto sospensivo disposto dalle norme sulla tutela della maternità e della paternità. Il licenziamento rimane altresì sospeso in caso di infortunio.

Fallito il tentativo o trascorso il termine di 7 giorni dalla ricezione della comunicazione il datore di lavoro può intimare il licenziamento.

La disposizione proceduralizza l'atto tramite il quale il potere di licenziamento viene esercitato, richiedendo per il suo perfezionamento il previo esperimento del tentativo di conciliazione. Chiaro quindi che, senza il tentativo di conciliazione la fattispecie è incompleta.

Per lo stesso motivo non vi può essere difformità tra il licenziamento preannunciato e quello comminato. Nel senso che il motivo indicato nella comunicazione non può essere diverso da quello posto a base del licenziamento. Il datore di lavoro cioè, se vuole modificare il motivo deve ripetere il tentativo di conciliazione.

La conseguenza, in entrambi i casi sopra prospettati, non è, come sarebbe logico, l'incapacità del licenziamento di produrre effetti, bensì la sua illegittimità, sanzionata da un'indennità risarcitoria ricompresa tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione di fatto (nuovo testo dell'art. 18, comma 6, St. lav. introdotto dall'art. 1 comma 12).

Termini

Per evitare che la procedura si dilati e che il licenziamento subisca ritardi, grazie anche a possibili (e comprensibili) azioni di *filibustering* del lavoratore licenziando, il progetto prevede due termini piuttosto ristretti. Nel primo caso si impone alla direzione territoriale di convocare le parti nel termine perentorio di sette giorni. Nel secondo si dichiara conclusa la procedura quando si formalizza il disaccordo o sono trascorsi venti giorni dal giorno in cui la Direzione territoriale ha trasmesso la comunicazione per l'incontro.

Ad essere cruciale è il primo termine perché è espressamente definito "perentorio" (e quindi improrogabile) e perché, stando alla lettera del progetto, sembrerebbe l'unico, trascorso il quale, il licenziamento può essere intimato.

Un emendamento del Senato ha chiarito che, nel termine di sette giorni, la Direzione territoriale del lavoro deve inviare la convocazione e non anche fissare l'incontro, precisando altresì che l'invio deve ritenersi perfezionato, non al momento della spedizione, ma quando la convocazione

raggiunge il lavoratore o, quanto meno, il suo domicilio. Per la consegna diretta a mani del lavoratore sembrerebbe necessaria la sua sottoscrizione per ricevuta. Non è chiaro se, in caso di rifiuto del lavoratore di sottoscrivere per ricevuta, la consegna possa essere provata per testi. In questo caso, come in quello del preavviso di licenziamento, è ovviamente ammessa la notifica che rappresenta, di per sé, una complicazione, ma che semplifica notevolmente la prova della data di consegna al destinatario.

In questo modo il termine di sette giorni finisce per condizionare in modo determinante la procedura. La Direzione territoriale, infatti, se non riesce a far recapitare la convocazione nel termine, incorre in una decadenza che non può in alcun modo essere sanata. Il datore di lavoro infatti, decorso il fatidico termine, può effettuare il licenziamento anche se la possibilità di tentare la conciliazione, in realtà, non c'è stata.

Se si bada alla sola formulazione dell'art. 7, comma 5, nuovo testo, della legge n. 604/1966 sembra che il datore di lavoro abbia facoltà di licenziare trascorsi sette giorni dalla comunicazione, anche se entro tale termine l'ufficio territoriale del lavoro ha effettuato la convocazione. Tuttavia, se così stessero le cose, l'intero sistema imperniato sul tentativo di conciliazione preventivo perderebbe di senso. Il licenziamento infatti potrebbe essere intimato sistematicamente prima che un vero tentativo di conciliazione abbia avuto la concreta possibilità di svolgersi. E poi sarebbe difficile spiegare il senso del termine di venti giorni dalla convocazione entro il quale il tentativo deve concludersi. Termine totalmente privo di utilità (oltre che di logica) se il licenziamento potesse essere intimato prima della sua scadenza. Meglio quindi optare per un'interpretazione leggermente ortopedica e ritenere che il datore di lavoro possa licenziare solo se i sette giorni dalla comunicazione sono trascorsi senza che la Direzione territoriale del lavoro abbia convocato le parti. Se lo ha fatto, il datore di lavoro può intimare il licenziamento solo quando si è formalizzata la mancata conciliazione o sono trascorsi 20 giorni dalla trasmissione della convocazione.

Mi pare ovvio che la proroga del termine di durata massima del tentativo di conciliazione per giustificato impedimento del lavoratore o per comune accordo delle parti comporti l'automatica proroga del divieto di licenziamento.

Licenziamento con effetto retroattivo

Nel corso del pur breve lasso di tempo che deve intercorrere tra la manifestazione in forma ufficiale della volontà di porre in essere il licenziamento e la sua effettiva intimazione si possono verificare cose che modificano la situazione, rendendo non più legittimo il licenziamento che lo sarebbe stato al momento dell'annuncio.

Senza fare troppi sforzi di fantasia, potrebbe accadere che, nelle more tra la comunicazione e l'intimazione del licenziamento, sopravvengano eventi quali la malattia, la gravidanza o il preannuncio del matrimonio tramite le pubblicazioni.

Per evitare l'inconveniente, al Senato è stato aggiunto un nuovo comma (41) all'art. 1 nel quale è stabilito che gli effetti del licenziamento retroagiscono al momento in cui l'intenzione di porlo in essere è comunicata alla Direzione territoriale del lavoro e al lavoratore interessato³. Tanto dovrebbe bastare perché a rilevare non sia la situazione in essere al momento del licenziamento, ma quella nella quale il lavoratore si trova quando riceve l'annuncio.

Per restare agli esempi fatti in precedenza, lo stato oggettivo di gravidanza, le pubblicazioni di matrimonio o la malattia intervenuti dopo la comunicazione che dà inizio al tentativo di conciliazione non dovrebbero incidere sulla validità del licenziamento, anche se sono in atto quando è intimato. Perché questo sia nullo o inefficace bisogna infatti che le descritte situazioni siano presenti già al momento dell'annuncio.

³ Nel caso in cui le comunicazioni avvengano in date diverse, ritengo che a far decorrere gli effetti del licenziamento sia quella al lavoratore. Per questo motivo sembra particolarmente fuori luogo l'aver qualificato la comunicazione al lavoratore "per conoscenza".

Il comma aggiunto completa poi il quadro *a)* facendo salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva; *b)* facendo inoltre salvo l'effetto sospensivo disposto dalle norme a tutela della maternità e della paternità (D.Lgs n. 151/2001); *c)* dichiarando altresì sospesi gli effetti del licenziamento in caso di infortunio su lavoro; *d)* prevedendo che l'eventuale lavoro svolto durante la procedura di conciliazione si considera come preavviso lavorato.

Il riferimento al preavviso o all'indennità sostitutiva sta probabilmente a significare che alla data dell'annuncio matura il diritto all'indennità sostitutiva o inizia a decorrere il periodo di preavviso e che l'attività svolta durante il tentativo di conciliazione si trasforma automaticamente in preavviso lavorato una volta che il licenziamento con effetto retroattivo è intimato.

Il riferimento alla sospensione per gravidanza o infortunio non è facile da decifrare. Tuttavia si potrebbe ritenere che l'effetto retroattivo del licenziamento sia, in qualche modo, contrastato dalla gravidanza e dall'infortunio sul lavoro, i quali, se intervengono nelle more tra l'annuncio e l'intimazione del licenziamento, sospendono il rapporto per tutta la loro durata. Nessun effetto sospensivo è invece prodotto dalla normale malattia.

È appena il caso di sottolineare che non è facile capire in che cosa consista "l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità". Infatti nel D.Lgs n. 151/2001 non c'è traccia di norme che ricolleghino alla gravidanza un effetto sospensivo. Sul licenziamento semmai l'effetto prodotto è la nullità.

Per di più, anche se, con uno sforzo interpretativo, si ritiene che il progetto abbia voluto stabilire che la gravidanza intervenuta nelle more tra l'annuncio e l'intimazione del licenziamento ne sospende gli effetti e proroga quindi il rapporto di lavoro, non è chiaro da e fino a quando tale sospensione dovrebbe durare (si deve prendere in considerazione lo stato oggettivo di gravidanza o il periodo di assenza obbligatoria o il primo anno di vita del bambino?).

Valutazione del comportamento delle parti

Il comportamento tenuto dalle parti nel corso del tentativo di conciliazione e, in particolare, la mancata accettazione della proposta formulata dalla Commissione ha un rilievo del tutto particolare nella successiva causa di impugnazione del licenziamento. Infatti, non solo il giudice può tenerne conto ai fini della condanna alle spese di causa, ma anche per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, comma 8, St. lav. Conseguentemente il comportamento delle parti diventa uno dei criteri che, opportunamente bilanciato con gli altri, dovrà essere tenuto presente nella scelta tra il minimo e il massimo previsti dalla legge.

Rito speciale: delimitazione della materia del contendere

La legge n. 92 (art. 1, commi 47-69) istituisce un rito speciale del quale tenta di contenere in modo rigoroso l'ambito di operatività, ponendo limiti alla possibile dilatazione della materia del contendere.

Il tema principale sono le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti governati dall'art. 18 St. lav., anche quando devono essere risolte questioni relative alla natura giuridica del rapporto di lavoro. La qual cosa significa che l'accertamento sulla qualificazione del rapporto di lavoro può essere chiesto, per questa via, solo se è strumentale all'impugnazione del licenziamento, che ovviamente in questi casi sarà formalmente qualificato come esaurimento del rapporto di lavoro subordinato per scadenza del termine o risoluzione del rapporto di lavoro autonomo.

Possono essere proposte anche domande diverse rispetto a quella di impugnazione del licenziamento e a quella, strumentale, di qualificazione del rapporto di lavoro, purché fondate su identici fatti costitutivi. Se ci si chiede quali possano essere queste domande che restano diverse, pur condividendo con quelle di impugnazione del licenziamento e dintorni i medesimi fatti costitutivi, gli unici esempi che vengono in mente sono la domanda di pagamento delle differenze retributive conseguenti all'accertamento del carattere subordinato di un rapporto di lavoro erroneamente qualificato come autonomo, oppure il risarcimento del danno conseguente ad un licenziamento ingiuri-

rioso o discriminatorio. Salvo che in quest'ultimo caso vi è l'allegazione anche di un fatto non "identico" rappresentato appunto dal danno, dal quale può derivare un allargamento del tema d'indagine, con conseguente dilatazione delle necessità istruttorie.

Nella fase sommaria la materia del contendere è determinata dalla domanda e dalle eccezioni. Non sembrano invece ammesse domande riconvenzionali, né interventi o chiamate in causa di terzi. Nulla insomma può allargare la materia del contendere oltre a quanto è strettamente indispensabile per realizzare il principio del contraddittorio (cioè alle eccezioni). Per quanto riguarda il giudizio di opposizione, il comma 51 dell'art. 1 si limita a stabilire che con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 (relative all'impugnazione di licenziamenti), ripetendo la formula già usata con riferimento alla fase sommaria, "salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi", e aggiungendo "o siano svolte nei confronti di soggetti ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti".

Il convenuto può quindi allargare la materia del contendere chiamando un terzo in causa⁴ o proponendo domanda riconvenzionale, che però, se non è basata su fatti identici a quelli posti a base della domanda principale, deve essere trattata in separato giudizio, regolato dall'"ordinario" rito del lavoro.

Il progetto sembra non tenere nella giusta considerazione il fatto che il ricorso in opposizione, oltre a dar vita ad un giudizio di primo grado, ha funzione (quanto meno *lato sensu*) impugnatoria perché ha inizio quando la domanda non solo è stata proposta, ma è anche stata decisa. Conseguentemente chi propone l'opposizione non è l'attore, bensì la parte soccombente.

Per saggiare lo schema previsto dall'art. 18 bisogna distinguere a seconda che a proporre l'opposizione sia il datore di lavoro da quella in cui sia il lavoratore. Nel primo caso il datore di lavoro-opponente è formalmente attore, ma sostanzialmente mantiene la posizione di convenuto che ricopriva in precedenza e può quindi proporre la domanda riconvenzionale che gli è stata preclusa nella fase sommaria e chiamare in causa terzi.

Il lavoratore, con la sua memoria difensiva, non deve riproporre come riconvenzionale la domanda di impugnazione del licenziamento, essendo questa già stata proposta nel procedimento sommario che è una fase della stessa causa. Nello stesso ordine di idee non può modificare la domanda originaria, se non nei limiti dell'*emendatio libelli*, né proporre domande riconvenzionali, se non forse nei limiti della *reconventio reconventionis*⁵ basata su identici fatti costitutivi.

Se ad assumere il ruolo dell'opponente è il lavoratore, si pongono, a ruoli rovesciati, gli stessi problemi che abbiamo appena esaminato. In particolare i fatti posti a base della domanda di impugnazione del licenziamento nella fase sommaria non possono essere modificati in quella di opposizione. In mancanza di specifiche preclusioni la stessa regola non dovrebbe valere per le nuove prove e per le nuove eccezioni opponibili dal datore di lavoro⁶.

Pur essendo prevalente nell'opposizione la natura di giudizio di primo grado è innegabile la sua funzione impugnatoria rispetto all'ordinanza emanata all'esito della fase sommaria, con conseguente applicazione di alcune regole coerenti con tale funzione. Così, ad esempio, in caso di soccombenza parziale reciproca non dovrebbero esserci dubbi sull'ammissibilità dell'opposizione incidentale tardiva, in applicazione del modello delineato dall'art. 334 c.p.c. per l'appello⁷.

⁴ In questo caso non è richiesta l'identità dei fatti costitutivi, che peraltro non potrebbe verificarsi nella chiamata in garanzia, tramite la quale si fa valere una domanda basata su fatti nuovi quale è quella di regresso.

⁵ V., per l'opposizione a decreto ingiuntivo, Cass. 29 settembre 2006, n. 21245 e Cass. 16 maggio 2006, n. 11368.

⁶ La giurisprudenza a proposito della procedura prevista dall'art. 28 St. lav. ha ritenuto che i fatti allegati dal ricorrente nella fase sommaria rappresentino un limite alla cognizione del giudice dell'opposizione (Cass. 23 marzo 1994, n. 2808), ma che siano ammesse nuove eccezioni (Cass. 21 giugno 1987, n. 5179).

⁷ In questo senso v. Cass. 5 novembre 1991, n. 11769 sempre a proposito dell'opposizione al decreto ex art. 28 St. lav.

Struttura del processo

Passando alle norme di procedura e iniziando dalla struttura del procedimento, bisogna dire innanzitutto che la legge, nel delineare un procedimento speciale (ricavato all'interno del, già speciale, processo del lavoro), non ha seguito la via più semplice che sarebbe stata quella di fare riferimento ad una procedura già nota, quale, ad esempio, quella disciplinata dall'art. 702-bis ss. c.p.c., o lo stesso processo del lavoro (i cui tempi tra l'altro, in teoria, sono di poco inferiori)⁸, preoccupandosi solo di inventare qualche marchingegno capace di garantire che i ristretti termini entro i quali deve essere esaurita, previsti sulla carta, siano rispettati anche nella realtà. Ha invece preteso di regolamentare per intero una procedura del tutto nuova, articolata su quattro gradi di giudizio che hanno tutti come filo conduttore la semplificazione del rito e l'urgenza della trattazione, che, a tutti i livelli, deve essere mantenuta entro termini molto ristretti. La legge non dice in modo esplicito che il nuovo processo speciale va inserito nella cornice del processo del lavoro piuttosto che in quella del processo ordinario⁹. Tuttavia esistono indizi inequivocabili in questo senso rappresentati dal richiamo agli artt. 414, 416 e 421 c.p.c.

Per ottenere il risultato ha previsto una prima fase a struttura sommaria che inizia con ricorso il cui contenuto è quello essenziale prescritto dall'art. 125 c.p.c. e si conclude con un'ordinanza di carattere decisorio (cioè suscettibile di passare in giudicato), contro la quale può essere proposta l'opposizione che apre un giudizio di primo grado al cui esito viene emanata una sentenza contro la quale può essere proposto reclamo alla Corte d'appello che, a sua volta, decide con sentenza soggetta a ricorso per cassazione. Così facendo però il progetto non si limita a riprodurre lo schema, ormai ampiamente collaudato, del procedimento sommario cui può seguire una fase a cognizione piena che si snoda nei normali tre gradi di giudizio¹⁰. Prevede infatti che nella fase di opposizione in primo grado, all'udienza, "il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti, nonché disposti d'ufficio" (art. 1, comma 57). In secondo grado la Corte d'appello "sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi" (art. 1, comma 60).

Ad una prima lettura colpisce l'assonanza delle espressioni usate con riferimento al giudizio di opposizione, sia in primo grado sia in appello, con quella che l'art. 1, comma 49, sulla tutela urgente sembra aver mutuato dall'art. 669-sexies c.p.c.

Se si seguisse questa suggestione e si attribuisse valore determinante all'autorizzazione concessa al giudice ad omettere ogni formalità non essenziale al contraddittorio e a procedere nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione, bisognerebbe concludere che ad avere struttura sommaria non è solo la fase urgente prevista dall'art. 1, comma 49, ma anche quella di opposizione, sia in primo, sia in secondo grado. Ad avvalorare questa impressione, tra l'altro, concorre l'opinione, sostenuta da una parte della dottrina, secondo la quale l'art. 111, comma 1, cost. ("La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge") escluderebbe che nel processo a cognizione piena possa essere concesso spazio alla discrezionalità del giudice nella determinazione delle regole procedurali, che dovrebbe invece essere riservata alla legge. Da ciò discenderebbe che, ogni qual volta il giudice - come nel caso di specie - è autorizzato a "procedere nel modo che ritiene più opportuno", il procedimento non potrebbe che essere sommario, stante la

⁸ Infatti, se gli artt. 415, comma 3, 420, comma 6, c.p.c. fossero scrupolosamente applicati la durata del processo del lavoro non dovrebbe superare i 70 giorni. Appena 30 giorni in più rispetto ai 40 giorni previsti per l'esaurimento della procedura sommaria introdotta dalla nuova legge.

⁹ Come è stato fatto, ad esempio, con la legge n. 847/1977 a proposito del procedimento per la repressione dell'attività antisindacale.

¹⁰ Il punto di riferimento è la procedura *ex art. 28 St. lav.* cui si sono ispirate le successive norme in materia di discriminazioni.

mancanza di uno dei requisiti necessari perché il processo a cognizione piena possa considerarsi “giusto” ai sensi dell’art. 111 cost.¹¹

È appena il caso di aggiungere che, se le cose stessero in questi termini, avremmo una procedura che si articola in tre gradi di merito (oltre a quello di cassazione), ognuno dei quali ha struttura sommaria. La qual cosa sarebbe non solo curiosa, ma fortemente sospetta di illegittimità costituzionale, essendo ampiamente diffusa l’opinione secondo la quale il procedimento sommario, per corrispondere ai canoni del giusto processo, deve prevedere un meccanismo di conversione in processo a cognizione piena¹². Meccanismo che, nel nostro caso, mancherebbe, essendo la forma della cognizione piena relegata al giudizio di cassazione.

Tuttavia, se si presta maggiore attenzione alla formulazione letterale delle disposizioni cui si è più sopra fatto cenno, non si possono non rilevare differenze tutt’altro che trascurabili. In particolare, mentre nella fase urgente la facoltà del giudice di procedere nel modo che ritiene più opportuno si riferisce agli atti di istruzione “indispensabili”, nella fase di opposizione in primo grado gli atti di istruzione presi in considerazione sono quelli “ammissibili e rilevanti” e in appello quelli “ammessi”.

Fermo restando che le segnalate differenze terminologiche non possono essere casuali, è significativo che i termini “indispensabili” e “rilevanti” riferiti agli atti istruttori siano stati mutuati, rispettivamente, dall’art. 669-*sexies*, comma 1, e dell’art. 702-*ter*, comma 5, c.p.c., il primo dei quali descrive un procedimento a struttura sommaria, mentre il secondo, per la maggioranza della dottrina, disciplina un procedimento a cognizione piena semplificato¹³. E a fare la differenza è proprio il passaggio dall’istruttoria ridotta alle prove “indispensabili”, che simboleggia la sommarietà dell’accertamento, a quella estesa ai mezzi istruttori “rilevanti”, che allude alla cognizione piena ed esauriente¹⁴.

Così stando le cose si può concludere che lo speciale processo disciplinato dalla legge n. 92 si articola in una fase urgente a struttura sommaria che si conclude con un’ordinanza, contro la quale può essere proposta opposizione tramite la quale si instaura un processo a cognizione piena, semplificato e accelerato, che si conclude con una sentenza soggetta ad un reclamo che non ha a che fare con quello previsto dall’art. 669-*terdecies* c.p.c. a proposito dei provvedimenti cautelari, ma apre una vera e propria fase di appello a cognizione piena, accelerata e semplificata come quella di primo grado.

Resta la possibilità del ricorso per cassazione secondo il rito ordinario che la disciplina speciale tenta, nei limiti del possibile, di accelerare, prevedendo che l’udienza di discussione deve essere fissata a non oltre 6 mesi dalla proposizione del ricorso (art. 1, comma 62).

Si tratta ora di vedere in che cosa consiste l’accelerazione e in che cosa la semplificazione.

Quanto alla prima, l’intera procedura è scandita da termini più ristretti di quelli previsti dall’“ordinario” processo del lavoro, che, come al solito, sono perentori se imposti alle parti, e ordinatori, se imposti al giudice.

¹¹ Così Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 137 ss., secondo il quale il precetto costituzionale vale sia per eventuali procedimenti interamente discrezionali, sia per procedimenti solo parzialmente disciplinati per legge, poiché, anche in questi ultimi, gli spazi lasciati alla discrezionalità del giudice contrastano col divieto di cui all’art. 111, comma 4, Cost.

¹² Carratta, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa - Studi*, a cura di A. Carratta, Napoli, 2012, 22 s.

¹³ Biavati, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 185 ss. *Contra*, nel senso della “sommarietà non solo nel nome, ma anche nella sostanza”, v. Tiscini, *Commento all’art. 1*, in *La semplificazione dei riti civili*, a cura di B. Sassani e R. Tiscini, Roma, 2011, 13.

¹⁴ Un altro indicatore del carattere di processo a cognizione piena dell’opposizione è il richiamo all’art. 414 c.p.c. che si contrappone all’art. 125 c.p.c. cui si deve uniformare il ricorso introduttivo della fase sommaria.

Quanto alla semplificazione, il discorso è molto più complesso perché il progetto non precisa quali siano le formalità non essenziali al contraddittorio che il giudice può omettere, né in che modo può esercitare la sua discrezionalità nell'assumere i mezzi di prova.

È chiaro che il problema non si pone tanto per la fase urgente, che - come si è detto - è caratterizzata dalla sommarietà della cognizione, nel cui ambito l'unica regola da rispettare è quella del contraddittorio, quanto per le fasi di opposizione in primo e secondo grado, che - come pure si è detto - sono a cognizione piena.

In linea di massima mi pare non ci sia spazio per la discrezionalità del giudice riguardo alle norme previste dalla legge (ad es. in materia di termini e di deposito della sentenza), né a quelle del c.p.c. espressamente richiamate (come ad es. gli artt. 414, 416, con tutto il sistema di preclusioni loro collegato). Per le altre spetterà al giudice, volta per volta, verificare se di una certa formalità prevista dalla legge si può fare a meno senza compromettere il principio del contraddittorio¹⁵.

Quanto ai mezzi istruttori la valutazione di opportunità del giudice non potrà incidere né sul principio di tipicità, né sull'ammissibilità - rilevanza, né sull'efficacia delle prove, né, tanto meno, sulla distribuzione dell'onere della prova, ma solo, marginalmente, sulle modalità di assunzione.

L'ambito di operatività dei poteri di semplificazione attribuiti al giudice non può certo essere indagato nelle poche battute che gli si possono dedicare in questa sede. Una cosa tuttavia va sottolineata e cioè che la regolamentazione fornita dal progetto allo speciale procedimento dedicato ai licenziamenti non dovrebbe incorrere nella censura di illegittimità costituzionale per non essere "regolato dalla legge", così come prevede l'art. 111 alinea Cost. debba essere il giusto processo. O meglio dovrebbe incorrere nelle dette censure solo se si segue quell'opinione dottrinale, cui si è più sopra fatto cenno, che considera il precetto costituzionale rispettato solo se il processo a cognizione piena è totalmente regolato dalla legge, senza che residuino spazi per la discrezionalità del giudice¹⁶.

Se invece si segue l'opinione di chi ritiene che, per soddisfare il principio enunciato dall'art. 111 Cost., sia sufficiente che la legge regoli gli elementi essenziali del processo e che quindi possa essere lasciato spazio alla libera determinazione del giudice¹⁷, lo schema previsto dal progetto potrà essere censurato sotto il profilo dell'opportunità, ma non sotto quello della legittimità costituzionale, non essendo revocabile in dubbio la sua corrispondenza alle garanzie minime che devono essere rispettate perché il processo possa essere considerato "giusto". Garanzie assicurate tramite il richiamo di un nucleo essenziale di norme procedurali cui il giudice è vincolato.

Resta da dire che il carattere sommario della prima fase della procedura in esame non esclude, di per sé, il ricorso ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. Il pericolo che nei tempi necessari per l'emanazione del provvedimento di merito il diritto del lavoratore subisca un pregiudizio irreparabile continua infatti ad essere prospettabile. Tanto più che, dopo l'intervento del Senato, i tempi di durata della fase sommaria si sono sensibilmente allungati¹⁸. In realtà quello previsto dal progetto è un procedimento sommario, nel quale, in modo abbastanza anomalo, in seguito al citato intervento del Senato il contraddittorio è stato regolato in modo formale. In particolare è previsto un termine a difesa di almeno 20 giorni per il convenuto, nonché un altro termine di 5 giorni prima dell'udienza entro il quale lo stesso deve costituirsi. Data la sommarietà del pro-

¹⁵ Ad esempio il giudice potrebbe non ritenere opportuna la fissazione di una nuova udienza ai sensi dell'art. 418 c.p.c. in seguito alla proposizione di domanda riconvenzionale ad opera del convenuto, oppure potrebbe non seguire la procedura prevista dall'art. 420 *bis* c.p.c. quando si presenta una questione relativa all'interpretazione, l'efficacia o la validità di una clausola di contratto collettivo.

¹⁶ V. *supra* la nota 9.

¹⁷ Così Chiarloni, *Il nuovo art. 111 cost., e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 1116 s.

¹⁸ Per la stessa soluzione del problema con riferimento all'art. 28 St. lav. v. Lunardon, *Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, in *Il processo del lavoro*, a cura di D. Borghesi, Padova, 2005, 459.

cedimento la violazione dei detti termini non dovrebbe comportare né la nullità dell'atto introduttivo né la decadenza del convenuto da eccezioni e istanze istruttorie. Tuttavia, anche se così stessero le cose, sarebbe inevitabile per il giudice applicare una versione semplificata dell'art. 164 c.p.c., spostando la prima udienza in caso di insufficienza del termine a comparire o di ritardata costituzione del convenuto.

Per concludere si può dire che il legislatore, nel predisporre il rito speciale per i licenziamenti, ha seguito la via più complicata e meno efficiente. Più complicata perché, invece di richiamare un modello già presente nel nostro sistema processuale ha creato (con buona pace del principio di semplificazione dei riti) un ennesimo nuovo procedimento con elementi di specialità, rispetto al già speciale procedimento in materia di lavoro. Procedimento che, per di più, finisce per essere più complesso e articolato di quello ordinario, consentendo alle parti di percorrere ben quattro gradi di giudizio, senza contare le eventuali fasi di rinvio. Con quale stabilità della decisione sulla legittimità o meno del licenziamento e sull'eventuale reintegra è facile immaginare.

Meno efficiente perché, se si vuole essere realisti, bisogna ammettere che la speranza di ridurre la durata complessiva del processo sui licenziamenti non è affidata tanto alle semplificazioni, peraltro modeste, quanto al rispetto di termini irrimediabilmente ordinatori. Di termini cioè che si rispettano solo se le condizioni organizzative lo consentono. Cioè quasi mai.

Certo, bisogna prendere atto che la nuova legge si è preoccupata anche di questo aspetto, disponendo testualmente all'art. 1, comma 65: "Alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze".

Si tratta indubbiamente di un'incursione negli aspetti organizzativi che, ai fini che qui interessano, sono quelli che contano. Ma sarà sufficiente per creare una corsia privilegiata o, come recitava la rubrica dell'art. 20 del progetto (ora comma 65 della legge), ad assicurare la "priorità" alla trattazione delle controversie sui licenziamenti? Personalmente ne dubito, così come dubito che la norma sia diventata più efficace dopo che il Senato ha aggiunto che i capi degli uffici devono vigilare sull'osservanza della disposizione. Il problema infatti non è tanto quello della "disponibilità" dei giorni d'udienza - come sembra ritenere il legislatore - quanto quello della "disponibilità" dei magistrati che devono trattare le cause di licenziamento, che non si ottiene certo con una previsione di legge "senza oneri a carico dello Stato".

Se infatti norme come quella in commento fossero in grado di produrre effetti positivi, invece di introdurre un processo speciale, sarebbe stato sufficiente stabilire che per le cause in materia di licenziamenti si applica l'ordinario rito del lavoro, ma che i termini previsti per la fissazione di una nuova udienza dell'art. 420, comma 6 o per il deposito della motivazione dall'art. 429, comma 1, vanno rispettati, così come vanno rispettati gli altri termini ordinatori, oltre al divieto riferito alle udienze di mero rinvio sancito dall'art. 420, ultimo comma, c.p.c.

L'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO: LIMITI AL SINDACATO GIURISDIZIONALE E SPECIALITÀ DEL RITO. PRIMI SPUNTI DI RIFLESSIONE

di Paola Cosmai - *Avvocato in Napoli*

Un primo intervento legislativo volto all'accelerazione del rito per l'impugnazione del licenziamento e alla riduzione del sindacato giurisdizionale sulla fondatezza dei motivi posti a base dello stesso, si era già avuto con la L. 4 novembre 2010, n. 183¹⁹, cd. Collegato lavoro, che, quanto al primo aspetto, modificando il comma 2, dell'art. 6, della L. 15 luglio 1966, n. 604²⁰, introduceva la sanzione della decadenza dall'impugnazione²¹ del recesso, pur se notiziata entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione, quante volte non seguita dal deposito del ricorso giurisdizionale ovvero dall'istanza di conciliazione o compromissione in arbitrato entro i duecentosettanta giorni successivi²²; mentre, quanto al secondo aspetto, vincolando la decisione giudiziale in ordine alla valutazione delle ragioni poste a fondamento del recesso, obbligando il magistrato a tenere conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro stipulati con l'assistenza e la consulenza delle Commissioni di certificazione di cui al Titolo VIII del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Modifiche confermate e corroborate dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, cd. riforma Fornero, che, in disparte le modifiche al dibattuto art. 18, della L. 20 maggio 1970, n. 300, incidenti sul contenuto e gli effetti della pronuncia giudiziale e che saranno oggetto di approfondimento in altra parte della presente trattazione, da un lato, confermano i limiti di sindacato imposti al giudice del lavoro e, dall'altro, immette nell'ordinamento un processo del lavoro parallelo e fortemente anomalo per le sole cause di licenziamento.

¹⁹ Molteplici i contributi sul c.d. collegato lavoro. *Ex multis*: Miscione, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato nel futuro*, in *Lav. giur.*, 2011, 12; Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel cd. collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 12, 888; *id.* *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in AA.VV., *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, 2011; De Michele, *La riforma del processo del lavoro nel collegato lavoro 2010*, in *Lav. giur.* 2011, 121; AA.VV. nel numero monografico 1/2011 in allegato a *Lav. giur.*; Mazzotta, *Il diritto del lavoro dopo il "Collegato"*, in *Quad. quest. lav.*, 2011; AA.VV., *La riforma del lavoro*, in *Italia Oggi*, numero speciale 20/2010; AA.VV., *Il diritto del lavoro dopo il "Collegato"*, Montecastrilli, 2011, 7; AA.VV., *La controriforma della giustizia del lavoro*, Giuffrè, 2011; Lattanzio, *Tempestività del ricorso e risarcimento del danno ex art. 18 Stat. Lav.*, in *Lav. giur.* 2011, 10, 1011.

²⁰ Per un commento analitico della precedente formulazione della legge n. 604/1966: AA.VV. *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè.

²¹ Sull'art. 6, della legge n. 604/1966, come novellato dal cd. collegato lavoro si veda, tra gli altri: AA.VV., *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli. Sul punto specifico: Aiello, *Impugnativa del licenziamento e regime delle decadenze*, in *Lav. giur.*, 2012, 4, 344, nonché Corte di Cassazione - Sezione Lavoro, 23 settembre 2011, n. 19406, con nota di Guarnirei, *Impugnazione del licenziamento: la decadenza ex art. 6, L. n. 604/1966 non è rilevabile d'ufficio*, in *Lav. giur.* 2011, 11, 1159. Sul dibattito intorno agli effetti preclusivi della decadenza sull'esercizio dell'azione risarcitoria ordinaria: Iarussi, *Gli effetti dell'intempestiva impugnazione del licenziamento ed ammissibilità dell'azione di diritto comune*, in *Lav. giur.*, 2010, 11, 1123; Meneghini, *Il nuovo regime delle decadenze del Collegato lavoro 2010*, *ivi*, 2011, 41.

²² Sul differimento dell'entrata in vigore dei termini di decadenza introdotti dalla legge 183, art. 32, a seguito della conversione in legge 26 febbraio 2011, n. 10, del cd. decreto Milleproroghe approvato con D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, art. 2, comma 54, limitatamente all'impugnativa dei licenziamenti, si registrano le prime applicazioni nella giurisprudenza di prossimità: Trib. Milano 29 settembre 2011, n. 4404, in *Guida lav.*, 2011, 42, 15, nonché *id.* 4 agosto 2011, n. 3914 e 4 luglio 2011, n. 3402; Trib. La Spezia, ord. 22 settembre 2011, in *Lav. Giur.* 2011, 1167; Trib. Tolomezzo, 28 dicembre 2011, n. 78; Trib. Bologna, 12 luglio 2011, n. 719 e Trib. Roma, ord., 20 settembre 2011.

Muovendo dal primo aspetto, benché non radicalmente nuovo, essendo mutuato dalla legge 183 cit., esso ne risulta corroborato ed ampliato nella sua portata originaria laddove, rispettivamente, il comma 43, dell'art. 1 cit., aggiunge all'art. 30, comma 1, della norma in parola, che «l'inosseranza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituiscono motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto», mentre i successivi commi afferiscono all'impugnativa del licenziamento, anche per giustificato motivo oggettivo.

Commi, il 43 e i successivi, che, coerentemente combinati e letti, inducono, in primo luogo, a ritenere degradato il potere di sindacato²³ del Giudice sulla legittimità delle ragioni poste a fondamento del licenziamento ad un controllo più formale ed estrinseco, che sostanziale di merito, analogamente, per certi versi, al sindacato generale di legittimità del Giudice amministrativo sull'*agere publicum*, con possibile, grave nocumento per le effettive ragioni della parte debole.

In secondo luogo, spingono a ritenere particolarmente incisiva siffatta costrizione laddove trova spazio nell'esercizio del potere per antonomasia del datore di lavoro, ovverosia quello di scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale, escludendo la più libera e penetrante verifica giudiziale delle ragioni postulate a sostegno, cui si aggiunge l'ulteriore limite al contenuto dispositivo della sentenza, *rectius*: al tipo di tutela accordabile, a seguito della profonda riscrittura dell'art. 18 dello Statuto.

Quanto all'aspetto strettamente processuale, sul quale si intende focalizzare maggiormente l'attenzione, la Riforma introduce un vero e proprio rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti, che, avulso dal codice processuale civile, ne sostituisce *in parte qua* le disposizioni dettate per il procedimento cautelare ed ordinario, incorporando il primo nel secondo, quale fase ormai necessaria e prodromica, come tale, si anticipa, non più rimessa né all'opzione del lavoratore (*rectius*: alla strategia difensiva del suo avvocato), né allo scrutinio giudiziale della verifica dei presupposti di ammissibilità e fondatezza sotto il duplice profilo del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*²⁴.

Novella processuale cui, peraltro, si aggiunge, per il solo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di cui all'art. 3, seconda parte, della medesima riforma Fornero, qualora intimato da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, della L. n. 300/70, una sorta di particolare procedura di *pre*-conciliazione, obbligatoria, evidentemente sostitutiva di quella, ormai facoltativa, prescritta dall'art. 410 c.p.c., configurabile quale singolare condizione di validità ed efficacia, retroattiva, del recesso, piuttosto che di procedibilità della domanda di gravame.

²³ Dopo un periodo di oscillazione giurisprudenziale, la Corte di legittimità, aderendo all'impostazione dottrina più garantista, ha concluso che possa ravvisarsi giustificato motivo oggettivo e, conseguentemente, vada dichiarato legittimo il licenziamento, solo quando esso costituisca una misura estrema non presentandosi al datore di lavoro alcun'altra prospettiva di recupero del dipendente nell'organizzazione produttiva, mutandone, se del caso, le mansioni. Prova quella dell'estrema *ratio* che incombe sull'imprenditore, malgrado si tratti di circostanze negative, secondo il principio della c.d. *vicinitas probatoria*. Conf. per tutte: Cass., sez. lav., 5 settembre 1997, n. 8555, *id.*, 13 ottobre 1997, n. 9967, e *id.* Sezioni Unite, 7 agosto 1998, n. 7755

²⁴ È noto, infatti, che i requisiti necessari per la concessione dei provvedimenti di cui all'azione sussidiaria contemplata dall'art. 700 c.p.c. sono il *fumus boni juris* ed il *periculum in mora*, il primo consistendo nell'apparente fondatezza della domanda ad una sommaria cognizione, ed il secondo nel pregiudizio, imminente, grave ed irreparabile cui la parte istante sarebbe esposta nelle more della definizione della controversia secondo il rito ordinario. Requisiti di norma ricorrenti nelle ipotesi di licenziamento. In dottrina, per tutti: AA.VV., *Diritto del lavoro – Il Processo*, Giuffrè, vol. IV, con copiosi richiami pretori. Nella giurisprudenza di legittimità, anche con riferimento alla natura sussidiaria del rimedio ed alla sua parziale sovrapposizione con l'art. 18 della legge n. 300/70: Cass., sez. lav., 9 luglio 2004, n. 12767; *id.*, 9 febbraio 1994, n. 1272 e *id.*, 20 gennaio 1997, n. 551.

Muovendo da quest'ultima, in ragione della sua natura *stra e pre* processuale, ancorché per le sole fattispecie poc'anzi segnalate, in particolare l'art. 1, della L. n. 92/12, dopo avere, al comma 38, ulteriormente ridotto a centottanta giorni il termine decadenziale per il deposito del ricorso di cui al prefato art. 6, comma 2, L. n. 604/66, al comma 40, innova profondamente l'art. 7, della medesima legge, disponendo che nel caso di licenziamento da intimarsi per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della riforma, da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, dello Statuto dei lavoratori, esso debba essere preceduto da una comunicazione effettuata dall'impresa alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il dipendente presta la sua opera, ed a cui va trasmessa congiuntamente, nella quale sia prospettato l'intento, motivandolo e segnalando le eventuali misure di assistenza finalizzate alla ricollocazione dell'espulso.

Comunicazione che, pertanto, atteggiandosi come condizione, preliminare e necessaria, di efficacia dell'esercizio del diritto potestativo di recesso, pena, in caso di omissione, il suo annullamento nella successiva fase giudiziale intrapresa dal lavoratore, per un verso, perde i caratteri propri del tentativo di conciliazione obbligatoria, quale condizione di procedibilità del ricorso ma successiva all'adozione del provvedimento lesivo, per divenire invece una fase obbligatoria antecedente allo stesso, e, per altro verso, inverte le posizioni del lavoratore e del datore di lavoro, onerando del tentativo "preliminare" quest'ultimo, piuttosto che il primo, fermo il retroagire degli effetti del negozio recettizio al momento della sua comunicazione all'interessato.

Sistema quanto mai farraginoso che, se, probabilmente, nelle ottimistiche intenzioni del legislatore, mira a scongiurare, nelle descritte ipotesi, l'adozione del provvedimento espulsivo, con effetti deterrenti sul conseguente contenzioso giudiziario, è preconizzabile non sortisca l'effetto sperato, per almeno un duplice ordine di motivi.

Perché, al pari delle precedenti (fallimentari) esperienze conciliative *pregiudiziali*, la Commissione preposta, anche in tal caso, è del tutto priva di capacità compulsive, così come di mezzi per proporre rimedi alternativi all'impresa, che non siano riconducibili a quelli propri del Ministero di appartenenza in materia di politiche del lavoro e di riconversione e ricollocazione degli esuberanti.

E perché finisce in tal guisa col duplicare quel percorso dialettico individuale e sindacale, già collaudato, nella fase preliminare all'adozione dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, non apportando alcuna seria alternativa o elemento determinante una diversa opzione imprenditoriale.

Blanda misura, peraltro limitata ad una sola tipologia di recesso, che si traduce, di fatto, nel procrastinare per un ulteriore lasso di tempo, pari ad almeno un mese, un rapporto di lavoro sul quale inciderà in via risolutiva, retroattivamente, la scadenza del termine²⁵ dei venti giorni dalla prima convocazione in sede conciliativa (o quello più lungo concordato dagli interessati) e che lo stesso legislatore, prudenzialmente, ha testualmente ascrivito al periodo di preavviso, così da sottrarlo alla meno garantista fattispecie delle prestazioni di fatto disciplinate dall'art. 2126 c.c.²⁶, prive dei baluardi propri del contratto, viceversa applicabili *ex lege* (come, ad esempio, l'integrale applicazione al *licenziando* del trattamento economico – normativo previsto per i dipendenti, ivi inclusa la sospensione degli effetti del recesso).

Scarsamente innovativo, per il resto, il dipanarsi dell'*iter* in parola e dei suoi effetti, svolgendosi seguendo il battistrada già tracciato dall'art. 410 c.p.c., innanzi alla Commissione provinciale di conciliazione entro il termine perentorio di sette giorni dalla convocazione del datore di lavoro e del dipendente da parte della Direzione territoriale, presso il domicilio del lavoratore in-

²⁵ Termine, dunque, non perentorio, rientrando nella disponibilità delle parti, sia pure solo se concordi, di procrastinarlo allo scopo di raggiungere un accordo conciliativo.

²⁶ Miscione, *Art. 2126 c.c.*, Cendon (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Giappichelli, 1991, 489.

dicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato dal lavoratore al datore di lavoro, ovvero mediante consegna di copia a mani proprie.

Anche in tal caso entrambe le parti possono farsi assistere da rappresentanti sindacali o da avvocati o consulenti del lavoro cui abbiano previamente conferito mandato, come pure si prevede nel corso della seduta debbano prendersi in considerazione soluzioni, conciliative, alternative al recesso, che, ove non rinvenute nemmeno con l'ausilio della Commissione, potrà essere validamente comminato, con effetti retroattivi sin dal giorno in cui il procedimento de quo era stato avviato (art. 1, comma 41, della legge in disamina).

In ogni caso, la novella prevede la chiusura del procedimento entro venti giorni dalla prima convocazione e ripropone la già nota rilevanza delle risultanze (negative) e del complessivo comportamento tenuto dalle parti, anche come desumibile dai verbali delle sedute, ai fini della determinazione giudiziale dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 cit. e del regime delle spese di lite ai sensi degli artt. 91 e 92 c.p.c.

Posta la tradizionale, scarsa efficacia deflattiva dei sistemi conciliativi, *post o ante* (come nell'ipotesi qui tratteggiata) adozione del provvedimento espulsivo, il legislatore ha inciso fortemente sulle modalità di impugnazione dello stesso, concentrandone tempi e fasi, tentando di bilanciare, di fatto, la restrizione imposta all'apprezzamento giudiziale della validità dei motivi di licenziamento e delle correlate conseguenze in termini di forma di tutela accordabile, con l'introduzione di uno stadio processuale, che, pur di carattere sommario, che prende il luogo, obbligatorio, di quello interinale descritto dall'art. 700 c.p.c., si traduce in sostanza in un ulteriore grado di merito, strutturale, in addenda ai due ordinari vigenti, oltre la verifica di legittimità innanzi alla Suprema Corte di Cassazione.

Difatti, i commi da 48 a 68 dell'art. 1, della cd, riforma Fornero, disegnano un articolato quanto complesso sistema impugnatorio per le sole vertenze inerenti ai licenziamenti di cui all'art. 18 della L. n. 300/70, peraltro intimati dopo la sua entrata in vigore, che sostituisce, in ossequio al principio di specialità che regola la successione di leggi nel tempo, quello ordinario vigente per le restanti controversie di lavoro, così come pure quello cautelare di cui all'art. 700 c.p.c. attesa la sua natura sussidiaria, residuale.

Controversie che, invero, a decorrere dall'entrata in vigore del cd. Collegato lavoro, costituiscono ormai ipotesi marginali, avendo l'art. 32, comma 3, legge cit., chiaramente annoverato nel *genus* in disamina anche risoluzioni di rapporti sino ad allora oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla loro effettiva assimilabilità ai licenziamenti, anche ai fini delle garanzie applicabili, quali l'azione di nullità di apposizione del termine al contratto di lavoro, ovvero il recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ovvero tutti i licenziamenti presupponenti la soluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto.

Ragion per cui il discrimine del campo oggettivo di applicazione del nuovo rito si traduce in buona sostanza nel tipo di tutela, obbligatoria o reale, accordabile, ossia, secondo il novellato articolo 18 cit., nelle dimensioni dell'impresa ovvero nel motivo che sottende al recesso.

Precisato il suo ambito attuativo, esclusivo, e fermi i caratteri di assoluta specialità che lo connotano, la novella fase strutturale risulta quanto mai contorta e avulsa, in più punti, dai canoni vigenti nel codice di rito, laddove in maniera piuttosto raffazzonata mutua la *ratio* cautelare ed i contenuti del ricorso propri del procedimento monitorio di cui all'art. 700 c.p.c., la forma introduttiva solo in parte tipica del procedimento sommario di cognizione, di cui all'art. 702 *bis* e ss. c.p.c., introdotto dall'art. 51, della L. 18 giugno 2009, n. 69, ed i rimedi di gravame in parte da quelli previsti dall'art. 28, della L. n. 300/70 ed in parte da quelli ordinari, incidendo in un promiscuo ed atecnico uso delle definizioni provvedimentali vigenti nel processo civile.

Infatti, le domande giudiziarie di che trattasi, ferma la competenza esclusiva del Tribunale in funzione di Giudice Unico del lavoro, analogamente a quanto disposto dall'art. 702 *bis* c.p.c., si propongono con ricorso recante i requisiti di cui all'art. 125 c.p.c., il cui *petitum* e *causa petendi* siano però esclusivamente limitati all'impugnativa del provvedimento espulsivo, salvo che le do-

mande diverse risultino fondate sugli identici fatti costitutivi, quali ad esempio, quelle di carattere risarcitorio.

Ratio della scelta riformista da rinvenirsi in tutta evidenza nella celerità impressa al rito ed alla sua definizione (in coerenza, del resto, con la riduzione dei termini di cui all'art. 6, comma 2, legge 604 cit.), cui osta ogni appesantimento istruttorio derivante dalla disamina di domande diverse da quella principale, eccezion fatta di quelle strettamente correlate ai medesimi fatti, che ne costituiscono corollario di pronta definizione.

Esigenze di snellezza che, però, non si spingono fino ad appiattare il citato atto introduttivo su quello, ben più completo, previsto per il procedimento sommario di cognizione di cui al prefato art. 702 *bis* c.p.c., non riproducendo di quest'ultimo, il comma 48 in disamina, la parte relativa al contenuto indefettibile dell'atto introduttivo inerente le indicazioni, anche istruttorie, di cui ai numeri 1, 2, 3, 4, 5 e 6, nonché l'avvertimento di cui al numero 7, del terzo comma dell'art. 163 c.p.c.

Con ciò significando che sulla sommarietà dell'istruzione, cui il contenuto dell'atto introduttivo descritto dall'art. 702 *bis* c.p.c. è funzionale, prevale l'interesse a garantire la celerità e l'effettiva accessibilità della tutela, secondo il paradigma dell'art. 700 c.p.c., cui osta la preventiva, analitica, indicazione ed allegazione dei mezzi istruttori e di ogni ulteriore formalismo comunque richiesto nel rito cognitorio, ancorché sommario.

Affermazione che trova ulteriore conforto nel potenziamento dei poteri dispositivi ed acquisitivi d'ufficio del Giudice del licenziamento, in distonia rispetto alla previsione dell'art. 702 *bis* e ss. c.p.c. che, in difetto delle necessarie allegazioni probatorie opta per la conversione nel rito ordinario, con fissazione dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. mediante ordinanza non impugnabile, a fronte dell'assenza di siffatto scrutinio con la correlata inversione dell'*iter* per il procedimento di cui all'art. 1, comma 48, della L. n. 92/12, così come per il Giudice cautelare.

Torna a riecheggiare, invece, l'art. 702 *bis* c.p.c., il prefato comma 48, laddove preclude al ricorrente di postulare, contestualmente all'impugnativa del recesso, domande diverse, che non derivino dai medesimi fatti.

Pur tuttavia, il richiamo è solo alla parte precettiva primaria e non pure a quella secondaria di inammissibilità volta a sanzionare la violazione del citato divieto, assente nel comma 48 in discorso, pertanto, facendo ricorso ai principi generali fissati dal codice di rito, ogni ulteriore capo di domanda contenuta nell'atto introduttivo che ne occupa dovrà ritenersi, per un verso, inammissibile e, indi, riproponibile in separato giudizio, e, per altro verso, efficace sotto il profilo sostanziale ai fini dell'interruzione della prescrizione (ma non pure di un'eventuale decadenza, non avendo l'interessato compiuto il valido atto prescritto dall'ordinamento a tal fine) e non incidente, sotto il profilo processuale, sulla validità del ricorso, secondo il brocardo *utile per inutile non vitiatur*, recepito dall'art. 159 c.p.c.²⁷

Iscritta a ruolo la causa, il Giudice designato fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti da tenersi non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso, assegnando termine per la notifica, a cura del ricorrente ed anche a mezzo di posta elettronica certificata (di qui in poi p.e.c.), dell'atto introduttivo e del pedissequo provvedimento non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente.

Sottolineando la riduzione di soli cinque giorni dei termini a difesa concessi al convenuto rispetto a quelli pari a trenta previsti per il rito ordinariamente vigente per le controversie di lavoro e, al contempo, la loro anomala predeterminazione legislativa nel minimo, assente nell'omologo rito cautelare di cui all'art. 700 c.p.c., devono segnalarsi, sotto il profilo procedurale tanto le modalità di notifica, quanto di produzione documentale.

²⁷ Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli. Sui principi di conservazione degli atti, già Cass., sez. un., 24 marzo 1976, n. 1035. Conf. *id.*, 14 maggio 1983, n. 3319.

In ordine alla prima, non potendo passare inosservato che la facoltà di notificazione, di cui è onerato il ricorrente, anche a mezzo p.e.c., deve coniugarsi con le disposizioni generali in materia previste dall'art. 149 bis c.p.c., come introdotto dall'art. 4, D.L. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito in L. 22 febbraio 2010, n. 24, recante norme per la digitalizzazione della giustizia, necessitando, per un verso, il rispetto della procedura ivi descritta, incluso l'obbligo della firma digitale, e, per l'altro verso, la certezza dell'esistenza di una p.e.c. del destinatario risultante da pubblici elenchi. Ipotesi, quest'ultima, piuttosto peregrina nel caso di cui al citato comma 48, dovendo il ricorso notificarsi ad una parte privata, non ancora costituita a mezzo di procuratore iscritto nell'apposito Albo degli Avvocati e, come tale, obbligato a munirsi di p.e.c., oggetto di archiviazione, controllo ed aggiornamento dal relativo Consiglio dell'Ordine di appartenenza.

In ordine alla seconda, invece, deve rimarcarsi l'onere tanto del ricorrente, quanto del resistente (avendo il legislatore impiegato la generica locuzione "parti") di depositare in Cancelleria gli eventuali atti istruttori in duplice copia.

Incombenza da ritenersi soddisfatta ancora in forma cartacea e non pure informatica, in maniera poco coerente con l'espressa facoltà di notifica con p.e.c. poc'anzi detta, del cui inadempimento la riforma non traccia le conseguenze, profilandosi la questione della mera irregolarità, sanabile, o della nullità, insanabile, della costituzione che difetti delle doppie produzioni.

Duplicità che, probabilmente destinata a garantire un contraddittorio integro ed un'effettiva difesa, mercé il ritiro antecedente l'udienza da ciascuna controparte dei documenti dell'altra, è destinata a non soddisfare la *ratio* sottesa, allorchando i litisconsorti risultino in numero superiore.

L'*iter* è improntato, per il resto, alla massima celerità ed informalità, al pari dei procedimenti monitori, atteso che, all'udienza di comparizione fissata, il giudice, sentite le parti, procede poi nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili, o su sollecitazione dei litisconsorti ovvero disposti d'ufficio, ai sensi dell'art. 421 c.p.c., provvedendo all'accoglimento o al rigetto della domanda con ordinanza immediatamente esecutiva, i cui effetti, a differenza degli ordinari procedimenti omologhi²⁸, non possono essere né sospesi, né revocati, fino alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato ai sensi dei successivi commi da 51 a 57, della riforma. Di talché l'ordinanza, che per l'aspetto di qui a poco denunciato mostra una certa similitudine con quella pronunciata ai sensi dell'art. 28 della L. n. 300/70, può tanto stabilizzare i propri effetti anticipatori (in sintonia con il novellato art. 669 *octies*, comma 5, c.p.c.) quanto può essere opposta con successivo ricorso, di cui all'art. 414 c.p.c., da depositare innanzi al medesimo Tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, ovvero sua dalla comunicazione se anteriore.

Opposizione che, per certi versi, diviene fondamentale volano di tutela proprio per la parte vittoriosa, in specie se trattasi del lavoratore reintegrato, atteso che alla stregua dell'art. 2909 c.c., solo le sentenze (ossia il provvedimento che definisce l'opposizione) e non pure le ordinanze (come quella di cui al comma 49 cit.) hanno attitudine a passare in cosa giudicata sostanziale²⁹, facendo stato tra le parti, gli eredi e i loro aventi causa, di guisa che in caso di trasferimento o successione da parte datoriale, l'accertamento contenuto nella pronuncia non opposta, diviene passibile di contestazione dal nuovo titolare.

Ferma la predetta analogia per l'aspetto dell'inattitudine al giudicato, la descritta fase che mutua, come già osservato, i tratti più salienti da quella di urgenza introdotta dall'art. 700 c.p.c., ne differisce però per un duplice sostanziale aspetto.

²⁸ Infatti, tanto l'art. 669 *decies*, c.p.c., quanto il successivo art. 669 *terdecies*, c.p.c., prevedono la possibilità di sospendere l'efficacia dell'ordinanza cautelare nelle more della definizione, rispettivamente, del giudizio di merito, ovvero del reclamo, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento possa arrecare grave danno, sia pure subordinatamente alle allegazioni probatorie del caso.

²⁹ In termini: Cass., sez. lav., 26 giugno 2001, n. 8765 e *id.* 2 dicembre 1996, n. 10756.

In primis, per la sua obbligatorietà strutturale, con conseguente automatico inglobamento nei rimedi impugnatori ordinari, a fronte della volontarietà e mera eventualità del ricorso cautelare antecedente quello ordinario di merito sinora esistente per qualsivoglia vertenza, anche in materia di lavoro e, in specie, di licenziamento.

In secundiis, per la sua sottrazione al vaglio giudiziale di ammissibilità e fondatezza del ricorso sotto il profilo del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, tipico dei rimedi interinali, avendo il legislatore espunto tali requisiti dal procedimento di specie, ritenuto *ex se* dal diritto positivo (obbligatoriamente) proponibile in ipotesi di contestazione di licenziamento. La qual cosa, tuttavia, reca in sé il corrispondente aspetto della non riproponibilità della domanda, che viceversa caratterizza il rito interinale, quante volte il mutato quadro delle circostanze personali e fattuali del lavoratore inducano a ritenere concretizzato un danno in precedenza inesistente e non precognizzabile o dimostrabile, foriero dell'intervenuto rigetto.

Nel caso, dunque, la parte soccombente opti per l'opposizione all'ordinanza di cui al prefato comma 51, può proporla innanzi al medesimo Tribunale³⁰ che ha pronunciato il provvedimento, con ricorso che non può contenere domande diverse da quelle di cui al precedente comma 47, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti. Precisazioni, queste ultime, foriere di dubbi, prospettando evidentemente il caso del coinvolgimento di parti diverse ed ulteriori rispetto a quelle coinvolte nella fase processuale antecedente, che ancorchè pseudo-cautelare nondimeno risulta obbligatoria, costituendo comunque il primo grado di giudizio. Fase rispetto alla quale, dunque, risultando pretermesse, pur ove litisconsorti necessarie (come nel caso dei rapporti di garanzia segnalati dal legislatore) si pongono nondimeno come terzi, che, pertanto, salva la sanatoria spiegabile col remoto rimedio dell'intervento, potranno spiegare opposizione di terzo avverso l'ordinanza di cui al comma 49 cit., vanificando tuttavia gli effetti di certezza del diritto e celerità dell'accertamento voluti dalla riforma, ma tradottisi in disposizioni quanto mai lacunose e frettolose in diversi punti, foriere finanche di una decisione *inutiliter data*, quante volte, ai sensi dell'art. 102 c.p.c. essa sia pronunciata nei confronti di alcuni soltanto dei legittimati³¹. Aberrazione che, tra l'altro, simmetricamente si ripropone per l'opposto, allorchè i commi 52 e 53, dopo averne prescritto la costituzione entro dieci giorni dalla prima udienza, fissata dal Giudice per la discussione non oltre i sessanta giorni successivi al deposito del ricorso, da notificarsi dall'opponente anche a mezzo posta elettronica certificata almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione (e non già dall'udienza come per il rito ordinario, così da aumentare i termini a difesa), dispongono che l'opposto debba costituirsi mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma dell'art. 416 c.p.c., proponendo ivi, a pena di decadenza, anche la chiamata in causa del terzo.

Chiamata sulla quale, nel caso intervenga a norma degli artt. 102, comma 2, 106 e 107 c.p.c., il giudice provvede fissando una nuova udienza entro i successivi sessanta giorni, e disponendo che siano notificati al terzo, ad opera delle parti (e non dunque a cura della Cancelleria, come di contro nel rito del lavoro ordinariamente applicabile) il provvedimento nonché il ricorso introduttivo e l'atto di costituzione dell'opposto, osservati i termini di cui al comma 52, che dovrà a sua volta costituirsi non meno di dieci giorni prima dell'udienza citata, nelle forme di cui al prefato comma 53.

Del pari, in tale grado di giudizio trova spazio la domanda riconvenzionale, assente nel precedente, sulla quale, tuttavia, ove non fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della

³⁰ Tribunale da intendersi, dunque, come plesso e non come persona fisica, ancorchè, di norma, il codice di rito preveda per le ordinanze il rimedio del reclamo, innanzi, dunque, al medesimo plesso, ma in composizione Collegiale, mentre, per i decreti quello delle opposizioni al medesimo Giudice (fisico) che li ha pronunciati, profilandosi come eccezione quella dell'art. 28 della L. n. 300 cit., analoga al caso di specie.

³¹ Mandrioli *op. cit.*

domanda principale, è fatto obbligo al giudice di disporre la separazione, in guisa da focalizzare il processo sulla sola questione della legittimità o meno del provvedimento espulsivo, e, per l'effetto, assicurare, almeno tendenzialmente, in astratto, la pronta definizione della più delicata questione (accelerazione cui fungono anche le disposizioni organizzative di chiusura, quali, ad esempio, la trattazione separata delle controversie *de quibus* in particolari giorni del calendario di udienza e la vigilanza rimessa ai capi degli uffici giudiziari, ex commi 65 e 66). Anche tale grado di giudizio è caratterizzato da particolare snellezza, atteso che il comma 57 dispone che all'udienza di comparizione, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'art. 421 c.p.c., provvedendo con sentenza, da depositarsi entro dieci giorni dalla udienza di discussione, all'accoglimento o al rigetto della domanda, previa concessione, ove opportuno, di termine per deposito note difensive fino a dieci giorni prima. Precisazione ridondante quella per cui la sentenza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Originale, di contro, il rimedio previsto per la sua impugnazione, non già attraverso il ricorso in appello, bensì mediante reclamo (forma impropria per le sentenze e ristretta viceversa alle ordinanze), che, tuttavia, in maniera anomala ed incoerente, va pur sempre proposto alla Corte d'Appello, piuttosto che al medesimo Tribunale in composizione collegiale, come di norma previsto dall'ordinamento processuale per le azioni di specie, peraltro riservate alle ordinanze e non già alle sentenze. In ogni caso, il reclamo, che assume la forma del ricorso, deve depositarsi, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore, della sentenza del Tribunale, in tal guisa introducendo la novella anche un più ristretto termine di gravame di simili pronunce, ordinariamente di sei mesi o di trenta giorni, rispettivamente dalla pubblicazione o dalla notificazione del provvedimento, a nulla rilevando la comunicazione dalla Cancelleria. La Corte d'Appello fissa con decreto l'udienza di discussione nei successivi sessanta giorni, coi termini previsti dai commi 51, 52 e 53, ed all'esito della quale può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi³². Anche tale grado è improntato alla massima semplificazione delle forme ed alla celerità, garantite, sotto il profilo istruttorio, dal divieto di introdurre nuovi mezzi di prova ovvero di richiederne l'ammissione, salvo che il Collegio, anche d'ufficio, non li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile. Mentre, sotto il profilo della trattazione, dalla devoluzione alla Corte d'Appello di ogni potere di gestirla omettendo ogni formalità non essenziale al contraddittorio e procedendo nel modo ritenuto più opportuno e strumentalmente necessario alla decisione della vertenza, previa audizione delle parti e, ove opportuno, concessione del termine per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. Anche in tal caso, la sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione, in mancanza di tali incombenze trovando applicazione l'art. 327 c.p.c. in tema di decadenza dall'impugnazione.

L'eventuale fase di legittimità, ora anche per i motivi di cui al novellato art. 30, comma 1, della L. n. 183/10, dovrà infine essere promossa, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza, o dalla notificazione se anteriore, ovvero ai sensi dell'art. 327 c.p.c., con ricorso alla Corte di Cassazione, la quale fissa l'udienza di discussione non oltre sei mesi dal suo deposito, ferma, se del caso, la facoltà di formulare istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza alla medesima Corte d'Appello, che provvede a norma del comma 60.

³² Riemerge in tale occasione l'affinità con l'ordinario procedimento di impugnazione delle sentenze, con istanza incidentale di sospensione, abbandonandosi quello del reclamo di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c., malgrado la formale definizione impiegata dal legislatore, in cui le ipotesi di sospensione sono marginali ed eccezionali, come innanzi evidenziato.

LICENZIAMENTI: LA METAMORFOSI DELLA TUTELA REALE

di Carlo Cester - *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova*

Linee guida della riforma

È da tempo ormai che la materia dei licenziamenti e delle sue prospettive di riforma si trova esposta ad un sovraccarico politico e mediatico che certo non ha aiutato una serena discussione sulla opportunità, non scontata, di un intervento legislativo e sui suoi contenuti. Ma la carica ideologica che a torto o a ragione l'ha attraversata fa parte in qualche modo del suo codice genetico: di un codice genetico costruito sugli opposti, dove quella che per i molti è la 'madre di tutte le tutele' e il presupposto per l'effettività dell'armamentario inderogabile di tutela del lavoratore, si scopre per altri, forse meno numerosi ma non meno decisi, tallone d'Achille dell'economia e freno per gli investimenti stranieri.

La riscrittura dell'art. 18 ad opera della legge 3 luglio 2012, n. 92, da collocarsi decisamente più nella seconda che nella prima delle due prospettive, ha come obiettivo quello di garantire una maggiore flessibilità in uscita del rapporto di lavoro attraverso il ridimensionamento della tutela reintegratoria prevista in quella norma, sul presupposto - per la verità, tutto da verificare - che in questo modo possa essere migliorato il funzionamento del mercato del lavoro e il ricambio occupazionale³³. Porta in sé, quella riscrittura, elementi di compromesso e di incertezza, anche per effetto di un testo particolarmente elaborato, complesso e di non facile interpretazione. Ma la linea di fondo sembra trasparire in modo sufficientemente chiaro ed è di questa che occorrerà tener conto nella lettura della norma, per quanto essa possa essere giudicata opinabile sotto il profilo della politica del diritto. Senza dimenticare che, come unanimemente ritenuto, la tutela reale non è costituzionalmente necessitata.

L'intervento riformatore, dunque, è concentrato essenzialmente sull'art. 18 dello Statuto, del quale è stata altresì modificata la rubrica, non più limitata alla «*Reintegrazione nel posto di lavoro*», ma, in prospettiva ben più ampia, avente ad oggetto la «*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*», dove peraltro la maggiore ampiezza si riferisce, come si vedrà, agli ambiti e non certo allo spessore della tutela. Tale scelta - con l'accantonamento di ogni questione relativa alla legge n. 604 del 1966 (sulla cosiddetta tutela obbligatoria) - da un lato perpetua la discutibile diversificazione tra un'area di tutela tutto sommato ancora abbastanza forte e un'area di tutela indiscutibilmente debole, dall'altro lato rischia di introdurre nuove distonie in un sistema proiettato verso una tendenziale onnicomprensività quanto a tipologie di licenziamento illegittimo e relative conseguenze sanzionatorie. Si pensi, a tale proposito, all'esclusione, nell'area di applicazione della legge n. 604 del 1966 (piccole imprese), sia della procedura di preventiva conciliazione per il caso di giustificato motivo oggettivo (art. 1, comma 40, con la stranezza di una norma introitata in una legge - la legge n. 604 - per un ambito di applicazione che però non è quello della

³³ In questa prospettiva soprattutto P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno nazionale del Centro studi Domenico Napoletano, Pescara 11-12 maggio 2012; id., *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1545 ss. Analogamente M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 3. Sulla sponda opposta, V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, Relazione al Convegno cit.; M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al Convegno AIDLASS 5-7 giugno 2012. Per le prime considerazioni sul disegno di legge, oltre agli scritti appena citati, cfr. F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in questa *Rivista*, 2012; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, dattiloscritto; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, in www.giappichelli.it/riforma2012.html, 41 ss.; C. Consolo - D. Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 729 ss. Questo scritto riproduce, con qualche aggiustamento, parte di C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547 ss.

legge medesima, ma quello di un'altra legge), sia del nuovo strumento processuale di tutela urgente disciplinato dall'art. 1, commi da 47 in poi: due esclusioni che, a ben guardare, non sembrano trovare adeguata giustificazione nella diversità della tipologia di tutela, tanto più in una prospettiva, com'è quella della nuova legge, nella quale, come subito si dirà, la tradizionale distinzione fra tutela obbligatoria e tutela reale è stata rimescolata e riorganizzata su basi ulteriori e diverse da quelle segnate dal vecchio, rispettivo ambito di applicazione.

Vediamo ora, con riferimento dunque all'art. 18, quali possono essere indicate come le linee guida del nuovo intervento normativo. La più significativa fra esse sta, come ormai rilevato da tutti i primi commentatori, in una profonda revisione delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, messe in diretta connessione con le ragioni, o 'causali' del licenziamento. La dimensione numerica rileva al solo scopo di segnare il confine con l'ambito di applicazione della tutela obbligatoria 'classica', mentre l'area della vecchia tutela reale subisce un processo di frantumazione e di metamorfosi, trovandosi scomposta in ben quattro livelli sanzionatori, nei quali si mescolano e si riarticolano la (vecchia/nuova) tutela reale e una nuova tutela indennitaria, e ciò appunto in dipendenza non più della dimensione occupazionale, ma delle ragioni - deve intendersi *effettive* - del licenziamento.

La scelta di far dipendere il nuovo e variegato apparato sanzionatorio (su cui *infra*) dalle diverse ragioni del licenziamento, da taluno salutata come novità positiva³⁴, è stata per lo più oggetto di forti critiche, perché in tal modo - si dice - il datore di lavoro potrebbe scegliere il terreno e le armi della contesa, optando per la motivazione a sé più conveniente, quella cioè per la quale, in caso di illegittimità, sia prevista la sanzione più morbida. Ne deriverebbe la possibilità, per il datore di lavoro, di accedere ad un'area di libera recedibilità sanzionata solo economicamente «grazie ad un fatto proprio»³⁵. Inoltre, la precisa individuazione delle ragioni del licenziamento sarebbe tutt'altro che facile, quanto meno ove tali ragioni siano legate a profili meramente soggettivi quando non addirittura psicologici. Non mi pare però che tali critiche siano decisive.

Non lo sono con riguardo a quest'ultimo profilo, nel senso che non è certo questa riforma a rendere problematica l'emersione dei motivi discriminatori o in generale illeciti, intesi tradizionalmente quali moventi soggettivi dello strumento negoziale: quei motivi, in realtà, non tipizzano il licenziamento, ma sono oggetto di specifico divieto³⁶, o perché appunto discriminatori o illeciti in generale o perché presunti tali (con presunzione relativa) allorché vi sia, secondo la legge, una qualche 'contiguità' con il matrimonio o con la maternità o la paternità. E quando il lavoratore intende far valere la violazione dei divieti, o è aiutato, in passato come in futuro, dalle presunzioni, oppure è a suo carico, in passato come in futuro, la prova della discriminazione o dell'illiceità.

Ma le critiche sopra richiamate mi sembrano non convincenti anche con riferimento alle altre ipotesi, nelle quali realmente viene in considerazione una tipizzazione delle ragioni del licenziamento, da intendersi, come tradizionalmente si sono intese, alla stregua di veri e propri presupposti per la legittimità del licenziamento. Il problema, infatti, resta quello della qualificazione delle ragioni dello stesso sulla base delle allegazioni e delle prove fornite in giudizio dal datore di lavoro, senza peraltro che possa essere dimenticato il principio della immutabilità dei motivi, ora rafforzato dalla necessaria motivazione contestuale del licenziamento (art. 1, comma 37 della legge). Ma la immutabilità dei motivi ha la funzione di sterilizzare possibili manovre diversive del

³⁴ Da ultimo, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio* cit., p. 18, che individua una delle caratteristiche salienti dell'allora progetto nella separazione fra il problema dell'accertamento della illegittimità del licenziamento e quello della applicazione della (diversa) sanzione, anche se le due prospettive, alla fine, si saldano fra loro.

³⁵ Così C. Consolo - D. Rizzardo, *Vere o presunte novità*, cit., in *Corriere giur.*, 2012, p. 730. Analogamente P.G. Alleva, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org, 3 ss.

³⁶ F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein*, cit., 19.

datore di lavoro e non esclude – né prima né dopo la riforma – che, in esito all'istruttoria, il giudice possa accertare che le ragioni effettive del licenziamento sono diverse da quelle manifestate, donde la possibile riqualificazione del vizio.

Tutto ciò, peraltro, non significa affatto che le cose non siano destinate a cambiare - in peggio, per il lavoratore - in conseguenza del peculiare rilievo assegnato alle causali del licenziamento. Ed invero, una significativa differenza c'è, eccome, ove si ponga mente all'operare dei meccanismi probatori. Prima della riforma, la regola della necessaria giustificazione (art. 1 della legge n. 604 del 1966) combinata con quella circa l'accogliendo del corrispondente onere probatorio al datore di lavoro (art. 5) faceva sì che il mancato assolvimento di tale onere conducesse direttamente all'applicazione della tutela reale, donde l'interesse del lavoratore a dimostrare motivi discriminatori o illeciti allo scopo di convalidare indirettamente l'assenza di una seria giustificazione, e, per contro, la necessità di giocarsi tutto su discriminazione o illiceità solo nel caso in cui una diversa giustificazione fosse stata addotta e magari apparisse probabile la sua dimostrazione. In base alla nuova legge, invece, il mancato assolvimento dell'onere probatorio in ordine alla giustificazione non garantisce la reintegrazione se non in ipotesi tutto sommato limitate, in qualche misura drammatizzando la prova, a carico del lavoratore, della discriminazione³⁷.

Ulteriori critiche, più pertinenti a mio avviso di quella appena discussa, concernono semmai la scomposizione di due delle tipizzazioni delle ragioni del licenziamento (giustificato motivo soggettivo e oggettivo) in altrettante sottoipotesi, ognuna fornita di diverse conseguenze sanzionatorie. Fermo restando il dubbio - a prima vista da scartare, ma che successivi approfondimenti potrebbero alimentare - che la riforma possa incidere, sia pur indirettamente, sulle stesse causali, cioè sui presupposti di giustificazione, è facile prevedere che qui davvero la riforma creerà non pochi problemi alla sua applicazione.

Un'altra caratteristica peculiare della nuova normativa, sempre nell'ambito della rilevanza delle ragioni del licenziamento (ivi compresa l'ulteriore articolazione interna di cui si è detto), sta nell'aver graduato le conseguenze sanzionatorie in relazione allo spessore della illegittimità, intesa peraltro soprattutto come illegittimità dal punto di vista sostanziale: a parte il caso del licenziamento orale, le violazioni di tipo formale o procedimentale escono dalla riforma notevolmente alleggerite³⁸, nell'implicito presupposto che i vizi di forma non possano essere sanzionati in modo più rigido dei vizi di sostanza. Un presupposto, questo, che, seppure conforme ad un'opinione dottrinale abbastanza diffusa, non sembra cogliere la funzione di trasparenza e di garanzia cui quelle regole assolvono e che perciò portano ad escludere una comparazione e graduazione di tipo meramente quantitativo: la diversità sembra essere di tipo strutturale (e funzionale al tempo stes-

³⁷ Una impostazione profondamente diversa è quella proposta, da ultimo, da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit. spec. 22 ss., che valorizza al massimo grado la sanzione classica della reintegrazione attraverso una corrispondente estensione della nozione di licenziamento discriminatorio. La proposta interpretativa, indubbiamente coraggiosa, si condensa nell'affermazione per cui il licenziamento o è conforme alle uniche finalità ammesse dal sistema - quella di disporre dell'organizzazione secondo scelte costituzionalmente tutelate (giustificato motivo oggettivo) e quella di garantirne la funzionalità, come dire, personale (giustificato motivo soggettivo) - o è discriminatorio, donde la conclusione di una sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato, salvo che - ma le ipotesi sono definite residuali - il licenziamento sia «sorretto da una causa conforme all'ordinamento e, però, la giustificazione addotta risulti diversa, quantitativamente e qualitativamente, da quella che concretamente costituisce la causa dell'atto», nel qual caso si applicheranno i commi da 4 a 7 dell'art. 18. La proposta richiede indubbiamente una attenta riflessione, anche se qualche perplessità affiora da subito, sia perché essa sembra fondarsi su una nozione di discriminazione meramente esemplificativa e non tassativa (ancorché ampia) e sulla riconduzione alla causa negoziale, anziché ai presupposti di legittimità, delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo, sia perché sembra porsi in contrasto con quella che è la complessiva *ratio legis* dell'intero provvedimento, e della disciplina del licenziamento in particolare. Critiche incisive già in V. Speciale, *La riforma del licenziamento*, cit., 20 ss., e, pur senza espressi richiami, in A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 52.

³⁸ In tal senso anche V. Speciale, *La riforma del licenziamento*, cit., 18.

so), come da tempo ha messo in rilievo la Corte costituzionale con particolare riferimento alla nota questione del licenziamento disciplinare.

Pur non essendo mai venuta realmente in discussione la proposta di Pietro Ichino di affrancare del tutto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dal controllo giudiziale gravandolo però di un costo fisso a garanzia del lavoratore licenziato, l'idea di assicurare indirettamente alle imprese, attraverso la revisione dei profili sanzionatori, una maggiore libertà di movimento nel determinare dimensioni e assetti produttivi e organizzativi, oltre ad una maggiore prevedibilità di costi, ha costituito uno dei punti qualificanti della riforma. Il tormentato *iter* del disegno di legge lo ha in qualche misura annebbiato, ma non certo stravolto. E così, se va registrato un certo ammorbidimento della disciplina sanzionatoria, quella maggior flessibilità è stata perseguita anche attraverso strumenti in qualche misura alternativi, come risulta dall'introduzione della procedura di conciliazione preventiva rispetto al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e, per certi aspetti, dal rafforzamento dell'accordo sindacale in sede di procedura per licenziamento collettivo, in ragione dell'efficacia sanante dei vizi di comunicazione attribuita all'accordo medesimo.

Indubbiamente stravagante rispetto ai complessivi orientamenti in materia di licenziamento, ma astrattamente funzionale rispetto alle nuove forme di sostegno al reddito, appare invece l'imposizione di un contributo fisso per il finanziamento della nuova assicurazione sociale per l'impiego (ASpI), dovuto «In tutti i casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per causa diversa dalle dimissioni» (art. 2, comma 31) e quantificato nel 50 per cento del trattamento mensile iniziale di ASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni. Sta di fatto che l'imposizione di tale contributo con carattere di generalità appare non poco criticabile tutte le volte in cui lo stato di disoccupazione non sia stato determinato da atto illegittimo del datore di lavoro: non si vede perché il contributo non sia dovuto quando il lavoratore si dimette o quando le parti risolvono consensualmente il rapporto (caso, quest'ultimo, che potrebbe risultare nei fatti incentivato in funzione transattiva, con dirottamento, in concreto, del contributo a beneficio del lavoratore), ma sia dovuto quando il licenziamento sia indiscutibilmente legittimo, magari per una gravissima mancanza del prestatore di lavoro.

Quattro livelli sanzionatori

Tutela reintegratoria

Come già anticipato, la legge n. 92/12 frantuma, modificandola e riarticolandola, la classica tutela reale, introducendo elementi di tutela solo di tipo indennitario e individuando, su tali basi piuttosto incerte, ben quattro livelli di conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo; in secondo luogo, attribuisce alle diverse ipotesi di illegittimità legate alle causali del licenziamento medesimo uno, e talora più livelli di tutela. La materia sembra potersi rappresentare come un asse cartesiano, nel quale ascisse e ordinate, cioè sanzioni e ragioni di illegittimità, si distinguono e si contrappongono, ma al contempo si combinano individuando, alla fine, il punto di intersezione che esprime il livello di protezione di volta in volta apprestato a beneficio del prestatore di lavoro. In realtà, le cose sono più complicate, perché ciascuna delle fattispecie di licenziamento illegittimo in base alla 'causale' può essere incasellata in più d'uno dei vari livelli di tutela, a seconda di quale venga effettivamente accertato essere la ragione del licenziamento, in una combinazione che talora sembra sfuggire al controllo del legislatore.

È dunque necessario individuare preliminarmente i quattro livelli di tutela (per il lavoratore) e di sanzioni (per il datore di lavoro), riservando ai successivi contributi la collocazione, in ciascuno dei livelli, o in una pluralità di essi, delle varie ipotesi di illegittimità.

a) Il primo livello è disciplinato dai nuovi primi tre commi dell'art. 18 e corrisponde, con qualche variante e con l'aggiunta di significative precisazioni in ordine a problemi a tutt'oggi discussi, all'attuale tutela reale, nel suo profilo reintegratorio e nelle sue conseguenze risarcitorie.

Nulla di nuovo per quanto concerne la tutela reintegratoria. Le novità riguardano invece le conseguenze risarcitorie.

La prima concerne la retribuzione che va presa a parametro per la determinazione dell'indennità risarcitoria: retribuzione che ora è l'ultima, cioè riferita al rapporto come cristallizzato al momento del licenziamento, senza considerare la sua possibile evoluzione (interessi e rivalutazione a parte). Una soluzione, questa, che fa il paio con quanto previsto nel (a suo tempo) novellato art. 8 della legge n. 604 del 1966; solo che in quest'ultimo ambito il rapporto si estingue definitivamente con il licenziamento e il parametro retributivo non può essere diverso, mentre nella tutela reale il rapporto prosegue nonostante il licenziamento, e dovrebbe essere garantito nella sua effettiva evoluzione.

La seconda novità sta nella espressa previsione della detrazione dall'indennità risarcitoria di quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Le ricadute sono almeno due, oltre alla conferma della necessaria applicazione dei criteri generali in tema di risarcimento del danno, a parte la misura minima delle cinque mensilità.

Anzitutto, non può passare inosservato il confronto con la disciplina del secondo livello di tutela (su cui *infra*), nel quale la detrazione investe espressamente anche l'*aliunde percipiendum*, cioè quanto il lavoratore avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza³⁹. La differenza non può essere casuale, né, a ben guardare, appare del tutto ingiustificata: in tutte le ipotesi di licenziamento 'odioso' (che è quello cui si applica questa prima disciplina sanzionatoria), al lavoratore deve essere data comunque la garanzia del risarcimento pieno, senza l'imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno; come a dire che il principio di solidarietà cui è informato l'art. 1227, comma 2, c.c. non ha ragione di essere applicato allorché l'autore del danno abbia pesantemente violato regole di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà.

La seconda ricaduta è, a dire il vero, assai più problematica. La formula imperativa che lega la deduzione dell'*aliunde perceptum* direttamente al procedimento di determinazione del danno ad opera del giudice, potrebbe far pensare ad un vero e proprio obbligo, a carico di quest'ultimo, di operare la detrazione, con conseguente vizio della sentenza che non l'abbia fatto, andandosi così ad incidere su un assetto ormai consolidato circa la individuazione e ripartizione degli oneri di allegazione e di prova, nonché sulla ammissibilità o meno delle cosiddette prove 'esplorative' (come la richiesta di esibizione della documentazione fiscale)⁴⁰. Il fatto è che in questo modo il processo finirebbe per assumere connotati di tipo inquisitorio, ragion per cui appare preferibile la soluzione negativa: i poteri istruttori del giudice si potranno sviluppare solo sulla base delle allegazioni delle parti.

La riforma contiene, poi, due significative innovazioni - o, se si preferisce, precisazioni - in ordine all'indennità sostitutiva della reintegrazione, regolata dal nuovo terzo comma dell'art. 18. Vengono infatti risolte due questioni che avevano sollevato vivaci discussioni sia in dottrina che in giurisprudenza: l'individuazione dei tempi dell'opzione per l'indennità sostitutiva e l'individuazione del momento estintivo del rapporto in caso di esercizio dell'opzione.

La prima questione, come noto, deriva da una infelice formulazione del precedente comma 5 dell'art. 18, che stabilisce la (medesima) conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro allo spirare, apparentemente congiunto, di due termini della stessa ampiezza (30 giorni), ma aventi decorrenza iniziale diversa (e solo casualmente coincidente): quello per rispondere positivamente all'invito del datore di lavoro e decorrente dall'invito medesimo, e quello per l'opzione per l'indennità sostitutiva, decorrente dalla comunicazione dell'avvenuto deposito in cancelleria della sentenza. La soluzione, da tempo consolidata, si basa sulla considerazione che questo secondo termine va inteso solo come termine finale massimo, oltre il quale l'indennità viene irrimediabil-

³⁹ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo*, cit., 5.

⁴⁰ In questa direzione, sia pure dubitativamente, M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo*, cit., 5 ss

mente perduta, ma che è suscettibile di essere anticipato allorché, con l'invito a riprendere servizio, il datore di lavoro in un certo senso interpelli il lavoratore sulle sue intenzioni. E così, il nuovo comma 3, riproducendo le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza, conferma il termine di 30 giorni, ma lo fa decorrere, alternativamente, dalla comunicazione dell'avvenuto deposito o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore.

La seconda questione - quella circa il momento di cessazione del rapporto - viene invece risolta in senso opposto ad orientamenti ormai consolidati sia della Corte di Cassazione, sia della Corte costituzionale. Mentre queste ultime sono saldamente assestate nel ritenere che il rapporto cessi solo con il pagamento dell'indennità, il nuovo art. 18 stabilisce che la semplice richiesta determina la cessazione. La modifica, pur dando applicazione ai principi in materia di obbligazioni (che portano all'estinzione per volontà dello stesso lavoratore dell'obbligo di reintegra e alla conseguente inconfigurabilità di un danno da risarcire), rischia tuttavia di tradire in qualche misura il senso dell'istituto dell'opzione, con il quale, in base ad una sorta di condizione non espressa, si dà al lavoratore la possibilità di scambiare l'obbligo di reintegrazione (al quale egli si dichiara, in astratto, non più interessato) con la concreta ed effettiva soddisfazione del diverso interesse, economico, tipizzato dalla norma. Ma l'interpretazione della norma non lascia certo spazi. C'è infine da segnalare la conferma della esclusione dell'indennità sostitutiva dalla contribuzione previdenziale, in quanto somma erogata per la cessazione del rapporto.

b) Il secondo livello di tutela può qualificarsi di tutela reale ridotta o attenuata⁴¹, dove la reintegrazione non viene toccata, mentre la riduzione concerne, da un lato, le conseguenze risarcitorie a beneficio del lavoratore e, dall'altro lato, gli ulteriori oneri a carico del datore di lavoro in caso di licenziamento illegittimo.

Le modifiche più incisive sono certamente le prime. Esse incidono sulle regole generali in tema di risarcimento del danno, per un verso cancellando, con l'abolizione della misura minima delle cinque mensilità, quella che nella vecchia disciplina costituiva una norma speciale rispetto alla disciplina comune (con finalità sanzionatoria giustificata dal rischio d'impresa); per altro verso iniettando nella disposizione una massiccia dose di specialità, con la previsione di una misura massima del risarcimento, quantificata in 12 mensilità, tale perciò, in molte situazioni (sempre più frequenti in un quadro occupazionale asfittico come quello attuale e, prevedibilmente, anche futuro), da minimizzare il costo dell'atto illegittimo (anche pesantemente illegittimo) del datore di lavoro, e tale da compromettere interessi anche vitali del lavoratore.

Il fatto è che la questione del risarcimento del danno va a toccare un nervo scoperto più che dell'art. 18, della sua applicazione concreta, applicazione in realtà legata, oltre che alla norma in sé, a ragioni diverse, cioè a quei fattori esterni - la lunghezza del processo e la situazione del mercato locale in funzione della rioccupabilità del lavoratore licenziato - che ne possono pesantemente condizionare l'impatto. Ragioni, queste, che non sembrano essere sfuggite al recente legislatore, che in qualche modo cerca di porre rimedi almeno al primo dei due condizionamenti, agendo sul fronte processuale: oltre alla ulteriore riduzione del termine per l'impugnazione giudiziale del licenziamento (da 270 a 180 giorni), attraverso l'introduzione di una procedura di tutela urgente e di una sorta di corsia preferenziale per le controversie in tema di licenziamenti. Tutto da inventare, invece, è un efficace intervento sul secondo dei condizionamenti, tale non potendosi intendere l'approccio (peraltro proiettato prevalentemente nel futuro) al tema degli ammortizzatori sociali. Ma si tratta di questione che, con tutta evidenza, travalica il tema dei licenziamenti illegittimi.

⁴¹ Secondo A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 60 "è sbagliato parlare di tutela reale depotenziata o ridotta", posto che la reintegrazione resta ferma. Naturalmente è questione di intendersi. Se il complesso della tutela reale tradizionale (e dunque piena) comporta anche la garanzia, sia pure entro certi limiti, del lucro cessante, non si vede perché sia sbagliato segnalare, anche solo a fini descrittivi, che quella tutela non è più "piena".

Quel che resta, però, è la scelta, fatta subito e dunque prima di verificare il funzionamento delle nuove norme processuali (e con le iniziative contro la disoccupazione ancora lontane), di limitare il risarcimento spettante al lavoratore, forfettizzandolo nella misura massima. Il che significa che, se quegli antidoti non funzioneranno o funzioneranno in modo inadeguato, graveranno sul lavoratore sia la lunghezza del processo⁴² (e una certa lunghezza, stanti i tre gradi di giudizio, è del tutto fisiologica nonostante la ‘tutela urgente’ ora introdotta), sia la situazione del mercato locale ad alto tasso di disoccupazione, che priverà il lavoratore, oltre i dodici mesi, di ogni sostentamento, posto che l’eventuale prestazione di disoccupazione fruita in seguito al licenziamento, diventerà indebita una volta che il licenziamento medesimo sia stato annullato e dovrà essere restituita all’ente previdenziale erogatore. Conseguenze, queste, che hanno sollevato forti perplessità⁴³, rimanendo poi da stabilire se il risarcimento forfettizzato nel massimo vada a coprire tutto il periodo successivo al licenziamento, fino alla effettiva reintegrazione, come porta a ritenere l’interpretazione letterale, o solo il periodo precedente la sentenza, in base ad una lettura correttiva della norma⁴⁴.

Come sopra già rilevato, il secondo livello di tutela conferma la detraibilità anche dell’*aliunde percipiendum*, restando tuttavia da capire cosa significhi il dedicarsi «con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione», vista l’inevitabile discrezionalità nell’individuare strumenti e modalità di quella ricerca, e vista, soprattutto, la non facile individuazione di quale sia la nuova occupazione che il lavoratore ha l’onere di ricercare e quale sia l’occupazione che egli, pur avendola trovata, abbia il diritto di rifiutare. Ma si tratta di problemi non nuovi, non risolti dalla riforma. Quanto poi alla tecnica normativa usata circa i meccanismi per l’introduzione della detrazione, essa è la stessa del comma 1, donde la riproposizione, anche in questa ipotesi, del problema della prova e dell’eventuale vincolo per il giudice ad acquisirla d’ufficio, ferma restando l’allegazione. Il comma 4 si chiude con uno sconto ulteriore per il datore di lavoro, che è tenuto a versare i contributi previdenziali dal licenziamento fino alla effettiva reintegrazione, maggiorati però soltanto degli interessi legali, e dunque senza applicazione delle (normalmente pesanti) sanzioni (civili) per il ritardo. La norma non ha altra giustificazione che quella di alleggerire l’onere a carico del datore di lavoro, almeno tutte le volte in cui si tratti di licenziamento in un rapporto di lavoro subordinato. Assumerebbe un significato diverso solo nelle ipotesi in cui la sentenza dichiarativa della illegittimità del licenziamento fosse preceduta dalla riqualificazione come subordinato di un rapporto certificato dalla competente commissione come autonomo o parasubordinato: in tal caso, infatti, l’affidamento nell’operato della commissione di certificazione giustificerebbe l’esonero delle sanzioni sul tardivo pagamento dei contributi.

Tutela solo indennitaria

c) Il terzo livello di tutela, regolato dal comma 5, cambia profondamente di segno l’art. 18: la tutela reintegratoria sparisce e resta la sola compensazione economica, quantificata in misura variabile fra le 12 e le 24 mensilità (anche qui) dell’ultima retribuzione globale di fatto. La scelta è chiara: il licenziamento, seppure illegittimo, estingue il rapporto, né di esso si ipotizza quella pur improbabile reincarnazione in un nuovo rapporto che caratterizza la vecchia (ma ancora attuale) tutela obbligatoria, posto che nel comma 5 non vi è alternativa alla liquidazione economica.

⁴² F. Carinci, *Complimenti* cit., 15.

⁴³ C. Consolo - D. Rizzardo, *Vere o presunte novità*, cit., 731 e nota 9, nella quale, richiamando l’analogo problema posto dall’art. 32, comma 5 della legge n. 183 del 2010 in tema di contratto a termine nullo, sembra prospettarsi anche per il caso del licenziamento una interpretazione correttiva della norma che circoscriva l’effetto limitativo del risarcimento al periodo corrente dal licenziamento all’introduzione della causa. Ma, fermi restando i dubbi di costituzionalità (non convincentemente fugati, nell’analogo caso del contratto a termine, da Corte cost. n. 303/2011), il testo è sembra troppo chiaro per autorizzare una siffatta interpretazione.

⁴⁴ In tal senso, A. Maresca, *Il nuovo regime* cit., 13; A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 60.

Se la scelta di politica del diritto è chiara, il nuovo testo dell'art. 18 sembra complicarla dal punto di vista della tecnica giuridica, con quel riferimento ad una pronunzia del giudice che, nelle ipotesi «altre» rispetto a quelle del comma 4, «dichiara risolto il rapporto», come se il licenziamento fosse improduttivo di effetti fino alla sentenza e come se solo quest'ultima potesse conferirgli efficacia estintiva⁴⁵. Ma, nonostante qualche apparenza, non si tratta di una risoluzione giudiziale, tanto meno con effetto costitutivo: la risoluzione (ma sarebbe meglio dire la cessazione) del rapporto non può essere imputata alla pronunzia del giudice, ma alla volontà, per quanto non sorretta da giustificazione, del datore di lavoro. Ed infatti, il giudice comunque «dichiara» risolto il rapporto, non a caso «con effetto dalla data del licenziamento».

Qualche considerazione va fatta con riguardo all'ammontare dell'indennità. È vero che con questa normativa non sempre si può ritenere 'svenduto' il rapporto di lavoro e il bene dell'occupazione che lo incorpora, visto che, in presenza di una liquidazione tendente al massimo, la copertura assicurata in futuro non sarà molto diversa da quella che in base al testo originario può ottenere un lavoratore che abbia trovato una nuova occupazione in tempi ragionevoli e che anche per questo opti per l'indennità sostitutiva della re-integrazione (talora, in questo caso, solo la misura minima delle 5 mensilità, più le 15 mensilità dell'indennità sostitutiva, con un saldo negativo rispetto alla misura massima prevista dal nuovo comma 5 della riforma). Senza considerare, come si è opportunamente rilevato⁴⁶, che al lavoratore spetterà il minimo di 12 mensilità anche in assenza totale di danno, o in caso di danno comunque inferiore. Ma, al di là delle argomentazioni ideologiche o di bandiera legate alla sparizione del posto di lavoro, un arretramento nella tutela sembra comunque realizzarsi, non fosse altro perché l'indennità è, come recita il comma 5, «onnicomprendensiva», tale cioè da assorbire ogni danno connesso al venir meno del rapporto, in particolare tale da assorbire il danno previdenziale.

La concreta determinazione dell'indennità risarcitoria, entro la forbice fra le 12 e le 24 mensilità, resta affidata (ma non è una novità) a criteri almeno a prima vista estranei al danno, donde la non facile definizione della sua natura giuridica⁴⁷. La formula normativa sembra distinguere fra un criterio principale - quello dell'anzianità (presumibilmente, qui come altrove, di servizio) del lavoratore «in relazione» alla quale l'indennità deve essere quantificata - e altri parametri dei quali va «tenuto conto», secondo una valutazione evidentemente discrezionale. Qui, come già con l'integrazione dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 ad opera dell'art. 30 della legge n. 183 del 2010 (il c.d. collegato lavoro), il legislatore si spende molto per circostanziare la definizione del risarcimento e controllare la discrezionalità del giudice, imponendogli anche la «specificazione motivazione», forse senza considerare che il giudice è comunque portato ad adottare criteri equitativi, non fosse altro perché è di quella discrezionalità che egli deve inevitabilmente avvalersi nella ponderazione fra i vari (e talora troppo numerosi ed eterogenei) criteri. Comunque sia, i parametri sono essenzialmente tre. Il primo è quello relativo al 'peso' dell'azienda, declinato secondo il numero dei dipendenti (criterio che più classico non si può), ma anche secondo le «dimensioni dell'attività economica», con necessario ricorso a criteri diversi, come ad esempio il fatturato o il tasso di tecnologia. Il secondo è quello del «comportamento» delle parti, che, ove riferito al lavoratore, serve a dare rilievo a quelle circostanze di contorno della sua condotta che, pur non portando ad escludere la sussistenza del fatto imputato (che porta alla reintegrazione), conducono pur sempre a considerare ingiustificato il licenziamento. Il terzo criterio è quello delle «condizioni» delle parti, nel quale, forse, è possibile individuare un qualche collegamento con le caratteristiche e le dimensioni del danno.

d) Il quarto livello è regolato nel comma 6, attraverso un rinvio, come impianto di fondo, alla disciplina del comma 5 (terzo livello), ma con un dimezzamento dei valori dell'indennità risar-

⁴⁵ C. Consolo - D. Rizzardo, *Vere o presunte novità cit.*, 732.

⁴⁶ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio cit.*, 14.

⁴⁷ Sul punto, ancora A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio, cit.*, p.14; per A. Vallebona, *La riforma del lavoro, cit.*, 56, si tratta non di risarcimento, ma di indennità.

ditoria, indennità che oscilla pertanto fra le 6 e le 12 mensilità. Tale scelta trova giustificazione, come ho già segnalato, nella discutibile svalutazione dei vizi di carattere formale (licenziamento orale a parte, per il quale è prevista, dal comma 1, la reintegrazione piena) o procedurale rispetto a quelli di carattere sostanziale. Nello stesso ordine di idee, lo spessore e la «gravità» della violazione formale o procedurale costituiscono parametro per la determinazione dell'indennità: un criterio di non difficile applicazione, posto che in effetti c'è differenza fra una motivazione solo generica e una motivazione inesistente, così come non è la stessa cosa omettere l'intera procedura dell'art. 7 dello Statuto o concedere un termine a difesa inferiore a 5 giorni.

L'analisi dei quattro livelli di tutela fa sorgere un interrogativo conclusivo, di non poco conto, che concerne il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, notoriamente legato allo spessore della tutela, nel senso che il differimento del *dies a quo* della prescrizione alla cessazione del rapporto opera, per giurisprudenza assolutamente costante, solo ove non sia assicurata la stabilità, per tale intendendosi una disciplina del licenziamento nella quale si «subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate» e, sul piano processuale, si «affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»⁴⁸: in altre parole, la stabilità reale.

Ora, fermo restando che nell'area di applicazione della legge n. 604/66 opera sempre il differimento della decorrenza della prescrizione, con riguardo invece al nuovo art. 18, si potrebbe pensare, in linea teorica, che la questione non cambi nella sostanza, occorrendo solo una nuova (in quanto interna all'art. 18) *actio finium regundorum* fra tutela reale reintegratoria (con decorso della prescrizione in costanza di rapporto) e tutela meramente obbligatoria o indennitaria (con decorso alla cessazione), in relazione alle quattro articolazioni sopra esaminate. Ma una tale operazione non è affatto sufficiente, posto che le diverse tipologie di tutela nel disegno di legge non dipendono più soltanto da un elemento variabile ma pur sempre oggettivo, come il numero dei dipendenti occupati, che è rilevabile in ogni momento di svolgimento del rapporto (anche ad andamento alterno, come avviene allorché il lavoratore dipendente da datore di lavoro con non più di 60 dipendenti passi da una unità produttiva a tutela reale ad altra unità a tutela obbligatoria o viceversa); le diverse tipologie di tutela, infatti, ancorate come sono anche alle causali del licenziamento, dipenderanno da circostanze che non sono ancora attuali nel momento in cui il lavoratore debba decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la prescrizione o attendere; di più, dipenderanno da circostanze che potrebbero non verificarsi mai, tutte le volte in cui la cessazione del rapporto non passi per il licenziamento. Né si obietti che qualcosa di simile può capitare anche in base alla precedente disciplina, perché mentre in base ad essa si può sapere in ogni momento quale sarebbe la tutela garantita al lavoratore se il rapporto si chiudesse con un licenziamento, nel futuro sistema, per saperlo, bisognerà passare per forza per un concreto licenziamento e per le sue ragioni. L'idea che conti comunque la situazione nella quale, di fatto, il lavoratore si è trovato ad operare non risulta perciò praticabile. La verità è che il problema, in assenza di uno specifico intervento normativo, è davvero difficilmente risolvibile, salvo passar sopra alla descritta metamorfosi della tutela reale e continuare ad applicare il principio generale di cui all'art. 2935 c.c. tutte le volte in cui sia applicabile anche il nuovo art. 18, valutando come congruo tutto il ventaglio di tutele con esso garantito⁴⁹. Ma è conclusione che, se riferita agli ultimi due scalini di tutela, non mi pare davvero persuasiva.

⁴⁸ Per tutte, Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268.

⁴⁹ In questo senso, sostanzialmente, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., p. 34. All'opposto, M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo*, cit., 9 ritiene problematico che il termine di prescrizione possa decorrere - s'intende anche in caso di applicazione del novellato art. 18 - in costanza di rapporto.

LICENZIAMENTI NULLI: TUTELA REINTEGRATORIA RAFFORZATA

di Elena Pasqualetto - *Ricercatrice nell'Università di Padova*

Secondo il nuovo testo dell'art. 18 St. lav., la tutela reintegratoria nella sua versione più forte, quella descritta nei primi tre commi di tale articolo, è riservata ai casi in cui il licenziamento sia dichiarato dal giudice o nullo (e ciò per essersi verificata una delle violazioni di cui al primo comma), oppure inefficace perché intimato in forma orale.

Omogeneità nella tutela

Il risultato della scelta normativa di aver posto sullo stesso piano le diverse fattispecie menzionate dal primo comma dell'articolo di recente conio è, ovviamente, quello della riconduzione delle medesime ad unità dal punto di vista delle tutele, risultato cui non era agevolmente possibile pervenire vigente il 'vecchio' art. 18, il quale si riferiva invero (oltre che al licenziamento annullabile perché intimato senza giusta causa o giustificato motivo ed a quello inefficace perché in violazione delle regole sulla forma scritta) al licenziamento dichiarato nullo «a norma della legge 15 luglio 1966, n. 604». Quest'ultimo rinvio portava a ritenere applicabile la c.d. tutela reale al licenziamento discriminatorio, espressamente qualificato come nullo dall'art. 4 della legge n. 604/1966, non però ad altre figure di recesso da considerarsi anch'esse inficiate da nullità ma non menzionate nel testo della legge del 1966. Anche la legge 11 maggio 1990, n. 108, aveva operato una scelta tutto sommato riduttiva, limitandosi a prevedere (all'art. 3) l'applicazione dell'art. 18 solo a quella particolare fattispecie di recesso nullo che è il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie⁵⁰. Di conseguenza, secondo l'opinione prevalente (anche se contrastata da autorevoli esponenti della dottrina, come subito si vedrà) il licenziamento legato causalmente al matrimonio e quello connesso alla maternità (e più in generale tutte le altre fattispecie di recesso datoriale nullo) non potevano cadere sotto l'ombrello protettivo dell'art. 18, ma operava per esse la c.d. tutela reale di diritto comune. Questa soluzione, in particolare, è invero quella prevista dall'art. 35, comma 6, del D.Lgs. n. 11 aprile 2006, n. 198, per il licenziamento per causa di matrimonio⁵¹. Una sola eccezione operava la giurisprudenza in caso di licenziamento per motivo illecito, al quale era stato frequentemente esteso l'art. 18⁵².

La scelta di omogeneizzare verso l'alto le tutele per i casi di licenziamenti afflitti dai 'peggiori difetti' (prevedendone altresì l'operatività in modo indipendente dal numero dei lavoratori occupati) non può che essere salutata con favore, anche se restano alcuni dubbi circa l'effettiva inclusione nel raggio della tutela *de qua* di tutte le ipotesi in cui veramente la lesione dei diritti del lavoratore appare più macroscopica⁵³. Così ragionando si entra tuttavia nel diverso terreno della critica alle scelte di politica del diritto sottese alla riforma in commento, che appare estraneo all'indagine qui in corso.

Non può peraltro non sottolinearsi quanto meno la solo parziale coincidenza tra l'elenco di licenziamenti 'odiosi' proposto dal nuovo art. 18 e quello in tempi recentissimi elaborato dall'art.

⁵⁰ Con la l. n. 108/90 si era peraltro esteso notevolmente il campo di applicazione della tutela reale, allargandolo alle piccole imprese ed a categorie in precedenza escluse (come quella dei dirigenti). In questo senso F. Savino, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007, 82.

⁵¹ Esso infatti stabilisce che «con il provvedimento che dichiara la nullità dei licenziamenti di cui ai commi 1, 2, 3, 4, è disposta la corresponsione, a favore della lavoratrice allontanata dal lavoro, della retribuzione globale di fatto sino al giorno della riammissione in servizio».

⁵² A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2102*, Torino, 2012, 48. Si vedano le sentenze citate in nota 26.

⁵³ C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 556, definisce il licenziamento nullo come un «licenziamento odioso», che si ha quando il datore «viola pesantemente principi di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà».

8 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148)⁵⁴, ciò che dimostra una certa incoerenza del legislatore nella selezione dei licenziamenti considerati in qualche modo al vertice della scala dell'inaccettabilità, anche se resta da verificare se, in fondo, le fattispecie indicate nell'ultima disposizione citata non siano già tutte ricomprese nell'elenco del nuovo primo comma dell'art. 18.

Va ancora preliminarmente rilevato come la disciplina di cui ai primi tre commi dell'art. 18, nella nuova formulazione, trovi applicazione ogniqualvolta il licenziamento risulti effettivamente determinato da motivi discriminatori o da una delle altre ragioni cui si fa riferimento nel primo comma, e ciò indipendentemente dalla motivazione formalmente adottata dal datore di lavoro. È quanto si afferma nell'art. 18, al primo comma, e si ribadisce al settimo, il quale invero, dopo essersi occupato delle tutele spettanti ai prestatori licenziati per una ragione riconducibile alla nozione di giustificato motivo oggettivo, precisa, all'ultimo periodo, che se comunque nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore ricorrente, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le "relative tutele" previste dall'art. 18.

Si tratta di una precisazione probabilmente superflua, che può servire tuttavia a ribadire il concetto per cui non può essere la motivazione formalmente adottata dal datore di lavoro ad incanalare in modo vincolante l'indagine del giudice verso l'accertamento del difetto che inficia il licenziamento⁵⁵ e quindi verso l'applicazione di una specifica tutela. Questo vale in modo particolare quando alla base del recesso c'è, appunto, una ragione discriminatoria⁵⁶, essendo un dato di comune esperienza quello per cui il datore che licenzia spinto da tale intendimento certo non lo esplicita, ma anzi cerca di mascherarlo dietro una diversa motivazione⁵⁷. Spetta quindi sempre al giudice, al di là delle giustificazioni addotte, ricercare (ovviamente nei limiti dei suoi poteri istruttori, e quindi a condizione che vi sia una domanda, o almeno un'allegazione, del lavoratore in tal senso) la vera ragione che sorregge (o meglio, non può sorreggere) il licenziamento, ed applicare così la corrispondente tutela.

Compiuta questa breve premessa, sembra opportuno procedere ad un'analisi delle diverse fattispecie che, appunto, il legislatore riconduce alla "categoria" del licenziamento nullo⁵⁸, e ciò allo scopo di verificare il grado e la qualità dell'innovazione normativa che rispetto ad esse sono destinati a realizzarsi in conseguenza del loro inserimento nel contesto della nuova disciplina di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92.

In via preliminare si ritiene comunque opportuno sottolineare come l'elenco di tali fattispecie abbia evidentemente carattere esemplificativo. Ciò è quanto si desume dalla circostanza per cui la legge, dopo aver fatto riferimento al licenziamento discriminatorio, a quello intimato in concomitanza col matrimonio, a quello in violazione di talune disposizioni a tutela della maternità

⁵⁴ L'art. 8 nomina il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento.

⁵⁵ Per una diversa impostazione si veda però uno dei primi commenti alla riforma, quello di C. Consolo e D. Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, 730.

⁵⁶ Ma lo stesso discorso vale, ovviamente, per le altre ragioni di cui al primo comma dell'art. 18, che la disposizione ora in commento pare aver dimenticato, ma che si possono comunque ritenere in essa implicitamente ricomprese.

⁵⁷ Non per niente già l'art. 3 della l. n. 108/1990 definisce il licenziamento discriminatorio come quello determinato da tale ragione «indipendentemente dalla motivazione adottata».

⁵⁸ Per l'analisi del licenziamento inefficace perché comunicato oralmente, si rinvia al contributo di F. Carinci.

e della paternità, a quello causato da un motivo illecito determinante, richiama anche il recesso «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge». All'interprete viene affidato dunque il compito di 'scovare' nel sistema altre violazioni, diverse da quelle tipizzate, ma di tale gravità da giustificare la qualificazione come nullo del licenziamento. Appare tuttavia più 'ergonomico' procedere iniziando dall'analisi delle violazioni menzionate dal legislatore, ciò che potrebbe in effetti condurre ad affermare che, tutto sommato, le figure descritte esauriscono il novero delle possibili ipotesi di nullità.

Licenziamento discriminatorio

La prima ipotesi di licenziamento nullo riportata nel nuovo art. 18 è quella del licenziamento discriminatorio. Il legislatore opera qui un rinvio all'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, il quale, come è noto, definisce a sua volta questo tipo di licenziamento attraverso ulteriori rinvii, in specie all'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, ed all'art. 15 St. lav. (come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903). Può segnalarsi a questo proposito come il richiamo alle modifiche apportate al testo dell'art. 15 St. lav. contenuto nell'art. 3 della legge n. 108/1990 non sia aggiornato, in quanto non tiene conto della circostanza per cui negli anni successivi all'entrata in vigore di tale ultima legge l'elenco dei fattori di discriminazione vietata è stato allungato dal legislatore. Ciò si è verificato, in particolare, con l'art. 4, comma 1, del D.Lgs. 9 settembre 2003, n. 216, che ha aggiunto ai fattori di natura politica, sindacale, razziale, di lingua e di sesso quelli dell'handicap, dell'età, dell'orientamento sessuale e delle convinzioni personali. Nonostante tale difettoso coordinamento fra le diverse normative, si deve ritenere che la nozione di discriminazione (e quindi quella di licenziamento discriminatorio) che viene qui in considerazione sia quella che risulta dalla complessiva evoluzione della disciplina in materia, che appare oggi sparpagliata in una molteplicità di testi⁵⁹, ma che conserva come punto di riferimento l'art. 15 St. lav. nel testo attualmente in vigore. Ed invero non per nulla il legislatore ha ritenuto opportuno tenere tale ultima disposizione aggiornata, quanto meno dal punto di vista della tipologia dei motivi di discriminazione che sono espressamente vietati al datore di lavoro.

Resta oggetto di vivace dibattito la questione concernente la tassatività o meno di tale elenco⁶⁰. Se infatti la considerazione della necessità (avvertita dal legislatore interno, in ciò stimolato da quello comunitario) di progressivamente incrementare la lista dei fattori di discriminazione vietati milita a favore della tesi restrittiva⁶¹, va tuttavia sempre più rafforzandosi il fronte di colo-

⁵⁹ Si vedano i riferimenti normativi di cui alla nota 24.

⁶⁰ Anche se si deve rilevare che, da un punto di vista "pratico", la rilevanza della questione deve considerarsi molto ridimensionata, almeno da quando, nel 2003, fra i fattori vietati è stato inserito quello delle convinzioni personali. Restano tuttavia immaginabili altri fattori, diversi sia da questo che da tutti gli altri menzionati dalla legge. Efficaci gli esempi proposti da P. Bellocchi, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e delle previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, 5a ed., Milano, 2009, 546, che ipotizza discriminazioni basate sulla casta, sulla fede calcistica, sullo stato di ex detenzione, sul sovrappeso.

⁶¹ Secondo M.V. Ballestrero, *La cessazione del rapporto di lavoro. Disciplina dei licenziamenti e delle dimissioni*, in M.V. Ballestrero, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, 2009, 102, la tecnica del rinvio impiegata dal legislatore è da intendersi nel senso della tassatività. In un altro saggio della medesima A. si legge poi che «non tutte le diseguaglianze/disparità fattuali costituiscono discriminazione in senso giuridico (...). La nozione giuridica di discriminazione è infatti una qualificazione della diseguaglianza: il diritto qualifica come illecita una diseguaglianza nel momento stesso in cui la vieta»: così in Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive, in *Lav. dir.*, 2004, 511. A favore di tale soluzione si è espressa anche la Corte di Giustizia la quale, con la sentenza Chacon Navas dell'11 luglio 2006, C-13/05, riferendosi alla direttiva 2000/78 (e quindi proprio alla normativa cui il legislatore italiano ha dato attuazione con il D.Lgs. n. 216/2003) ha respinto con fermezza l'estensione analogica dell'ambito di applicazione della normativa comunitaria «al di là delle discriminazioni fondate su motivi enunciati in modo esaustivo nell'art. 1 di quest'ultima», negando, in particolare, che la malattia, diversamente dall'handicap, rap-

(segue)

ro che, al contrario, ritengono che l'elenco dei motivi di discriminazione posti all'indice in modo specifico dalla legge abbia carattere solo esemplificativo⁶². Un significativo argomento a favore di questa seconda tesi viene dall'ordinamento comunitario. Ed invero, con l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 dello «stesso valore giuridico dei trattati», avvenuta ad opera del Trattato sull'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2009, ha acquisito il ruolo del diritto primario l'art. 21 della Carta medesima, sul principio di non discriminazione, il quale contiene un'elencazione sicuramente non tassativa dei motivi di differenziazione posti al bando⁶³.

Va ricordato peraltro che, secondo una parte della dottrina, l'interpretazione favorevole alla tassatività dell'elenco non comporta in realtà la creazione di particolari vuoti di tutela nei confronti dei lavoratori per quanto concerne quegli aspetti dell'identità personale che non sono nominati dalla legge, e ciò in quanto è possibile, per i fattori non tipizzati, fare comunque ricorso agli artt. 1343 e 1345 c.c., che consentono di sindacare in giudizio qualunque atto o patto dal punto di vista del motivo illecito unico e determinante⁶⁴. Se si segue questa impostazione, si può dunque arrivare a sdrammatizzare in modo rilevante il problema *de quo*, posto che, come si è visto, oggi

presenti un fattore di differenziazione vietato. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, la tesi secondo cui l'indicazione dei motivi discriminatori presenti nella normativa è da considerarsi tassativa è sostenuta da A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 51; O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, 520; M. Tremolada, *La parità di trattamento tra lavoratori*, in *Dir. lav.*, Commentario diretto da F. Carinci, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, II ed., Torino, 2007, 521, per il quale la normativa de qua si caratterizza (rispetto all'ipotetica imposizione di un dovere di pari trattamento) proprio per la non apposizione di «limiti alle differenze imputabili a ragioni diverse». Nel senso della tassatività dell'elencazione si sono espressi anche Cass., 9 ottobre 1984, n. 5047; Trib. Milano, 25 febbraio 2008, in *Lav. giur.*, 2008, 850; Tar Puglia Bari, sez. II, 30 agosto 2005, n. 3640, in *Foro amm.*, 2005, 2560; Pret. Trento, 9 maggio 1980, in *Or. giur. lav.*, 1980, 668.

⁶² Secondo M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, versione provvisoria, dattiloscritto, 23, le ipotesi di discriminazione previste dalla legge hanno portata solo esemplificativa e la dilatazione degli interesse vietati è tale da ricomprendere «qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento». Per la dottrina meno recente cfr. L. Montuschi, *Art. 15, 16*, in G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi, U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori (art. 14-18)*, 2a ed., in Scialoja A., Branca G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1981, 40, secondo il quale rilevano tutte quelle manifestazioni di potere imprenditoriale che appaiono suscettibili di violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., con la conseguenza che devono considerarsi vietate, ad esempio, anche le discriminazioni fondate sulle condizioni personali del lavoratore. In giurisprudenza si veda Cass., 3 maggio 1997, n. 3837, ove si parla di una possibile interpretazione estensiva del divieto di licenziamento discriminatorio, tale che l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione, ossia intimato a seguito di comportamenti risultati sgraditi al datore di lavoro (quali asserite iniziative giudiziarie intraprese dal lavoratore). Nello stesso senso Cass., 3 agosto 2011, n. 16925; Cass., 8 agosto 2011, n. 17087; Cass., 18 marzo 2011, n. 6282. Estende la tutela antidiscriminatoria alle differenziazioni legate alla nazionalità (che non è fattore contemplato dalla normativa) Trib. Genova, 8 aprile 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 1096. Uno spunto a favore dell'ampliamento del raggio di incidenza della tutela antidiscriminatoria è rinvenibile anche in Cass., 4 novembre 1995, n. 11515 (in *Giust. civ.*, 1996, I, 979; in *Lav. giur.*, 1996, 416) secondo cui «fuori delle ipotesi di discriminazione "nominate", il trattamento deteriore riservato a singoli o a minoranze senza un'adeguata giustificazione rappresenta per ciò stesso una discriminazione non consentita perché i principi propri del diritto del lavoro non possono permettere l'arbitrio o il capriccio».

⁶³ Anche non si vuole e non si può certo in questa sede entrare nel merito della questione relativa alla natura dei condizionamenti che derivano agli Stati membri ed ai singoli da siffatta previsione.

⁶⁴ Così P. Bellocchi, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, cit., 546. Sull'utilizzo, ad opera della giurisprudenza, dell'art. 1345 c.c. al fine di estendere la nozione di licenziamento discriminatorio (in realtà essenzialmente limitato all'ipotesi del recesso con finalità ritorsive), cfr. L. Corazza, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. Miscione, II ed., Torino, 2007, 400 ss.

anche il licenziamento fondato su di un motivo illecito “gode” della tutela reale rafforzata di cui ai primi tre commi dell’art. 18. Resta tuttavia allo stato irrisolta la questione di fondo che una simile prospettazione imporrebbe di affrontare. Come si vedrà infatti meglio più avanti, il motivo è illecito quando è contrario a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume. Pertanto, per potersi considerare nullo perché fondato su di un motivo illecito il recesso dovuto, ad esempio, alla condizione di obesità del lavoratore, dovrebbe individuarsi una specifica norma imperativa violata dalla condotta datoriale. E se si parte dal presupposto per cui la discriminazione è tale solo per i fattori tipizzati (fra cui non rientra quello di cui all’esempio proposto) una soluzione positiva di tale indagine sembra da escludersi.

La questione circa la esaustività o meno dell’elenco fornito dalla legge conserva inoltre la sua rilevanza da un diverso punto di vista, e cioè da quello relativo all’incidenza, sulle due nozioni di licenziamento discriminatorio e di licenziamento determinato da motivo illecito, del requisito del carattere di esclusività del fattore vietato (perché discriminatorio nel primo caso e più genericamente illecito nel secondo). È infatti generalmente condivisa l’opinione secondo cui il recesso fondato su motivo illecito, per potersi definire nullo, non deve poggiarsi su altra giustificazione (ovviamente fra quelle ammesse dall’ordinamento), diversa, appunto, dalla finalità illecita⁶⁵. Non altrettanto pacifica è invece la medesima conclusione per quanto riguarda gli atti discriminatori⁶⁶, tra cui il licenziamento, anche se la giurisprudenza sembra senz’altro in prevalenza orientata in questa direzione⁶⁷. Se si ammette dunque che il recesso possa avere natura discriminatoria (e sia soggetto quindi alla tutela reale rafforzata di cui ai nuovi primi tre commi dell’art. 18) anche nel caso in cui la differenziazione vietata si affianchi e si sovrapponga ad una legittima giustificazione del provvedimento datoriale⁶⁸, ne deriva una netta convenienza ad allargare la nozione di discriminazione vietata oltre i limiti risultanti da una lettura statica della normativa antidiscriminatoria.

Una diversa questione, che non pare scalfita dall’entrata in vigore della l. n. 92/2012, è quella relativa alla permanente incombenza sul lavoratore dell’onere della prova del carattere discriminatorio del licenziamento⁶⁹. Come è stato infatti correttamente rilevato, in questo caso, come nelle altre ipotesi di licenziamento nullo, «siamo di fronte non a tipizzazioni di licenziamento (o causali in senso proprio), ma a divieti, ond’è che solo la dimostrazione positiva della violazione del divieto porterà all’applicazione della tutela reale»⁷⁰. Non potrà operare pertanto contro il datore di lavoro la regola di cui all’art. 5 della l. n. 604/66, che pone a suo carico l’onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo⁷¹. È noto tuttavia anche che nel sistema

⁶⁵ Ciò è quanto emerge dall’art. 1345 c.c. (applicabile agli atti unilaterali, e quindi al licenziamento, per il tramite dell’art. 1324 c.c.), il quale richiede l’esclusività del motivo illecito.

⁶⁶ L’estensione del requisito dell’esclusività ai licenziamenti discriminatori viene definita una “forzatura” da C. Cester, *L’estinzione del rapporto di lavoro*, in G. Suppiej, C. Cester, M. De Cristofaro, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro individuale*, Padova, IV ed., 2008, 396. Contestano la correttezza della soluzione prevalente in giurisprudenza anche G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, 117; F. Savino, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, cit., 94 ss.

⁶⁷ Richiedono l’esclusività Cass., 9 marzo 2011, n. 5555, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 665; Cass., 5 agosto 2010, n. 18283; Cass., 5 marzo 1986, n. 1444, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 717 con nota di M.V. Ballestrero

⁶⁸ Con riferimento al nuovo art. 18 tale interpretazione è ventilata come possibile (ma definita nel contempo ardua) da C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 566.

⁶⁹ Cfr. Cass., 7 marzo 2012, n. 3559; Cass. 13 dicembre 2000, n. 15689, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 380.

⁷⁰ C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 565.

⁷¹ Secondo G. Amoroso, *Estinzione del rapporto*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e delle previdenze sociali. Il lavoro privato e pubblico*, 5a ed., Milano, 2009, 985, «una maggiore difficoltà di prova si riscontra essenzialmente nell’area della libera recedibilità; negli altri casi invece (...) l’eventuale insuccesso probatorio del datore di lavoro (...) agevola la prova presuntiva della discriminazione». Su questa lunghezza d’onda si pone App. Potenza, sez. lav., 15 giugno 2005, secondo cui «siccome, di regola,

(segue)

sono previsti meccanismi di tipo presuntivo, che possono notevolmente agevolare il lavoratore nella dimostrazione della discriminazione⁷².

Un ulteriore problema che la nuova disciplina, non incidendo in modo diretto sul concetto di discriminazione, lascia sul tappeto è quella relativa alla necessità o meno di un specifico intento discriminatorio. Il problema è di non poco conto, in quanto la tesi più accreditata con riferimento all'interpretazione dell'art. 15 St. Lav. (che, come si è visto, funge da referente normativo per l'individuazione della nozione di licenziamento discriminatorio) è nel senso di richiedere la prova di una precisa direzione della volontà datoriale, mirante a differenziare il trattamento del lavoratore colpito dal provvedimento di recesso da quello riservato agli altri dipendenti. Un'impostazione più "moderna" si ritrova tuttavia nelle ormai numerosissime e più specifiche definizioni di discriminazione contenute nelle varie leggi che si propongono di reprimere le disparità di trattamento collegate a particolari fattori, definizioni che in effetti non fanno più dell'intenzionalità della condotta un requisito indefettibile⁷³. Ciò significa che se fosse possibile "travasare" questa impostazione nella nozione di licenziamento discriminatorio di cui al novellato art. 18, rileggendola alla luce dell'evoluzione normativa in materia, ne conseguirebbe un rilevantissimo sgravio dell'onere probatorio posto in capo al lavoratore, chiamato a provare solo il fatto materiale della differenziazione, a prescindere da ogni indagine sullo scopo perseguito dal datore di lavoro (e quindi forse anche sull'elemento dell'esclusività).

Licenziamento determinato da motivo illecito

La seconda fattispecie di licenziamento nullo prevista dall'art. 18 "versione 2012" è quella del recesso causato da un motivo illecito determinante, il quale viene, con la nuova disciplina, ricondotto con sicurezza sotto l'ala protettiva della nuova tutela reintegratoria forte.

il licenziamento contiene la motivazione delle ragioni del recesso dal rapporto di lavoro, il carattere fittizio ed apparente della motivazione può concorrere, senza che ciò comporti minimamente inversione dell'onere della prova, come presunzione semplice per provare la sussistenza di un motivo illecito».

⁷² Come correttamente rilevato da A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 52, ciò non significa che basta il difetto di prova della giustificazione a far presumere la discriminazione (o il motivo illecito). Ed infatti, a tacer d'altro, la stessa previsione (da parte del nuovo art. 18) di apposite sanzioni sia per il caso in cui la motivazione adottata dal datore non risulti sufficiente a fondare il licenziamento, sia per il caso di insussistenza, anche manifesta, dei fatti posti a base del recesso, costituisce un'ulteriore riprova dell'automatica irriducibilità della fattispecie licenziamento ingiustificato a quella di licenziamento discriminatorio. Nello stesso senso V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 20 ss. del dattiloscritto. Per una diversa impostazione si veda M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 22 ss.

⁷³ Nei decreti gemelli del 2003, ad esempio, la discriminazione diretta è descritta come quella che si realizza quando una persona, per essere portatrice di un determinata caratteristica individuale, «è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in situazione analoga» (così gli artt. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e del D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216). Identico è anche il testo dell'art. 2, comma 2, della l. 1 marzo 2006, n. 67, sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni). Nel T.U. sull'immigrazione (D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286) si definisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione (...) e che abbia lo scopo o l'effetto di danneggiare il lavoratore. Anche la definizione di discriminazione contenuta nel Codice delle pari opportunità (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198) è sicuramente oggettivizzata: essa consiste infatti in «qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso (...)». Per l'art. 25, comma 2-bis, del medesimo D.Lgs. n. 198/2006 (aggiunto dal D.Lgs. n. 5/2010): «costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti».

Come si è anticipato, si può parlare di illiceità del motivo quando questo sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume⁷⁴. La giurisprudenza fa inoltre rientrare nella fattispecie il caso del recesso "di natura vendicativa", intimato cioè per ritorsione, in particolare nel caso di azioni intentate in giudizio dai prestatori contro il datore, assimilando peraltro ormai con costanza tale licenziamento a quello discriminatorio e ritenendo conseguentemente ad esso applicabile l'art. 18⁷⁵. Rileva anche la rappresaglia per la resistenza del lavoratore a illegittime richieste del datore di lavoro⁷⁶. A queste ipotesi può essere affiancata, secondo la dottrina⁷⁷, quella del recesso provocato dalla domanda o dalla fruizione di congedi parentali, familiari o formativi⁷⁸. Ed in effetti anche in questi casi ci si trova di fronte ad un'inaccettabile risposta del datore all'esercizio di un diritto del prestatore. Va segnalato peraltro che l'abnorme reazione alla richiesta di godere del congedo parentale o per malattia del bambino è ora considerata autonomamente dal nuovo art. 18 come ipotesi di nullità del licenziamento legata alla "genitorialità".

I primi dubbi ventilati dalla dottrina circa la necessità del requisito dell'esclusività del motivo⁷⁹, al fine della sua attitudine a rendere nullo il negozio unilaterale, sembrano essere definitivamente sopiti a favore della tesi che tale requisito richiede. Vi è infatti nel primo comma del nuovo art. 18 un esplicito ed inequivocabile richiamo dell'art. 1345 c.c., che appunto tale condizione pretende⁸⁰.

Alla nullità del licenziamento per illiceità dell'unico motivo avrebbe dovuto conseguire, prima dell'entrata in vigore della l. n. 92/2012, l'applicazione della c.d. tutela reale di diritto comune⁸¹. Come si è visto, tuttavia, la giurisprudenza, almeno nel caso del recesso per rappresaglia, opera già con costanza una assimilazione tra recesso per motivo illecito e recesso per discriminazione, con il risultato di rendere utilizzabile la tutela reale di cui all'art. 18, vecchio testo. Eventuali dubbi sulla correttezza di una simile operazione devono considerati in ogni caso oggi non più attuali, visto che alla medesima conclusione conduce *de plano* la nuova norma.

⁷⁴ Cass., 9 luglio 2009, n. 16155; Cass., sez. un., 25 ottobre 1993, n. 10603; App. Potenza, sez. lav., 15 giugno 2005. Parla cumulativamente di illiceità del motivo e della causa, nonché di finalità fraudolenta, Cass., 9 novembre 1983, n. 6651, a proposito del licenziamento seguito da riassunzione, volto a vanificare il principio della infrazionabilità dell'anzianità.

⁷⁵ In questo senso App. Potenza, sez. lav., 15 giugno 2005; Cass., 6 maggio 1999, n. 4543, in *Or. giur. lav.* 1999, 615, con nota di De Fazio; Cass., 15 marzo 2006, n. 5635; Cass., 1 dicembre 2010, n. n. 24347; Cass., 18 marzo 2011, n. 6282; Cass., 3 agosto 2011, n. 16925; Cass., 8 agosto 2011, n. 17097, secondo cui «il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta che questa sia, è un licenziamento nullo, quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto dell'art. 1418 c.c., comma 2, art. 1345 e 1324 c.c. Esso costituisce ingiusta ed arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto), che attribuisce al licenziamento il connotato della ingiustificata vendetta. Siffatto tipo di licenziamento è stato ricondotto, data l'analoga di struttura, alla fattispecie di licenziamento discriminatorio, vietato dagli art. 4, l. n. 300 del 1970, e 3 l. n. 108 del 1990 - interpretati in maniera estensiva - che ad esso riconnettono le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie di cui all'art. 18 dello statuto dei lavoratori».

⁷⁶ Trib. Roma, sez. I, 12 maggio 2011, n. 8866.

⁷⁷ A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Il rapporto di lavoro, Padova, 2011, 491.

⁷⁸ Rientrano pertanto in questa figura alcune delle ipotesi menzionate dall'art. 8 del D.L. n. 138/2011.

⁷⁹ Esprime perplessità sulla scelta legislativa di non fare esplicito riferimento al requisito dell'esclusività M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, dattiloscritto, 4.

⁸⁰ In questo senso A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 53. Un ventaglio di soluzioni diverse viene prospettato, in tono dubitativo, da C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 566. Sulla necessità del carattere esclusivo del motivo illecito cfr. App. Potenza, sez. lav., 15 giugno 2005; Trib. Roma, sez. I, 12 maggio 2011, n. 8866; Cass., 18 marzo 2011, n. 6282.

⁸¹ Così Cass., 9 luglio 1979, n. 3930 in *Foro it.*, 1979, I, 2333; Trib. Roma, 19 ottobre 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 876, con nota di L. Zanotelli.

Licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio

Anche il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio è nullo ai sensi del nuovo art. 18. Viene riproposta così la formula “imprecisa”⁸² già sperimentata dall’art. 8 del D.L. 138/2011, che, del tutto illogicamente, sembra riferirsi ad una tutela operante solo nel momento delle nozze, ma che va evidentemente riletta alla luce dell’espresso rinvio all’art. 35 del D.Lgs. n. 198/2006 (che l’art. 8 ora citato invece non contiene).

L’art. 35, a sua volta, definisce nullo il licenziamento attuato a causa di matrimonio, presumendo essere tale quello intimato alla lavoratrice (non al lavoratore)⁸³ nel periodo che va dalla data della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio (in quanto ad esse segue la celebrazione) sino ad un anno dopo le nozze. Il comma 6 del medesimo articolo prevede inoltre che alla dichiarazione giudiziale di nullità consegua il riconoscimento del diritto della lavoratrice di rientrare in servizio, oltre che la corresponsione alla medesima della retribuzione globale di fatto sino al giorno dell’avvenuta riammissione. Da quest’ultima disposizione emerge con tutta evidenza la volontà legislativa di applicare alla prestatrice nubenda e neoconiugata illegittimamente licenziata la c.d. tutela reale di diritto comune⁸⁴. Nonostante questa chiara indicazione normativa, autorevole dottrina ha posto in evidenza la stretta connessione tra la “causa di matrimonio” e la discriminazione legata all’appartenenza al genere femminile, spingendosi al punto di far rientrare questa ipotesi di recesso nella categoria dei licenziamenti discriminatori, con conseguente applicabilità della tutela reale specifica di cui all’art. 18⁸⁵, anticipando così la soluzione prescelta dalla l. n. 92/2012. Se ci si colloca tuttavia in una prospettiva più tradizionale, e cioè quella seguita dalla giurisprudenza che ha con costanza applicato la tutela reale di diritto comune a questa ipotesi di licenziamento nullo, si deve affermare che la nuova disciplina comporta l’abrogazione implicita del sesto comma dell’art. 35 del D.Lgs. n. 198/2006.

Licenziamento legato alla maternità e alla paternità

Dall’attuale art. 18 è considerato di seguito nullo il licenziamento disposto in violazione di alcune disposizioni contenute nel testo unico sulla maternità e paternità (D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151), e precisamente nei commi 1, 6, 7 e 9 dell’art. 54. Si tratta, rispettivamente, del divieto di licenziare la lavoratrice dall’inizio della gravidanza sino al termine del periodo di interdizione al lavoro nonché fino al compimento di un anno del bambino; di quello di recedere dal rapporto a causa della domanda o della fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino avan-

⁸² Così la definisce C. Cester, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2012, 411.

⁸³ Anche se vi è sul punto qualche isolata e non recentissima sentenza che sostiene l’estensibilità della tutela anche ai lavoratori di genere maschile: così Pret. Salerno, 26 luglio 1989, in *Giur. mer.*, 1991, 47; Pret. Buccino, 11 luglio 1989, in *Lav. prev. oggi*, 1990, 144. La soluzione è contrastata però da Trib. Padova, 9 maggio 2000, in *Dir. lav.*, 261, con nota di M. De Cristofaro.

⁸⁴ La giurisprudenza sin qui formatasi non sembra pertanto avere dubbi circa la non applicabilità a tale ipotesi dell’art. 18, nella sua versione “ante 2012”, diversamente da quanto è avvenuto, come si vedrà subito, per il recesso legato alla maternità. Applica la tutela reale di diritto comune al licenziamento per causa di matrimonio Cass., 10 agosto 2007, n. 17606, secondo cui «essendo il licenziamento affetto da nullità privo di effetti solutori, il rapporto va considerato, *de iure*, sempre pendente fino a quando non si verifichi una legittima causa di risoluzione, e la lavoratrice ha diritto al risarcimento dei danni conseguenti, ai sensi dell’art. 1223 cod. civ.». Nello stesso senso Cass., 15 settembre 2004, n. 18537; Cass., 10 maggio 2003, n. 7176, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, 428; Trib. Trapani, 30 aprile 2011.

⁸⁵ M.V. Ballestrero, *La cessazione del rapporto di lavoro. Disciplina dei licenziamenti e delle dimissioni*, cit., 111. L’Autrice sottolinea, fra le altre cose, la collocazione dell’art. 35 nella parte del Codice delle pari opportunità dedicato alle tutele contro le discriminazioni.

zata dalla lavoratrice o dal lavoratore⁸⁶, del divieto di licenziare il lavoratore che goda del congedo di paternità⁸⁷; dell'analogo divieto operante in caso di adozione o affidamento⁸⁸.

Le fattispecie qui sinteticamente descritte non sono in alcun modo incise dalla nuova disciplina; anzi, la loro qualificazione in termini di nullità era già presente nel testo dell'art. 54. La loro inclusione nel primo comma dell'art. 18 porta tuttavia a compiere alcune riflessioni sul loro inquadramento nel sistema.

Merita infatti di essere ricordato che secondo autorevole dottrina il licenziamento della lavoratrice madre durante i periodi di protezione è riconducibile al licenziamento discriminatorio, con l'effetto di rendere ad esso applicabile l'art. 18⁸⁹ (e ciò anche al di fuori dei limiti dimensionali generalmente richiesti dallo Statuto). Una diversa impostazione è invece quella che, facendo leva sulla forza espansiva del previgente art. 18 (laddove questo parificava, quanto alle sanzioni, il licenziamento nullo a quello inefficace e a quello annullabile), è giunta in passato a ritenerlo applicabile al licenziamento della lavoratrice madre, solo però ove ricorressero i requisiti occupazionali richiesti dall'articolo medesimo⁹⁰. Tuttavia la soluzione che trova allo stato maggior credito, almeno in giurisprudenza, è quella per cui l'espressa qualificazione come nullo del licenziamento *de quo* comporta l'applicazione ad esso della c.d. tutela reale di diritto comune, e quindi il diritto della donna a veder ripristinato il rapporto di lavoro, senza soluzione di continuità nonostante il recesso⁹¹. Con la sistemazione del licenziamento legato alla maternità (o alla paternità, alle condizioni indicate) nel contesto dei primissimi commi del nuovo art. 18, accanto e non "dentro" alla fattispecie del licenziamento discriminatorio, il legislatore sembra voler affermare la reciproca irriducibilità delle due ipotesi⁹², con l'effetto di mettere di fatto in un angolo una ricostruzione che in passato poteva risultare di una certa utilità, per la sua capacità attrattiva verso la tutela reale di cui allo Statuto, ma che oggi perde parte del suo *appeal*, almeno dal punto di vista delle conse-

⁸⁶ Secondo M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Padova, 2006, 386, questa ipotesi si differenzia da tutte le altre menzionate nell'art. 54 (e non partecipa quindi del medesimo regime), in quanto si tratta di un caso di licenziamento discriminatorio, per il quale è pertanto necessaria la prova del corrispondente motivo.

⁸⁷ Divieto che in tale caso si estende fino al compimento di un anno di età del bambino.

⁸⁸ In tale ipotesi il divieto opera fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

⁸⁹ In questo senso M.V. Ballestrero, *La cessazione del rapporto di lavoro. Disciplina dei licenziamenti e delle dimissioni*, cit., 112 ss., secondo la quale l'art. 54 del D.Lgs. n. 151/2001 individua una presunzione assoluta della causa di maternità, e quindi della discriminazione per ragioni di sesso, nel licenziamento irrogato nel periodo protetto. La tesi è condivisa da G. De Simone, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, in M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, cit., 74 ss. Importanti argomenti a favore di questa ricostruzione provengono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte Giust. 4 ottobre 2001, C-109/100, *Tele Denmark*; 8 settembre 2005, C-191/03; 11 ottobre 2007, C-460/06, *Paquay*). Per la giurisprudenza interna, la tesi in parola è sposata da Trib. Milano, 9 agosto 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 839; Trib. Pistoia 27 ottobre 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 594; Trib. Milano 9 febbraio 2000, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 473.

⁹⁰ Così M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, cit., 387. Si veda sull'argomento M. Salvalio, *La maternità e la funzione parentale*, in *Dir. lav.*, Commentario diretto da F. Carinci, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, 2a ed., Torino, 2007, 1762 ss.

⁹¹ In questo senso Cass. 3 marzo 2008, n. 5749; Cass. 10 agosto 2007, n. 17606; Cass. 12 gennaio 2005, n. 426, in *Not. giur. lav.*, 2005, 370; Cass. 21 agosto 2004, n. 16505, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 949; Cass. 16 novembre 2002, n. 16189; Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in *Dir. prat. lav.*, 2000, 1062; Cass. 7 febbraio 1998, n. 1312, in *Lav. giur.*, 1998, 158; Cass. 9 settembre 1995, n. 9549.

⁹² È quanto rileva C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 566. L'irriducibilità del licenziamento illegittimo della lavoratrice madre al licenziamento di tipo discriminatorio pare d'altra parte emergere anche da un altro recente intervento legislativo: l'art. 8 del D.L. n. 138/2011, il quale pure tiene distinte le due fattispecie: così ancora C. Cester, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, cit., 410.

guenze del licenziamento in termini sanzionatori. Ciò non esclude in modo assoluto, a parere di chi scrive, che la questione, da un punto di vista dogmatico, resti aperta alla discussione. Essa è stata, d'altra parte, alimentata anche da un recente intervento normativo, e precisamente dal nuovo comma 2-*bis* dell'art. 25 del D.Lgs. n. 198/2006 (inserito nel contesto del Codice delle pari opportunità dal D.Lgs. n. 5/2010), secondo il quale «costituisce discriminazione, ai sensi del presente titolo, ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Il problema resta dunque aperto, anche perché la qualificazione del licenziamento per maternità quale recesso discriminatorio potrebbe avere significative conseguenze sul piano applicativo, aprendo la strada al riconoscimento, in favore della lavoratrice madre discriminata, dell'ampio ventaglio di tutele che la normativa antidiscriminatoria predispose.

Licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge

Resta da analizzare il significato dell'inciso secondo cui la massima tutela garantita dal nuovo art. 18 spetta anche al lavoratore il cui licenziamento sia stato dichiarato nullo «perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge».

La norma in tal modo consente di applicare la tutela più forte quando il licenziamento sia stato adottato, ad esempio, in violazione di norma imperativa (art. 1418 c.c.) oppure in frode alla legge (1344 c.c.)⁹³. In frode alla legge potrebbe, a sua volta, considerarsi il caso del recesso attuato prima o in coincidenza con un trasferimento d'azienda, seguito da una immediata riassunzione⁹⁴. Siffatta operazione risulta infatti con evidenza diretta ad eludere l'applicazione di una norma imperativa (l'art. 2112 c.c.)⁹⁵, anche se in questa situazione, valorizzandosi il profilo dell'intenzione soggettiva del datore recedente, sarebbe forse possibile intravedere anche un'ipotesi di licenziamento per motivo illecito⁹⁶. Per quanto concerne invece il licenziamento in violazione di una norma imperativa, la dottrina⁹⁷ suggerisce di considerare tale, ad esempio, il recesso adottato in violazione dell'art. 4, comma 1, della l. 12 giugno 1990, n. 146, il quale esclude l'adozione di misure disciplinari estintive del rapporto (così come di altre misure che comportino mutamenti definitivi dello stesso) nei confronti dei lavoratori che scioperino in violazione di alcune disposizioni contenute nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Altra dottrina ipotizza inoltre la riconducibilità alla clausola di chiusura di altri «casi previsti dalla Costituzione, sempre più richiamata e utilizzata dalla giurisprudenza ordinaria, con la benedizione della Corte, così sollevata da un'eccessiva carica di eccezioni»⁹⁸, ma probabilmente molti di questi casi possono essere fatti convergere in una nozione allargata di licenziamento discriminatorio o in quella di recesso basato su di un motivo illecito.

⁹³ Sul quale, diffusamente, G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, cit., 207 ss., secondo il quale attraverso l'art. 1344 c.c. si può arrivare a considerare illecito anche l'atto di licenziamento fondato su di una giusta causa o di un giustificato motivo, ma inserito in una più complessa operazione economica volta ad eludere uno dei divieti legislativi in materia di discriminazione.

⁹⁴ Così M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, cit., 396, secondo il quale prima dell'entrata in vigore della riforma Fornero anche in questo caso era possibile applicare l'art. 18 (data la sua forza espansiva) nel caso di ricorrenza dei noti requisiti occupazionali, restando la tutela reale di diritto comune riservata alle piccole organizzazioni produttive.

⁹⁵ In questo senso Cass. 18 ottobre 2011, n. 21486; Cass. 18 ottobre 2011, n. 21484.

⁹⁶ La sovrapposizione dei due profili è in effetti presente anche in Cass. 9 novembre 1983, n. 6651, cit. alla nota 25.

⁹⁷ Così M. Tremolada nel contributo sul licenziamento per motivi soggettivi in questo stesso volume, al quale si rinvia per ulteriori riflessioni sulle interferenze tra licenziamento disciplinare illegittimo e licenziamento nullo.

⁹⁸ F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 546.

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE NELL'ART. 18 ST. LAV.di Marco Tremolada - *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova***Ambito dell'indagine**

Le norme della legge n. 92/2012 in tema di licenziamento per motivi soggettivi, per quanto non siano dirette a qualificare la fattispecie, contengono tuttavia precise indicazioni sotto questo profilo perché identificano il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa con il recesso disciplinare, in tal modo confermando gli esiti cui era pervenuta la quasi totalità degli interpreti prima della riforma.

Depongono chiaramente in tal senso sia le disposizioni ove si parla di “applicabilità al licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo dell’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300” (comma 1 dell’art 7 l. n. 604/1966, come modificato dal comma 40 dell’art. 1 legge n. 92/2012) e di “licenziamento intimato all’esito del procedimento disciplinare” (comma 41 dell’art. 1 legge n. 92/2012), sia il comma 4 dell’art. 18 (comma 42 dell’art. 1 legge n. 92/2012) ove si parla di “fatto contestato” e di “condotte punibili”, sia il comma 6 del medesimo art. 18 ove si parla di “violazione della procedura di cui all’art. 7 della presente legge”, sia infine il comma 7 dell’art. 18, ove per la prima volta nel lavoro privato, a quanto consta, una norma di legge usa l’espressione “licenziamento disciplinare” per fare riferimento a quello per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa.

Pertanto il legislatore priva di fondamento le tesi che propongono di distinguere il licenziamento punitivo da quello meramente risolutivo del rapporto a causa dell’inadempimento del lavoratore e conferma la concezione ontologica del licenziamento disciplinare che, a differenza di quella formalistica, non richiede che il recesso sia previsto dal codice disciplinare fra le sanzioni irrogabili⁹⁹. Né può deporre a favore di quest’ultima concezione la circostanza che il nuovo comma 1 dell’art. 7 legge n. 604/1966 afferma l’applicabilità ai licenziamenti per motivi soggettivi dell’art. 7 St. lav. senza indicare a quale parte di quest’ultimo si riferisca, poiché dal contesto in cui la disposizione è inserita si desume che essa riguarda le norme sul procedimento e non anche il comma 1 che stabilisce il requisito della necessaria previsione di mancanze e sanzioni nel codice disciplinare.

Circa il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, l’innovativa espressione legislativa allude al licenziamento per notevole inadempimento di cui all’art. 3 legge n. 604/1966, categoria che quindi identifica il licenziamento disciplinare con obbligo di preavviso.

Quanto al licenziamento per giusta causa, la legge, facendolo coincidere con il licenziamento disciplinare con esonero dall’obbligo di preavviso, da un lato, impedisce di ipotizzare una giusta causa oggettiva¹⁰⁰ e, d’altro lato, potrebbe riaprire la discussione circa la possibilità di attribuire rilievo disciplinare a condotte del lavoratore non qualificabili come inadempimento ma che, tuttavia, incidono sul c.d. rapporto fiduciario.

Infatti, sembra che l’espressa qualificazione disciplinare del licenziamento per giusta causa reintroduca la limitazione alla “grave mancanza”, di cui all’art. 9 R.D. n. 1825/1924, della “causa” che non consenta la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto ai sensi dell’art. 2119 c.c., confermando l’inscindibile collegamento del licenziamento disciplinare con l’art. 2106 c.c., norma che non solo parla di infrazione, di cui la mancanza è sinonimo, ma anche fa riferimento all’inadempimento ove rinvia agli obblighi del lavoratore previsti dalle disposizioni contenute ne-

⁹⁹ Prima della riforma è stata negata la natura in sé disciplinare del licenziamento per inadempimento, recentemente, da G. Mannacio, *Ancora sul licenziamento disciplinare*, Commento a Cass. 10 novembre 2011, n. 23417; in *Lav. giur.*, 2012, 484 ss. e, in passato, in una monografia cui ci si permette di rinviare: M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993.

¹⁰⁰ Come invece propone C. Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Padova, 2004, 44.

gli articoli 2104 e 2105 c.c. per stabilire che l'inosservanza di queste può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari.

La questione non è di poco conto poiché, se si dovesse ritenere che disciplinare possa essere solo il licenziamento per inadempimento, le cause inerenti al mero venir meno del presupposto fiduciario del rapporto dovrebbero valutarsi nell'ottica dell'inidoneità del lavoratore a prestare la propria collaborazione e quindi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con applicazione sia del procedimento preventivo introdotto dalla legge n. 92/2012 per questa forma di recesso (comma 40 dell'art. 1 che ha modificato l'art. 7 legge n. 604/1966), sia delle conseguenze dell'illegittimità dell'atto previste dall'art. 18 St. lav.

L'aspetto più rilevante della riforma della disciplina dei licenziamenti individuali attiene alla modulazione delle garanzie contro il recesso illegittimo contemplate da quest'ultimo articolo, ove si prevedono quattro regimi di tutela decrescente del lavoratore che sostituiscono quello unitario disposto dal precedente testo dell'art. 18.

I regimi di cui si parla sono i seguenti: quello della *tutela reintegratoria piena*, che si applica al licenziamento dichiarato nullo o inefficace (primi tre commi dell'art. 18); quello della *tutela reintegratoria attenuata*, prevista per il licenziamento annullato (comma 4); quello della *tutela indennitaria forte*, che riguarda il licenziamento dichiarato risolutivo del rapporto (comma 5); quello della *tutela indennitaria dimidiata*, operante in caso di licenziamento dichiarato inefficace e al tempo stesso risolutivo del rapporto (comma 6)¹⁰¹.

Della descrizione e dell'analisi delle citate forme di tutela si occupa altro contributo di questo commentario, per cui ad esso si fa rinvio¹⁰².

Qui si tratta di analizzare le diverse cause di illegittimità del licenziamento disciplinare dalle quali l'art. 18 fa dipendere l'applicabilità al recesso di uno od altro dei descritti regimi di tutela.

Licenziamento nullo o inefficace perché intimato verbalmente

Circa le ipotesi di licenziamento nullo o inefficace, perché verbalmente intimato, cui si applica la tutela reintegratoria piena prevista dai primi tre commi dell'art. 18, va detto che le questioni che si pongono in gran parte prescindono dalla natura disciplinare del recesso¹⁰³.

Infatti tali norme, a differenza di quelle contenute nei commi di tale articolo dal quarto al settimo, riguardano vizi del recesso non attinenti al requisito della giustificazione - o a quelli che ad esso sono connessi, cioè il procedimento e la motivazione -, requisito solo in ordine al quale rileva il carattere disciplinare dell'atto.

Del resto, la circostanza che la qualificazione disciplinare del recesso non rilevi ove si tratti di applicare le norme in esame risulta confermata dal fatto che il comma 1 dell'art. 18 stabilisce che in seguito all'accertamento della nullità del licenziamento, in tutte le ipotesi previste dalla norma e non solo in quelle del recesso discriminatorio o per motivo illecito, il giudice ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore "indipendentemente dal motivo formalmente addotto", cioè dalla giustificazione del recesso fatta valere.

In sostanza, il comma 1 dell'art. 18 riguarda il licenziamento nella sua mera qualificazione di atto negoziale e sostituisce al regime di diritto comune delle conseguenze della nullità quello della tutela reintegratoria piena, regime che, proprio a causa della funzione sostitutiva assoluta, si applica in modo tendenzialmente generale¹⁰⁴, non operando né i limiti attinenti al numero minimo

¹⁰¹ I termini utilizzati per definire i diversi regimi di tutela sono mutuati da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al Convegno AIDLASS 5-7 giugno 2012, dattiloscritto, 20, 21.

¹⁰² C. Cester, *La nuova disciplina dei licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*.

¹⁰³ All'analisi del comma 1 dell'art. 18 è dedicato in questo commentario il contributo di E. Pasqualetto, *I licenziamenti nulli secondo la l. n. 92/2012*, pertanto ci si occuperà solo di taluni profili connessi al tema del licenziamento disciplinare.

¹⁰⁴ Ad es., i rapporti di lavoro a tempo determinato di ogni tipo dovrebbero ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione della norma.

dei dipendenti occupati, al quale il comma 8 subordina l'applicazione delle tutele previste dai commi successivi al terzo, né, salvo probabili eccezioni¹⁰⁵, l'esclusione di determinati rapporti di lavoro che, invece, la legge n. 604/1966 sottrae all'applicazione della regola di giustificazione necessaria del licenziamento, circostanza quest'ultima che conferma ulteriormente che la tutela contro il licenziamento nullo prescinde dal requisito della giustificazione¹⁰⁶.

Per quanto riguarda specificamente il licenziamento disciplinare, può dirsi in primo luogo che la soluzione un tempo avanzata da una parte degli interpreti per cui i vizi procedurali avrebbero comportato la nullità del recesso¹⁰⁷ risulta oggi contraddetta dal comma 6 dell'art. 18 di cui si dirà.

Invece, posto che tra gli "altri casi di nullità previsti dalla legge", cui fa riferimento il comma 1 dell'art. 18, possono comprendersi quelli riconducibili al comma 1 dell'art. 1418 c.c., la tutela reintegratoria piena dovrebbe applicarsi, ad es., al licenziamento disposto in violazione del comma 1 dell'art. 4 legge n.146/1990, in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ove si esclude l'irrogabilità di sanzioni disciplinari estintive del rapporto di lavoro con una norma che, a quanto pare, non incide semplicemente sul potere di recesso, bensì pone un vero e proprio divieto. Quindi in questo caso il licenziamento non dovrebbe considerarsi meramente ingiustificato, come invece deve dirsi, perché testualmente previsto dal comma 9 dell'art 3 D.Lgs. n. 61/2000, per il recesso intimato in seguito al rifiuto del lavoratore a tempo parziale di concordare clausole flessibili o elastiche.

Occorre poi rilevare che tra le ipotesi di nullità del licenziamento specificamente richiamate dal comma 1 dell'art. 18 ve ne sono due in ordine alle quali le leggi speciali che le regolano attribuiscono rilievo al licenziamento disciplinare, per cui è opportuno parlarne in questa sede.

Si tratta delle norme in tema di licenziamento intimato in connessione col matrimonio o nel periodo di tutela della maternità (art. 35 D.Lgs. n. 198/2006; art. 54 D.Lgs. n. 151/2001), le quali escludono che operi la nullità dell'atto in casi tipizzati, tra cui quello del licenziamento per colpa grave integrante giusta causa di risoluzione del rapporto.

Da queste norme si desume la peculiarità del regime del licenziamento disciplinare in tali casi, rispetto a quello delle ipotesi previste dai commi dell'art. 18 successivi al terzo.

Da un lato, il licenziamento per giustificato motivo soggettivo deve ritenersi nullo, anche se giustificato, e quindi soggetto al regime previsto dai primi tre commi dell'art. 18, posto che l'esenzione dalla nullità riguarda solo il licenziamento per giusta causa¹⁰⁸.

D'altro lato, le condizioni da cui dipende tale esenzione devono ritenersi integrate solo in presenza di un recesso per giusta causa che non sia viziato, per cui, ad es., a fronte di un difetto del procedimento disciplinare non potrà ammettersi il datore di lavoro a provare l'esistenza della giusta causa, al fine di evitare la dichiarazione di nullità del licenziamento, dovendosi quindi ritenere che in questo caso il vizio procedimentale comporti di per sé l'ingiustificatezza del recesso, soluzione che, come si vedrà in prosieguo, il comma 6 dell'art. 18 non applica più al licenziamento affetto dall'indicato vizio. Conseguenza a ciò che in questi casi il licenziamento disciplinare è sanzionato in modo ben più severo di quanto è previsto da quest'ultima disposizione.

Qualora non ricorrano i casi di nullità o inefficacia del recesso, perché intimato in forma orale, vengono in considerazione le ulteriori ipotesi di illegittimità del licenziamento disciplinare contemplate dai commi dell'art. 18 successivi al terzo, le quali danno luogo a distinti regimi di tutela, applicabili, ai sensi del comma 8, solo ai datori di lavoro imprenditori e non imprenditori che

¹⁰⁵ Ad es., quella del rapporto di lavoro in prova, naturalmente prima che siano decorsi sei mesi dal suo inizio, in considerazione della specialità del regime cui è soggetto il rapporto di lavoro durante la prova.

¹⁰⁶ Va peraltro ricordato che nel precedente testo dell'art. 18 questa estensione della tutela reintegratoria era prevista per il solo caso di licenziamento discriminatorio.

¹⁰⁷ V. ad es. Cass. 7 settembre 1993, n. 9390; Cass. 22 gennaio 1991, n. 542.

¹⁰⁸ Cfr. ad es. Cass. 9 aprile 2002, n. 5065.

abbiano più di 60 dipendenti, complessivamente, o più di 15, o 5 in caso di impresa agricola, nell'unità produttiva (o nel comune) in cui sia addetto il lavoratore licenziato¹⁰⁹.

Pertanto, al di fuori di tale ambito di applicazione, le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento disciplinare dovuta a vizi attinenti alla giustificazione o alla motivazione del recesso o al procedimento continuano ad essere soggette alle regole precedenti la riforma, regole peraltro talora enucleate dall'interprete in assenza di norme specifiche, come deve dirsi a proposito dell'applicazione delle c.d. sanzioni di area al licenziamento viziato quanto al procedimento.

Le norme contenute nell'art. 18 prevedono le seguenti ipotesi di accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento: **a)** quella per cui il giudice accerta un difetto di giustificazione (commi 4 e 5); **b)** quella per cui è accertato un vizio relativo alla motivazione o al procedimento disciplinare (comma 6); **c)** quella di accertamento che il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo è stato determinato da ragioni disciplinari (comma 7).

Licenziamento ingiustificato: quello annullato e quello dichiarato risolutivo del rapporto

I commi 4 e 5 dell'art. 18 riguardano il caso in cui il giudice "accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro", cioè accerta che il licenziamento è illegittimo per un vizio attinente al requisito sostanziale della giustificazione.

Il generale riferimento fatto da entrambe le norme al difetto degli estremi di quest'ultima viene poi da esse declinato secondo due distinte classi di vizi del licenziamento, in funzione della previsione, per la prima, della tutela reintegratoria attenuata, che si applica in seguito all'annullamento del recesso, e, per la seconda, della tutela indennitaria forte, che si applica in seguito alla dichiarazione della risoluzione del rapporto.

La prima classe, regolata dal comma 4, riguarda due fattispecie tipizzate, cioè l'ipotesi di accertamento dell'"insussistenza del fatto contestato" e l'ipotesi in cui si accerti che "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili", mentre la seconda classe, disciplinata dal comma 5, riguarda le "altre ipotesi" in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro e quindi comprende, in modo indifferenziato, tutti i vizi attinenti alla giustificazione del recesso che siano diversi dai due casi specificamente indicati dal comma precedente.

Si osserva innanzitutto che le norme in esame, benché facciano riferimento al giustificato motivo soggettivo o alla giusta causa "addotti" dal datore di lavoro (commi 4 e 5) e al "fatto contestato" (comma 4), in realtà sono dirette a regolare le conseguenze dell'accertamento di un difetto di giustificazione del licenziamento - distinte in relazione alle due classi di vizi citate - anche in ipotesi in cui la giustificazione non sia stata addotta nell'atto né il fatto sia stato contestato al lavoratore, cioè nei casi in cui sia stato disposto un licenziamento disciplinare senza motivarlo o adducendo un giustificato motivo oggettivo. Ciò risulta chiaramente dal fatto che alle anzidette norme fanno rinvio due disposizioni dell'art. 18 - il comma 6 e l'ultimo periodo del comma 7 - che prevedono la possibilità che sia accertata l'ingiustificatezza del recesso disciplinare anche nei casi indicati.

Delle implicazioni di tale circostanza in ordine all'individuazione del tipo di tutela da applicare al licenziamento ingiustificato in questi casi si dovrà parlare quando essi saranno esaminati.

Quanto alla distinzione fatta dalla legge tra le anzidette due classi di vizi della giustificazione, va detto preliminarmente che dalla circostanza che quelli specifici, per cui è previsto il regime della reintegrazione (comma 4), siano isolati per sottrazione dal *genus* di quelli che, invece, danno

¹⁰⁹ Peraltro, sono tuttora escluse le c.d. organizzazioni di tendenza, ai sensi comma 1 dell'art. 4 legge n.108/1990.

luogo al regime indennitario (comma 5) si deve desumere che quest'ultimo tipo di tutela rappresenta la regola e il primo l'eccezione¹¹⁰.

Tale constatazione deve orientare l'esegesi delle disposizioni che definiscono quei vizi specifici, nel senso che è necessario che l'interprete resti particolarmente aderente al dato letterale e valorizzi la *ratio* cui pare sia informata la scelta del legislatore di prevedere per tali vizi un regime delle conseguenze del licenziamento illegittimo più gravoso per il datore di lavoro.

Invero, dalla valutazione delle citate disposizioni emerge che il criterio adottato dal legislatore è quello di non concedere al datore di lavoro il beneficio del regime indennitario nei casi in cui sia particolarmente grave la sua colpa per aver intimato il licenziamento illegittimo.

Sembra che la gravità della colpa dipenda dalla circostanza che il datore di lavoro abbia agito con leggerezza nel disporre il licenziamento, per quanto attiene all'accertamento del fatto o alla sua valutazione sotto il profilo giuridico.

Alla luce di queste considerazioni si può procedere a esaminare le due ipotesi di vizio della giustificazione del licenziamento per le quali è prevista la reintegrazione.

Il primo vizio specifico è dato dalla "insussistenza del fatto contestato".

Il testo del comma 4 dell'art. 18 non ha riprodotto l'originaria formula del disegno di legge che prevedeva, oltre al caso dell'insussistenza del fatto contestato, quello che il lavoratore non lo abbia commesso; tuttavia pare che l'omissione vada apprezzata nel senso che nella nozione di fatto sia stata ricompresa l'imputazione di esso al lavoratore, per cui per fatto insussistente deve intendersi anche quello che sia esistente ma non sia stato commesso da quest'ultimo¹¹¹.

Circa cosa si debba intendere per "fatto" si pongono ulteriori problemi interpretativi.

Il primo è evidenziato dalla circostanza che, mentre secondo un primo indirizzo trattasi del fatto inteso in senso oggettivo, materiale, cioè nell'accezione di "azione od omissione"¹¹², in cui dovrebbero comprendersi anche l'evento e il rapporto di causalità, a parere di altri rientrerebbero nella nozione di fatto, da un lato, la circostanza che si tratti di un comportamento qualificabile come inadempimento contrattuale¹¹³ e, d'altro lato, i profili soggettivi della condotta, cioè l'intenzionalità, la colpevolezza e la relativa intensità. Si afferma a quest'ultimo proposito che, poiché l'insussistenza del fatto viene in considerazione per escludere la giustificazione del licenziamento, assume rilievo il difetto di "un'azione del lavoratore qualificata da una specifica volontà e finalità, tale da poter configurare una causa legittima di licenziamento"¹¹⁴.

Con la conseguenza che, in quest'ottica, il regime della reintegrazione si applicherebbe non solo in caso di assenza del fatto materiale ma, altresì, quando questo sussista ma non sia configu-

¹¹⁰ Cfr. ad es. M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, dattiloscritto, 9.

¹¹¹ Nel medesimo senso cfr. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2012, 569.

¹¹² A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, dattiloscritto, 18.

¹¹³ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 30. Va precisato che, secondo l'A., qualora il lavoratore sia stato licenziato a causa di comportamenti non qualificabili come inadempimento perché totalmente estranei agli obblighi contrattuali (l'A. fa l'esempio del lavoratore licenziato per non aver sorriso al datore di lavoro al suo ingresso in azienda), il recesso dovrebbe considerarsi nullo perché discriminatorio, per cui si applicherebbe la tutela reintegratoria piena prevista dai primi tre commi dell'art. 18. L'A. ritiene che i casi di discriminazione previsti dalla legge non abbiano carattere tassativo bensì solo esemplificativo e che la nozione di discriminazione vietata comprenda "qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento" (23). Posto che l'unica finalità ammessa dalla legge è quella corrispondente alle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, sarebbe discriminatorio il licenziamento intimato per fatti assolutamente estranei a quelli che possono essere considerati ai fini della valutazione della sussistenza o meno di una giustificazione del recesso.

¹¹⁴ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11 e 12 maggio 2012, dal titolo *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, dattiloscritto, 27.

rabile come inadempimento contrattuale, oppure difetti il requisito soggettivo dell'intenzionalità e della colpevolezza.

In realtà non pare che questa interpretazione possa condividersi perché tradisce la lettera della legge, il cui significato sembra del resto confermato dalla considerazione che nell'ambito della fattispecie disciplinare deve tenersi distinto l'elemento del fatto, cui appunto si riferisce la norma in esame, da quelli della sua anti giuridicità e della colpevolezza dell'agente.

Se si tiene conto della circostanza che il regime della reintegrazione è previsto per le ipotesi in cui è più grave la colpa di chi ha intimato il licenziamento, può dirsi che l'errore circa l'esistenza del fatto è assai grave perché il fatto è oggettivamente verificabile e non implica la valutazione di profili giuridici, che presentano un certo grado di incertezza, quali l'anti giuridicità e la colpevolezza dell'agente.

Occorre poi considerare che sotto altro profilo può essere problematica l'interpretazione della norma in punto di cosa debba intendersi per "fatto", sia perché oggetto di contestazione possono essere più fatti, sia perché un fatto è scomponibile in più circostanze di fatto, per cui si tratta di vedere se, qualora sia inesistente solo uno dei fatti o siano inesistenti alcune circostanze di un fatto, si debba applicare il regime della reintegrazione o quello solo indennitario¹¹⁵.

Sembra che in entrambi i casi sia necessario considerare i profili fattuali avendo riguardo al rilievo attribuito ad essi dal datore di lavoro al fine dell'intimazione del licenziamento, selezionando quindi i fatti o le circostanze di fatto che sono stati determinanti a quel fine, posto che solo per questi può rilevare la particolare gravità della colpa del datore di lavoro riferita alla fase dell'accertamento¹¹⁶.

Il secondo vizio specifico del licenziamento cui il comma 4 dell'art. 18 collega la tutela reintegratoria è che il fatto contestato "rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

La formulazione della norma è il risultato di modifiche intervenute durante i lavori preparatori poiché in una prima stesura ci si riferiva alla circostanza che "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi applicabili", in una seconda stesura alla circostanza che "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

Va detto che sembra opportuno che siano stati espunti dal testo sia il riferimento alle tipizzazioni di giusta causa o giustificato motivo soggettivo contenute nei codici disciplinari, sia il riferimento alla legge, quali fonti in base alle quali individuare i fatti punibili con una sanzione conservativa.

Nel primo caso, la circostanza che per individuare la condotta punibile con una sanzione conservativa si dovessero considerare non già le norme del codice disciplinare aventi ad oggetto questo tipo di sanzioni, bensì le tipizzazioni ivi previste in tema di licenziamento, avrebbe introdotto un inammissibile potere del giudice di definire mancanze e relative sanzioni conservative in assenza di specifiche previsioni di quel codice.

Nel secondo caso, dato che nel lavoro privato non vi sono ipotesi in cui la legge preveda determinate mancanze che possano dar luogo all'irrogazione di determinate sanzioni conservative, il riferimento alla legge avrebbe indotto a ritenere che questo avesse ad oggetto l'art. 2106 c.c. e quindi ad affermare che il giudice dovesse applicare il regime reintegratorio anche nel caso in cui

¹¹⁵ Cfr. F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, di prossima pubblicazione in *Lav. giur.*, 2012, fasc. 5, 19.

¹¹⁶ In senso analogo cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, in www.giappichelli.it/riforma2012.html, 57. Si veda altresì A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 29, secondo il quale il datore di lavoro che contesta al lavoratore più condotte "dovrà specificare se ai fini del licenziamento tali condotte assumono rilievo congiuntamente o disgiuntamente".

avesse rilevato un errore compiuto dal datore di lavoro nel valutare, ai sensi dell'art. 2106 c.c., la proporzionalità 'in concreto' tra mancanza e sanzione estintiva. In tal modo si sarebbe introdotta una soluzione non coerente con la *ratio* che giustifica l'applicazione dell'anzidetto regime solo quando il datore disponga di criteri certi di valutazione dell'illegittimità del recesso.

In realtà, la previsione del vizio del licenziamento per il quale è stabilita la reintegrazione va ricondotta alla consolidata tesi giurisprudenziale secondo cui, qualora per la mancanza sia prevista dal codice disciplinare una sanzione conservativa, il giudice non può dar seguito alla domanda del datore di lavoro di accertare che tale mancanza integra gli estremi delle nozioni legali di giustificazione del licenziamento, ritenendosi che l'anzidetta previsione sia espressione di un trattamento di maggior favore per il lavoratore ai sensi dell'art. 12 legge n. 604/1966¹¹⁷.

La ragione dell'applicazione del regime della reintegrazione deve ricondursi all'elevato grado di colpa del datore che, a fronte di una norma del codice disciplinare che implicitamente esclude la possibilità di licenziare il dipendente per un certo tipo di comportamento, procede egualmente a intimare il recesso¹¹⁸.

Occorre però osservare che le clausole dei contratti collettivi che prevedono le mancanze e le sanzioni sono formulate in vario modo.

Talora esse consentono di escludere ogni ragionevole dubbio che le condotte indicate non possono dar luogo a licenziamento. Un esempio può essere dato dal caso in cui il contratto collettivo preveda tra le ipotesi che possono comportare l'applicazione di una sanzione conservativa l'assenza ingiustificata fino a 3 giorni nell'anno solare¹¹⁹.

Ma spesso le previsioni dei contratti collettivi non sono così precise nel definire mancanze e relative sanzioni, per cui è necessario verificare di volta in volta se ricorre l'ipotesi di vizio del licenziamento contemplata dal comma 4 dell'art. 18.

Si deve innanzitutto escludere la possibilità di applicare tale norma quando le mancanze sono indicate facendo riferimento a un *genus* eccessivamente ampio di condotte, o quando sono definiti separati elenchi per le mancanze e per le sanzioni che possono essere irrogate, tra cui il licenziamento, stabilendo che il collegamento tra mancanze e relative sanzioni debba essere effettuato in base a un criterio di proporzionalità.

È stato giustamente rilevato che in tali casi si può dubitare della stessa validità delle disposizioni disciplinari per difetto del requisito di specificità delle mancanze e del rapporto tra esse e le relative sanzioni¹²⁰.

In ogni caso, al fine di stabilire che ricorre il vizio del licenziamento di cui si parla, non è sufficiente che la normativa disciplinare sia valida sotto l'indicato profilo, occorrendo che le disposizioni assolvano un requisito di specificità per così dire 'qualificata', cioè tale da consentire al datore di lavoro di rappresentarsi agevolmente, senza dover compiere complesse valutazioni, che il tipo di mancanza commessa dal lavoratore poteva essere punita esclusivamente con una sanzione conservativa¹²¹.

In quest'ottica si può dubitare che l'indicato requisito sia assolto da disposizioni del contratto collettivo che subordinano alla valutazione della gravità della mancanza l'individuazione della sanzione applicabile al lavoratore. Pare preferibile ritenere che questo requisito ricorra solo se le disposizioni del contratto tipizzano le mancanze in modo tale che la valutazione della gravità del-

¹¹⁷ Cfr. ad es. Cass. 15 febbraio 1996, n. 1173.

¹¹⁸ Per analoghe valutazioni cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 58.

¹¹⁹ Cfr. Ccnl delle aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi 18 luglio 2008 (art. 225), ove peraltro si prevede che qualora si superi tale limite sia applicabile la sanzione del licenziamento.

¹²⁰ Cfr. M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., 12.

¹²¹ È invece irrilevante la circostanza che il codice disciplinare che prevede la mancanza e la sanzione conservativa non sia stato pubblicato. Infatti la norma in esame attribuisce rilievo al fatto che tale codice preveda che la condotta sia punibile con una sanzione conservativa non già al fine dell'irraggiungibilità di questa, bensì al diverso fine di escludere l'idoneità di quella condotta a giustificare il licenziamento.

le stesse sia, per così dire, “incorporata” nelle norme, per cui non residui la necessità che tale valutazione sia compiuta dal datore di lavoro¹²².

Si deve infine osservare che l'accertamento del vizio in esame non presuppone, diversamente da quanto si ritiene¹²³, che sia stata preliminarmente accertata la sussistenza del fatto contestato al lavoratore, essendo sufficiente la verifica che questo, a prescindere dalla sua esistenza o meno, integri una condotta punibile con una sanzione conservativa secondo le previsioni generali ed astratte del contratto collettivo o del codice disciplinare.

Quanto poi alle “altre ipotesi” in cui il giudice accerta - ai sensi del comma 5 dell'art. 18 - che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro e quindi applica il regime indennitario forte, vi rientrano tutti i possibili vizi di carattere sostanziale diversi dai due tipizzati dal comma 4. Resta aperto, però, il problema di stabilire, come tra poco si vedrà, la linea di confine tra i vizi di cui si parla e quelli attinenti alla motivazione o al procedimento disciplinare, per i quali il comma 6 prevede un regime meno severo delle conseguenze del licenziamento illegittimo.

Per quanto riguarda il caso in cui vengano in considerazione tipizzazioni collettive di ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo, la norma in esame nulla dice in ordine ai limiti del sindacato giudiziale circa la legittimità di tali tipizzazioni, cioè se il giudice possa o meno valutarne la conformità alle corrispondenti nozioni legali¹²⁴. Comunque, ove si ritenga che questo sindacato sia possibile, il difetto di giustificazione fondato sulla non corrispondenza delle anzidette tipizzazioni alle nozioni legali di giustificato motivo soggettivo o giusta causa non potrebbe comportare l'applicazione del regime della reintegrazione.

Ipotesi di applicazione del regime indennitario di grande rilievo, perché riguarda la maggioranza dei casi in cui si verifica l'accertamento dell'ingiustificatezza del licenziamento, è quella in cui il giudice lo ritenga ingiustificato, eventualmente anche in presenza di valida tipizzazione collettiva della mancanza e della sanzione, sulla base di una valutazione delle circostanze del caso concreto, quale, ad esempio, la presenza di attenuanti che incidono sul requisito della colpevolezza rendendo sproporzionata, appunto in concreto, la sanzione estintiva del rapporto di lavoro.

Licenziamento affetto da vizi di motivazione o procedurali dichiarato inefficace e al tempo stesso risolutivo del rapporto

Il comma 6 dell'art. 18 regola l'ipotesi di illegittimità del licenziamento dovuta a vizi attinenti alla motivazione dell'atto o al procedimento disciplinare, cioè a vizi relativi a requisiti estrinseci rispetto a quello della giustificazione, per quanto a questi connessi.

Entrambi i tipi di vizi indicati sono considerati causa di inefficacia del licenziamento, sanata dalla pronuncia con cui il giudice “dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento” e applica il regime indennitario dimidiato.

In tal modo, da un lato, risulta superata - per quanto solo per i rapporti soggetti all'ambito di applicazione della norma in commento (cfr. comma 8 dell'art. 18) - la distinzione che nell'assetto precedente la riforma si faceva tra vizi della motivazione, produttivi di inefficacia definitiva del

¹²² Cfr. sul punto A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 57.

¹²³ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 11; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 21, 22.

¹²⁴ Secondo l'opinione nettamente prevalente, il sindacato del giudice è sempre possibile. Cfr. ad es. A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, cit., 57. Per la tesi secondo cui tale sindacato sarebbe precluso ove si tratti delle tipizzazioni contenute nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, ai sensi del comma 3 dell'art. 30 legge n. 183/2010, ci si permette di rinviare a M. Tremolada, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. Miscione, D. Garofalo, *Il collegato lavoro 2010*, Milano, 2011, 173 ss.

recesso¹²⁵, e vizi del procedimento, produttivi della medesima conseguenza dell'ingiustificatezza dell'atto, cioè dell'annullabilità, e, d'altro lato, si fa venir meno, in entrambi i casi, la tutela reale del lavoratore, attribuendo efficacia definitiva al licenziamento illegittimo.

Inoltre, il comma 6 dell'art. 18 prevede che qualora, sulla base della domanda del lavoratore, sia stata accertata anche l'ingiustificatezza del licenziamento, trovano applicazione le tutele stabilite per questo caso dai commi 4 e 5, in sostituzione della tutela riferita all'accertamento di meri vizi della motivazione o procedimentali.

Pertanto il giudice dovrà annullare il licenziamento, ove ricorra una delle due ipotesi tipizzate di ingiustificatezza per le quali è prevista la reintegrazione o, invece, dichiarare risolto il rapporto, qualora ricorrano le "altre ipotesi" di ingiustificatezza del recesso per le quali opera il regime indennitario forte.

Si deve rilevare che nel sistema delineato dal legislatore il datore di lavoro che, in ipotesi, abbia intimato il licenziamento senza esperire il procedimento disciplinare né motivare l'atto potrà, anche se solo in seguito alla domanda del lavoratore che sia accertata l'ingiustificatezza del recesso, dedurre per la prima volta in giudizio ed essere ammesso a provare, per assolvere l'onere probatorio che ad esso compete, la mancanza che pretenda abbia giustificato il licenziamento¹²⁶.

Ritenendo questa soluzione incompatibile con il rilievo che la legge attribuirebbe alla valutazione "del fatto contestato", ai fini dell'applicazione al licenziamento ingiustificato della tutela reintegratoria (comma 4 dell'art. 18) o di quella indennitaria forte (comma 5), un interprete ha prospettato la tesi secondo cui il difetto di contestazione dell'addebito comporterebbe, come prima della riforma, la preclusione per il datore di lavoro della possibilità di far valere la giustificazione del recesso, per cui questo dovrebbe considerarsi ingiustificato, con applicazione in ogni caso del regime della reintegrazione, in quanto, si afferma, il fatto non contestato dovrebbe considerarsi implicitamente ricompreso nella nozione di "fatto insussistente"¹²⁷.

Tuttavia questa tesi non può essere condivisa perché è palesemente contraddetta dalla lettera del comma 6 dell'art. 18 che, in modo inequivocabile, prevede che il vizio procedimentale di per sé non può comportare l'applicazione delle tutele stabilite per i casi di difetto di un requisito di giustificazione e che queste tutele possono applicarsi solo qualora tale difetto sia stato effettivamente accertato in seguito alla domanda avanzata dal lavoratore.

Inoltre, l'opinione secondo la quale il fatto non contestato deve equipararsi al "fatto insussistente" è disattesa dal comma 6 dell'art. 18, ove si prevede che in caso di accertamento dell'ingiustificatezza del licenziamento irritualmente intimato operino le tutele stabilite dai commi 4 e 5 e non esclusivamente quella reintegratoria di cui al comma 4.

Sotto diverso profilo, va poi rilevato che, poiché la norma in esame (comma 6 dell'art. 18) implicitamente dispone che il giudice, qualora abbia accertato la violazione dei requisiti della motivazione o del procedimento ma non altresì la pretesa ingiustificatezza del recesso, debba comunque dichiarare l'inefficacia di esso, la risoluzione del rapporto e applicare il regime indennitario dimidiato, il lavoratore avrà sempre interesse a far valere non solo la violazione degli indicati requisiti ma anche l'ingiustificatezza del recesso, pure quando esso sia palesemente giustificato.

Un problema di rilievo è quello di definire cosa debba intendersi per procedimento disciplinare al fine dell'applicazione della tutela prevista dalla legge in caso di illegittimità del licenziamento per meri vizi procedimentali.

¹²⁵ Sempreché, in caso di difetto di indicazione dei motivi nell'atto, il lavoratore li avesse richiesti entro 15 giorni e il datore di lavoro non glieli avesse comunicati entro 7 giorni. Oggi questa disciplina non opera più in quanto la legge n. 92/2012 ha modificato il comma 2 dell'art. 2 legge n. 604/1966 nel senso che i motivi del licenziamento devono essere specificati nella comunicazione del medesimo.

¹²⁶ V. sul punto V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 18.

¹²⁷ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., 19.

Sembra innanzitutto che non attenga al procedimento la pubblicazione del codice disciplinare, richiesta dalla giurisprudenza solo nei casi in cui le mancanze assoggettabili a licenziamento non siano percepibili come tali dai lavoratori perché connesse a peculiari esigenze dell'organizzazione aziendale¹²⁸.

Pertanto, il mero vizio del difetto di pubblicazione dovrebbe comportare l'ingiustificatezza del licenziamento, non essendo questo irrogabile per la relativa mancanza, con conseguente applicazione del regime indennitario forte (comma 5 dell'art. 18)¹²⁹.

Il procedimento, ai sensi dell'art. 7 St. lav., si compone della fase della contestazione dell'addebito e della fase della difesa del lavoratore e le regole procedurali sono sia quelle legali che quelle dettate dai contratti collettivi applicabili.

Non sembra, invece, che possa essere compresa nel procedimento anche la fase dell'intimazione del licenziamento, eccetto per quanto attiene al rispetto del termine legale - o di quello contrattuale - prima della scadenza del quale il provvedimento non può essere adottato, dato che questo termine è strumentale alla fase della difesa¹³⁰. Tale soluzione sembra confermata dal comma 7 *ter* dell'art. 7 legge n. 604/1966, modificato dalla legge n. 92/2012, ove si parla di "licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300", dovendosi desumere dalla norma che il recesso interviene quando il procedimento è concluso.

Né sembra possa deporre in senso contrario il fatto che la norma di cui si parla, innovando il regime precedente la riforma, prevede che tale licenziamento "produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato", cioè da quando il lavoratore ha ricevuto la contestazione dell'addebito, poiché la circostanza che il momento in cui si perfeziona il licenziamento sia fatto risalire alla fase iniziale del procedimento non significa che si verifichi una sorta di incorporazione *ex post* nel procedimento dell'atto di licenziamento¹³¹.

A quanto detto consegue che, ad es., non può considerarsi vizio procedimentale la tardività dell'intimazione del licenziamento, anche qualora esso sia irrogato dopo la scadenza di un termi-

¹²⁸ Cfr. Cass., 10 maggio 2010, n. 11250, ove si ribadisce l'indirizzo consolidato secondo il quale non è necessaria la pubblicazione in ordine ai comportamenti sanzionabili con il licenziamento ove essi integrano una violazione di obblighi del lavoratore direttamente derivanti dalla legge o riconducibili alle regole fondamentali del vivere civile. Del resto, per queste mancanze, come è noto, non è neppure richiesta la previsione nel codice disciplinare.

¹²⁹ Non sembra che in tal caso il licenziamento possa considerarsi nullo per violazione di norma inderogabile (comma 1 dell'art. 7 St. lav.), con applicazione della tutela reintegratoria forte, ai sensi dei primi tre commi dell'art. 18. Ciò in quanto la pubblicazione rappresenta un onere dal cui assolvimento dipende l'esistenza del potere di licenziare, con la conseguenza che, in difetto di pubblicazione, non è integrato il requisito previsto dall'art. 1 legge n. 604/1966 - secondo il quale "il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo", per cui il recesso dovrebbe ritenersi ingiustificato.

¹³⁰ Infatti il datore di lavoro non deve attendere la scadenza del termine di cinque giorni dalla contestazione dell'addebito, previsto dal comma 5 dell'art. 7 St. lav., qualora il lavoratore abbia già esperito la difesa (cfr. Cass., sez. un., 26 aprile 1994, n. 3965 e 3966, confermate da Cass., sez. un., 7 maggio 2003, n. 6900).

¹³¹ Si pone il problema di stabilire se l'effetto, *ex* comma 7 *ter* dell'art. 7, legge n. 604/1966, di far coincidere il perfezionamento del recesso con l'inizio del procedimento sia subordinato al fatto che quest'ultimo sia immune da vizi, per cui, ad es., qualora la contestazione dell'addebito sia tardiva o generica quell'effetto non possa prodursi. Se si interpreta la norma alla luce di quella che è stata indicata come la sua *ratio* - cioè di porre rimedio alla pratica per cui il lavoratore cui sia stato contestato l'addebito "si mette in malattia" per ottenere la sospensione del preavviso del successivo licenziamento - si dovrebbe affermare l'irrelevanza dei vizi del procedimento. In ogni caso si deve segnalare l'esigenza di coordinare la norma in esame con il comma 5 dell'art. 18 - cui rinvia il comma 6 in tema di licenziamento illegittimo per meri vizi procedurali -, posto che il comma 5 fa decorrere gli effetti della dichiarazione giudiziale della risoluzione del rapporto "dalla data del licenziamento".

ne previsto dal contratto collettivo. In effetti, la tempestività dell'irrogazione del licenziamento atiene ai requisiti di giustificazione del recesso non solo nel caso in cui ricorra una giusta causa, nella cui nozione legale tale requisito è espressamente previsto, ma anche quando si tratti di giustificato motivo soggettivo, per quanto in tal caso la tempestività del recesso debba valutarsi con minor rigore. Pertanto il vizio di cui si parla dovrebbe comportare l'applicazione della tutela in-dennitaria forte (comma 5 dell'art. 18).

Licenziamento intimato per giustificato motivo ma determinato da ragioni disciplinari

Occorre infine considerare la fattispecie prevista dal comma 7 dell'art. 18, che può definirsi di *licenziamento disciplinare occulto* in quanto il recesso è stato intimato per giustificato motivo oggettivo ma, “nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari”.

La norma stabilisce che in questo caso trovano applicazione le “relative tutele”, cioè quelle previste, per quanto qui interessa, dall'articolo 18 per i casi di illegittimità del licenziamento disciplinare, anziché quelle ivi stabilite per le ipotesi in cui sia illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

È stato detto che, in un sistema caratterizzato dalla previsione di un'articolazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo realizzata da norme che stabiliscono regimi diversi a seconda che si tratti di recesso disciplinare o di recesso per giustificato motivo oggettivo, la disposizione è espressione dell'indirizzo, confermato anche da altre norme dell'art. 18, che, ai fini dell'applicazione di quelle tutele, non rileva la ragione formalmente adottata dal datore di lavoro a giustificazione del recesso ma la ragione che effettivamente lo ha determinato. Ed è stato ulteriormente affermato che la funzione della norma in esame sarebbe quella di impedire che il datore di lavoro possa scegliere il regime dell'illegittimità del licenziamento da doversi applicare, adducendo un giustificato motivo oggettivo quando, invece, le vere ragioni del recesso siano di natura disciplinare¹³².

Invero, la disposizione non presuppone un impiego simulato o fraudolento del giustificato motivo oggettivo, cioè un impiego esclusivamente rivolto al fine di evitare i rischi connessi alla difficoltà di prova della mancanza del lavoratore o alla discrezionalità che il giudice esercita nel valutare la proporzionalità in concreto tra l'infrazione e la sanzione estintiva, o al fine di godere di un trattamento più vantaggioso delle conseguenze dell'illegittimità dell'atto.

Ciò può dirsi anche perché, probabilmente, costituirebbero un deterrente all'adozione di tali pratiche sia la previsione secondo cui nel caso di accertamento di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo il giudice può disporre la reintegrazione (comma 7 dell'art. 18), sia gli ordinari rimedi che l'ordinamento prevede per sanzionare pratiche di questo genere.

Pare che la fattispecie in esame debba essere valutata considerando anche i casi in cui si prospetti un problema di concorrenza tra giustificazione oggettiva e giustificazione soggettiva del licenziamento poiché il datore di lavoro abbia intimato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo a fronte di una situazione che si prestava ad essere valutata sia sotto questo profilo che sotto quello disciplinare.

Tale problema si pone a proposito del licenziamento per scarso rendimento, dato che questo può essere dovuto a negligenza del lavoratore o a sua imperizia e che può risultare difficile stabilire nel caso concreto quale di queste ipotesi effettivamente ricorra e quindi quale sia la forma corretta di recesso da adottare¹³³.

¹³² M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 22.

¹³³ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano”, Pescara, 11 e 12 maggio 2012, dal

Il comma 7 dell'art. 18 attribuisce rilievo al motivo disciplinare che ha determinato il licenziamento ma non dice che questo deve essere stato l'unico. La circostanza che la norma in esame fa riferimento anche al caso in cui il licenziamento sia stato determinato da ragioni discriminatorie può far pensare che la questione debba essere risolta come in questa ipotesi. In base a questa impostazione, se si segue la tesi prevalente in giurisprudenza secondo cui il motivo discriminatorio non può assumere rilievo se il licenziamento risulta giustificato¹³⁴, la medesima soluzione dovrebbe valere nel caso del licenziamento disciplinare occulto, per cui, una volta accertata l'esistenza del giustificato motivo oggettivo, non potrebbero rilevare le ragioni sanzionatorie¹³⁵.

La legge prevede la necessità della domanda del lavoratore perché il giudice possa procedere all'accertamento se il licenziamento sia stato o meno determinato da ragioni disciplinari.

Circa il momento in cui tale domanda deve essere formulata, dalla lettera della norma non risulta con chiarezza se essa possa essere avanzata solo nell'atto introduttivo del giudizio o anche nel corso del medesimo.

In ogni caso, pare che il lavoratore non possa limitarsi a chiedere l'anzidetto accertamento ma debba allegare e altresì provare i fatti da cui desumere che il motivo del recesso intimato per giustificato motivo oggettivo era di carattere sanzionatorio¹³⁶.

Tale situazione è stata definita "paradossale e dagli esiti imprevedibili" perché il lavoratore dovrebbe provare che il recesso è riconducibile a un suo inadempimento¹³⁷.

Una volta che sia stata accertata la natura disciplinare del licenziamento è il datore di lavoro che deve provare la giustificazione del recesso e pare che possa far valere qualsiasi fatto rilevante a tal fine.

A questo punto ci si deve chiedere quali siano le modalità secondo cui devono essere applicate al licenziamento per giustificato motivo del quale sia stata accertata la natura sanzionatoria le tutele previste per il licenziamento disciplinare illegittimo alle quali fa rinvio il comma 7 dell'art. 18.

Per quanto attiene ai vizi di motivazione e procedurali, da un lato, è evidente che essi sussistono sempre, dato che il licenziamento è stato intimato per giustificato motivo oggettivo, e, d'altro lato, è certo che al licenziamento illegittimo solo sotto questo profilo non può applicarsi altro regime che quello indennitario dimidiato di cui al comma 6 dell'art. 18.

Invece, qualora sia stata accertata l'ingiustificatezza del recesso si pone il medesimo problema interpretativo che è già stato esaminato a proposito del regime da doversi applicare ove il lavoratore, licenziato senza motivazione né procedimento disciplinare, non si sia limitato a far va-

titolo *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, dattiloscritto, 20, prospetta che, al fine di evitare il rischio che il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo sia valutato dal giudice come disciplinare, il datore di lavoro potrebbe "attivare al tempo stesso il procedimento proprio del licenziamento economico (art. 7, l. n. 604/1966) e il procedimento disciplinare (art. 7, St. Lav.), motivando quindi lo stesso licenziamento sia sul piano oggettivo, sia in subordine sul piano disciplinare, o viceversa".

¹³⁴ Si rinvia per l'analisi di tale questione al contributo di E. Pasqualetto.

¹³⁵ Per tale soluzione cfr. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 23. Va peraltro notato che a questa soluzione non pare si possa opporre il fatto che nel caso del licenziamento discriminatorio si tratta del concorso tra motivo lecito e motivo illecito, mentre nel caso in esame i motivi concorrenti sono entrambi leciti. Infatti, se il motivo oggettivo è idoneo ad escludere il rilievo di quello illecito, a maggior ragione dovrebbe essere in grado di impedire che possa avere rilevanza quello sanzionatorio.

¹³⁶ Cfr. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., 23, il quale, ritenendo che il motivo disciplinare debba essere non solo determinante, ma anche l'unico, afferma che il lavoratore deve provare anche quest'ultima circostanza. *Contra*, V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 25, 26 (nota 92), secondo il quale il lavoratore dovrebbe solo formulare la domanda in quanto il comma 7 dell'art. 18 non avrebbe derogato all'art. 5 l. n. 604/1966 che pone in capo al datore di lavoro l'onere di provare la giustificazione del licenziamento.

¹³⁷ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., 16, sulla scia di P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 21.

lere gli anzidetti vizi ma abbia richiesto l'accertamento del difetto di giustificazione del licenziamento.

Secondo una tesi, la circostanza che il datore di lavoro abbia intimato il licenziamento per giustificato motivo, cioè per un fatto diverso da una mancanza del lavoratore, comporterebbe inevitabilmente il vizio dell'“insussistenza del fatto contestato” (comma 4 dell'art. 18), per cui il giudice dovrebbe applicare sempre la tutela reintegratoria attenuata¹³⁸. Tuttavia, questa prospettazione presenta il difetto di limitare il rinvio che il comma 7 dell'art. 18 fa a tutte le tutele contemplate da tale articolo per il licenziamento disciplinare, posto che esclude *a priori* l'applicabilità del regime indennitario forte stabilito dal comma 5 per il recesso ingiustificato.

Pertanto, considerando sia questo argomento, sia quelli già esposti in ordine al regime da doversi applicare al licenziamento disciplinare ingiustificato intimato senza motivazione né procedimento, pare preferibile ritenere che anche nel caso di accertamento dell'ingiustificatezza del licenziamento disciplinare occulto il giudice debba applicare il regime reintegratorio di cui al comma 4 dell'art. 18 ove ricorrano i due vizi specifici ivi previsti, mentre debba applicare il regime indennitario di cui al comma 5 in tutti gli altri casi di difetto di giustificazione del recesso.

¹³⁸ Cfr. M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 26, 27.

LE REGOLE IN MATERIA DI GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO

di Adriana Topo - *Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova*

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: la definizione di un nuovo regime sanzionatorio, ma non solo

Sulla base di una distinzione introdotta nel 1966 con la legge n. 604, distinzione che la legge 28 giugno 2012 n. 92 conferma, il licenziamento individuale, in alternativa rispetto all'esistenza di una causa di tipo soggettivo, deve poggiare su una o più ragioni di tipo "oggettivo", attinenti cioè a circostanza non riconducibili alla 'responsabilità del lavoratore', ovvero sostanzialmente deve essere giustificato da circostanze di tipo tecnico organizzativo o produttivo. L'articolo 1 della legge n. 92 ribadisce pertanto la distinzione fra giustificato motivo oggettivo e ragioni di tipo soggettivo del licenziamento, dedicandosi principalmente, anche se non in modo esclusivo, ai profili sanzionatori del recesso illegittimo.

Che l'oggetto precipuo, ma appunto non esclusivo, della disciplina dei licenziamenti recentemente introdotta dal lungo articolo 1 della legge n. 92 sia il profilo sanzionatorio, si può dedurre dall'osservazione per cui, proprio in tema di giustificato motivo oggettivo, la legge introduce anche un procedimento prodromico all'invio della comunicazione di recesso da parte del datore al lavoratore, una procedura "di conciliazione" secondo il linguaggio della stessa legge, previsione che evidentemente non può essere ricondotta al profilo dei rimedi al licenziamento illegittimo, posto che la procedura non è volta a ripristinare la situazione patologicamente alterata da un atto illecito o irritualmente irrogato, e anzi precede la comunicazione del recesso, essendo diretta ad attivare un confronto fra lavoratore e azienda in ordine ai presupposti del licenziamento e alle possibili soluzioni alternative, alla presenza e con il supporto dell'autorità amministrativa preposta.

La previsione di tale procedura di consultazione, che nulla ha di sanzionatorio, è dunque significativa per chi si proponga di definire i nuovi contorni della fattispecie del licenziamento del giustificato motivo oggettivo a seguito della riforma adottata con la legge 28 giugno 2012, n. 92, fattispecie per la quale, nel sistema previgente, gli oneri di motivazione erano sostanzialmente sottodimensionati in confronto con gli oneri imposti dalla legge e dalla giurisprudenza nelle altre ipotesi di licenziamento.

Com'è noto, e in virtù del tendenziale anche se non esaustivo assorbimento del licenziamento per ragioni soggettive da parte della fattispecie di matrice giurisprudenziale definita nei termini di licenziamento disciplinare, se è vero che le ragioni riconducibili a un inadempimento del lavoratore da tempo devono essere dichiarate e discusse con il lavoratore in una fase dialettica anteriore al licenziamento, l'articolo 2 della legge n. 604 del 1966, applicabile al licenziamento riconducibile a ragioni oggettive, imponeva invece al datore di lavoro di dichiarare le ragioni del licenziamento per giustificato motivo oggettivo solo a seguito di una specifica richiesta del lavoratore, richiesta che seguiva, eventualmente, il ricevimento della comunicazione del recesso. La fattispecie legale non valorizzava dunque il possibile interesse del lavoratore a conoscere prima del licenziamento le ragioni di tipo economico esistenti a monte dell'atto, circostanza che favoriva l'impugnazione dell'atto alla quale poteva eventualmente seguire una soluzione transattiva.

In un panorama, come quello già vigente, che vede anche i licenziamenti collettivi assoggettati alla regola del processo dialettico prodromico rispetto al licenziamento, seppure assegnando il ruolo di interlocutori privilegiati del datore di lavoro alle organizzazioni sindacali, il regime del giustificato motivo oggettivo si segnalava dunque per la peculiare marginalità dell'aspetto relativo all'esternazione dei motivi, profilo invece rilevante nella prospettiva, pure adottata dalla legge italiana, di subordinare la legittimità del licenziamento a un giudizio circa l'esistenza di ragioni giustificatrici a monte del recesso.

Peraltro, il diritto vivente aveva in ¹³⁹ qualche modo colto e valorizzato l'interesse del lavoratore a discutere con il datore di lavoro possibili alternative al licenziamento già in una fase anteriore rispetto all'adozione del recesso, evidenziando anche, per certi versi, il contrasto fra una certa interpretazione dei principi del diritto positivo – come ad esempio l'idea secondo la quale le mansioni non avrebbero potuto essere modificate nemmeno consensualmente – e il concreto assetto degli interessi in gioco, quando il lavoratore si trova nella prospettiva di perdere il posto di lavoro per ragioni di tipo aziendale, ragioni evidentemente non riconducibili al suo volere.

La giurisprudenza di Cassazione aveva infatti sviluppato la nozione di giustificato motivo oggettivo in qualche modo imponendo al datore di lavoro di discutere previamente con il lavoratore possibili alternative al recesso, fra le quali, l'adibizione a mansioni inferiori, così inglobando la fase di consultazione, che la riforma rende ora autonoma e necessaria, all'interno della fattispecie del giustificato motivo oggettivo. Il processo argomentativo seguito dalla Cassazione era stato dunque quello di non ritenere adempiuto l'onere di provare l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo laddove il datore non avesse fornito in giudizio l'evidenza di avere prospettato inutilmente al lavoratore soluzioni alternative al licenziamento, soluzioni fra le quali la possibile adibizione consensuale a mansioni di livello inferiore¹⁴⁰.

Appare però evidente che l'allargamento della fattispecie del giustificato motivo oggettivo sino a comprendere un obbligo del datore di lavoro a trattare sulle alternative al licenziamento, si rivelava improprio e, soprattutto, in quanto risultato di un portato giurisprudenziale che si concentrava sull'interpretazione di una fattispecie definita in termini estremamente ampi e generali dalla legge, fonte di incertezza. Ora, la modifica dell'articolo 7 della legge n. 604 del 1966, nel senso di garantire ai lavoratori un confronto dialettico sulle alternative al licenziamento connesso a ragioni di tipo oggettivo prima dell'adozione del recesso, vorrebbe liberare la fattispecie causale da quelli che appaiono pesanti incrostazioni, e ricondurre la negoziazione sulle possibili soluzioni alternative al recesso nell'alveo delle regole di tipo formale/procedurale che tipicamente, ormai, in diversi casi conformano l'esercizio delle prerogative imprenditoriali. Non è però detto che l'obiettivo di liberare la causale del licenziamento sia stato raggiunto, e certamente la debolezza delle sanzioni previste per il mancato esperimento del tentativo concorre a fondare l'opinione circa l'esistenza di una volontà regolativa che non si sarebbe tradotta in atto concreto.

La discussione relativa ai profili tecnici del tentativo di conciliazione, che si svolgerà presso la Direzione territoriale del lavoro, non sarà oggetto di questo intervento. Piuttosto può essere interessante chiedersi, ai soli fini della ricostruzione della disciplina del giustificato motivo oggettivo, se tale fase dialettica sia imposta dalla legge in ogni caso di licenziamento non riconducibile a un comportamento addebitabile al lavoratore.

Licenziamento per superamento del periodo di comportamento, licenziamento per eventi che incidono sull'idoneità fisica o psichica del lavoratore e procedura di conciliazione: compatibilità

La questione si pone ove si consideri come la giurisprudenza di Cassazione avesse avuto modo di distinguere, come del resto anche la legge n. 92 fa, il licenziamento per ragioni di tipo tecnico, organizzativo, produttivo, cioè il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per così dire inteso in senso stretto, da altre ipotesi residuali, ma importanti, di licenziamento giustificato dall'esigenza di tutelare gli interessi dell'imprenditore al funzionamento dell'attività produttiva, interessi non compromessi però, nel caso, da un comportamento addebitabile al lavoratore. L'ipotesi era, ed è tipicamente, quello della malattia del lavoratore che si protragga oltre il cosiddetto periodo di comportamento, oltre cioè quel lasso di tempo che la legge pretende trascorra, prima che il datore di lavoro possa recedere dal rapporto, periodo durante il quale resta a carico del dato-

¹³⁹ Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982.

¹⁴⁰ Di recente vedi Cass., sez. lav., 1 luglio 2011, n. 14517.

re di lavoro il rischio relativo all'impossibilità di ottenere la prestazione lavorativa dovuta. La Cassazione¹⁴¹ aveva avuto modo di distinguere tale situazione dagli altri eventi riconducibili al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, non solo per sottolineare l'autonomia e specialità della fattispecie regolata dall'articolo 2110 del Codice civile, rispetto alle disposizioni dettate dalla legge n. 604, ma anche soprattutto ai fini di escludere l'onere del datore di lavoro di discutere ipotesi alternative al licenziamento con il lavoratore, essendo sufficiente, secondo il giudice di legittimità, il trascorrere del tempo e lo scadere del termine a favore del datore di lavoro, in assenza di una ripresa dell'attività lavorativa, per rendere giustificato il successivo licenziamento.

La conclusione adottata dalla giurisprudenza nel caso ora citato sembra essere stata adottata anche dalla legge n. 92 che, non al comma 40 dell'articolo 1, ma al successivo lunghissimo comma 42, distingue il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dal licenziamento "ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore," e ancora dal licenziamento "... intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile".

In relazione al fatto che presupposto dell'attivazione del procedimento di conciliazione è l'intenzione di procedere a un licenziamento "per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte" della legge n. 604, la conclusione che appare logico dedurre dalle scelte terminologiche effettuate è che la legge di riforma abbia inteso condizionare la facoltà di recesso all'attivazione della procedura di conciliazione solo nel caso di licenziamento per ragioni tecniche organizzative e produttive, e non negli altri casi. La legge n. 92 avrebbe dunque recepito e generalizzato l'orientamento giurisprudenziale che fissa diversi limiti al potere di licenziamento per fatti non addebitabili al lavoratore, disponendo la proceduralizzazione delle prerogative imprenditoriali solo per il caso di licenziamento dovuto a giustificato motivo oggettivo inteso in senso stretto.

Il dubbio che sorge, una volta evidenziata la differenza di regime prospettabile riguarda quindi la ragionevolezza della distinzione effettuata dalla legge, distinzione che priverebbe il lavoratore della possibilità di dialogare con l'imprenditore in ordine alla possibilità di conservare l'occupazione, e che dunque deve trovare una spiegazione persuasiva.

In relazione al caso del licenziamento intimato ai sensi della legge n. 68 del 1999, art. 4 comma 3, la ragionevolezza dell'esclusione che sembrerebbe potersi dedurre dalla legge di riforma sta in ciò: nella previsione di uno specifico regime a favore dei lavoratori interessati che, divenuti inabili per causa addebitabile al datore di lavoro, non essendo ancora impiegabili presso il medesimo datore di lavoro, beneficiano comunque di un percorso volto a valorizzare la residua capacità lavorativa, con il sostegno degli uffici competenti. Ragionevole è anche la differenza di trattamento prevista per il licenziamento dei lavoratori disabili obbligatoriamente assunti (art. 10, comma 3, legge n. 68 del 1999), dato che la legge già prevede per tale categoria proprio la proceduralizzazione del potere di licenziamento, proceduralizzazione volta a riscontrare la compatibilità fra le variazioni dell'organizzazione del lavoro e la permanenza del disabile, o fra l'aggravamento delle condizioni del disabile e l'organizzazione data.

E' invece un altro, diverso, argomento che potrebbe spiegare la scelta forse operata dalla legge di non assoggettare il licenziamento per superamento del periodo di comporto al tentativo qualificato di conciliazione. In questo caso sembra essere l'incertezza circa il protrarsi nel tempo dello stato di malattia e l'incompatibilità di tale incertezza rispetto alla tutela degli interessi della produzione a escludere la praticabilità di un tentativo di conciliazione che, peraltro, non avrebbe un oggetto di discussione in considerazione appunto dell'indeterminatezza di uno degli oggetti del negoziato: la possibilità per il lavoratore di essere impiegato utilmente ed entro quanto tempo.

Il sistema così delineato presenta però qualche incongruenza, se si considera che residuano altre fattispecie, alle quali sembra fare riferimento la stessa legge n. 92, nella parte in cui delinea le conseguenze sanzionatorie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, alludendo a un

¹⁴¹ Cass. Civ., sez. lav., 31 gennaio 2012, n. 1404; Cass., sez. lav., 7 febbraio 2011, n. 2971.

elenco non esaustivo nel ricorrere al termine “anche” per indicare i casi di tutela sanzionatoria rafforzata in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Infatti oltre ai casi di inidoneità fisica e psichica previsti dalla legge n. 68 del 1998, correttamente la dottrina ha individuato l’ipotesi delineata dagli articoli 41 e 42 del decreto legislativo n. 81 del 2008¹⁴², che riguarda il generico caso d’inidoneità alla mansione specifica, in relazione alla quale già la legge impone al datore di verificare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori, con conservazione delle retribuzione più elevata, ove l’adibizione sia possibile. La legge non prevede però per tale ipotesi un sistema di avviamento assistito analogo ai casi regolati dalla legge n. 68 e risulterebbe quindi difficile giustificare in tali ipotesi l’esclusione della fase di conciliazione anteriore al licenziamento, fase che andrebbe dunque attivata.

Licenziamento per *factum principis* e procedura di conciliazione

Le ipotesi di licenziamento per ragioni non addebitabili al lavoratore non si esauriscono però a quelle descritte, collegabili all’inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Residua ad esempio il licenziamento per cosiddetto *factum principis*, quando al lavoratore venga revocata, per ipotesi, l’autorizzazione a svolgere una certa attività che costituisce anche oggetto del suo contratto di lavoro subordinato. La legge n. 92 non menziona però espressamente tale situazione lasciando dunque nel dubbio sul se tale caso rientri o meno nella nozione che per comodità abbiamo qualificato come ‘ristretta’ di giustificato motivo oggettivo, e dunque non chiarendo se sia imprescindibile per il datore di lavoro attivare il procedimento dialettico, volto a individuare una soluzione alternativa al recesso.

Negli anni ’90 la giurisprudenza di merito, in un caso come quello esemplificato, aveva deciso che la sopravvenuta impossibilità della prestazione a causa di un evento di forza maggiore doveva essere regolata in coordinamento con il valore della stabilità del posto di lavoro e che, pertanto, il licenziamento del lavoratore non poteva essere considerato giustificato, ove potessero essere adottate soluzioni alternative rientranti nella normale gestione aziendale¹⁴³, ma è evidente che il sistema attuale di protezione del lavoro conferma tale principio. La giurisprudenza di Cassazione¹⁴⁴, inoltre, già da tempo ha attratto tale fattispecie nella figura del giustificato motivo oggettivo, escludendo che emerga nel caso una figura estintiva autonoma del rapporto, in tale opzione evidenziandosi chiaramente l’obiettivo della Suprema Corte di fornire al lavoratore le garanzie in materia di licenziamento, che di regola accedono al regime del giustificato motivo oggettivo, in tale modo confermando la Corte l’idea di un necessario bilanciamento fra valore della stabilità e interessi aziendali.

In realtà, dunque, non sembra esservi argomento per escludere che all’ipotesi del licenziamento per *factum principis* o per forza maggiore possa trovare utile applicazione il procedimento di conciliazione anteriore al licenziamento, procedimento che fra l’altro costituisce la porta di accesso al regime di protezione nel mercato del lavoro, con possibile affidamento del lavoratore a un’agenzia di lavoro ai fini della ricollocazione professionale.

A margine delle riflessioni sulla procedura conciliativa, non si può peraltro negare che l’attivazione di tale fase sembrerebbe non adattarsi a una residuale ipotesi di licenziamento, tradizionalmente ricondotto dalla giurisprudenza alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo, e cioè al licenziamento per carcerazione preventiva. Rispetto alla diversa fattispecie del superamento del periodo di comporta, l’ipotesi della carcerazione preventiva non è dotata di autonomia, ancorché la legge, e in particolare il codice di procedura penale, si curi di regolare le conseguenze del successivo proscioglimento del lavoratore, garantendogli il diritto alla reintegrazione nel posto

¹⁴² Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, 10 del dattiloscritto.

¹⁴³ Trib. Roma, 14 marzo 1995, Guicciardi c. Soc. Aeroporti Roma.

¹⁴⁴ Cass., sez. lav., 19 dicembre 1998, n. 12719, *Giust. civ.*, 1999, I, 3063, con nota di Occhino.

di lavoro (art. 102 disp. Att., c.p.p.). Secondo la giurisprudenza, d'altro canto, l'ipotesi in oggetto si caratterizza per la prevedibilità del periodo di assenza che sarebbe quantificabile in relazione al titolo del reato addebitato al lavoratore¹⁴⁵, e tale circostanza dovrebbe consentire al datore di potere effettuare una valutazione prognostica sulla sopportabilità dell'assenza nel contesto dell'organizzazione aziendale, valutazione prognostica della quale rendere conto in sede di giustificazione del licenziamento. Tale circostanza, unita al dato per cui il lavoratore privato della libertà personale può essere rappresentato nella fase conciliativa da un proprio mandatario, consente di confermare anche per questo caso la necessità di esperire il tentativo di conciliazione che, fra l'altro, ove si concludesse con la risoluzione consensuale del rapporto, escluderebbe l'obbligo del datore di lavoro di reintegrare il lavoratore al termine della carcerazione (art. 102 bis, disp. att. c.p.p.), dato che risoluzione consensuale e licenziamento non sono fattispecie assimilabili.

In conclusione, e a prescindere dal nesso fra la procedura conciliativa e i benefici per il lavoratore destinati ad operare nel mercato del lavoro, è opportuno puntualizzare che la fase dialettica ha un ruolo importante nell'eventuale contenzioso successivo, che verrà attivato dal lavoratore nel caso in cui non si giunga a una risoluzione consensuale del rapporto. Il giudice, ove si convincesse dell'ingiustificata del licenziamento e dovesse condannare il datore di lavoro, dovrebbe infatti tenere conto del comportamento delle parti e delle proposte transattive formulate, e magari respinte, ai fini della graduazione della sanzione economica e ai fini della distribuzione delle spese del giudizio. Dunque, il datore di lavoro dovrà porre la massima attenzione in ordine all'eshaustività delle motivazioni e degli argomenti forniti in sede conciliativa, tenendo in considerazione anche la non secondaria circostanza per cui spesso il lavoratore, appartenente a una delle coorti protette dai criteri di discriminazione vietata, potrà opporre alle ragioni addotte dal datore la discriminazione che, in quanto tale, quasi mai è oggetto di prova diretta¹⁴⁶, ma emerge piuttosto come ipotesi verosimile, e nella veste della presunzione, laddove gli elementi addotti a sostegno del licenziamento si rivelino deboli e per nulla persuasivi. In un contesto come quello delineato dalla legge n. 92, in cui il licenziamento per motivo oggettivo viene sanzionato solo in termini di risarcimento del danno, non infrequente sarà pertanto il tentativo del lavoratore di provare il motivo discriminatorio, che di per sé garantisce il più sostanzioso diritto alla reintegrazione e un più soddisfacente risarcimento del danno per perdita della retribuzione.

Discutibile, invece, rispetto al significato della procedura di conciliazione – come si è detto – appare la sanzione prevista per la sua mancata attivazione da parte del datore di lavoro, sanzione che si riduce al mero risarcimento del danno nell'entità compresa fra le sei e le dodici mensilità di retribuzione globale di fatto, con onere di motivazione per il giudice in ordine alla specifica quantificazione, pur potendo il lavoratore far valere comunque il difetto sostanziale di giustificazione del licenziamento¹⁴⁷.

Le nuove sanzioni del licenziamento per giustificato motivo oggettivo

A prescindere dalla significativa, ma debolmente sanzionata, imposizione della procedura di conciliazione, la legge n. 92 del 2012 ha operato un adeguamento delle sanzioni volte a colpire il licenziamento ingiustificato, introducendo uno specifico regime anche per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo operato nelle imprese che impiegano più di 15 dipendenti.

Il regime sanzionatorio si articola in due diversi regimi che sommati al licenziamento per giustificato motivo oggettivo adottato nelle imprese fino a 15 dipendenti diventano tre regimi. Nulla dovendosi aggiungere in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo adot-

¹⁴⁵ Cass. civ., sez. lav., 5 maggio 2003, n. 6803.

¹⁴⁶ Cfr. Trib. Milano, 11 settembre 2008, Magni c. Soc. Panasonic Italia, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 1256 con nota di Bordone.

¹⁴⁷ Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, testo della relazione presentata al Convegno nazionale del centro studi Domenico Napoletano, Pescara, 11 e 12 maggio 2012, p. 14 del dattiloscritto.

tato nelle aziende di piccole dimensioni, l'analisi può concentrarsi sui due nuovi regimi previsti per le grandi e medie aziende.

Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo può essere ricondotto, per mera comodità dell'esposizione, a due tipi: il tipo 'forte' accompagnato dal diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e il tipo 'debole' caratterizzato dalla sanzione meramente economica. La distinzione operata dalla legge n. 92 non discende però da dati tendenzialmente oggettivi, come il numero dei dipendenti dell'azienda, dato già utilizzato dalla legge per circoscrivere in passato l'ambito della tutela meramente obbligatoria, separandolo dall'area della tutela reale, ma discende dalla gravità del vizio del licenziamento, in tale circostanza dovendosi ravvisare un elemento di maggiore complessità del nuovo regime dei licenziamenti, e dunque di potenziale onerosità¹⁴⁸ del sistema, in netto contrasto con le dichiarate finalità della riforma, che si è detta volta a ridurre, in generale, costi diretti e indiretti del licenziamento. Peraltro, con il termine gravità non si vuole alludere alle classiche categorie della nullità e dell'annullabilità, che nel sistema del codice civile graduano i vizi del contratto. Piuttosto, ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile, la legge distingue fra un giustificato motivo oggettivo addotto, la cui assenza risulti più appariscente, collegando a tale situazione la pena della reintegrazione, e d'altro canto un giustificato motivo meno appariscente, sanzionato attraverso un obbligo forfettizzato di risarcimento del danno, definito dal giudice entro un fornice fissata dalla legge.

Ma è proprio tale nuova distinzione, tracciata dalla norma a fini sanzionatori e non collegata ai classici profili dimensionali, a gravare l'interprete dell'onere di individuare la fattispecie applicabile nel caso concreto, conducendolo finanche a riflettere dei limiti del potere di recesso per ragioni oggettive, limiti che la legge n. 92 sembrerebbe avere assoggettato a nuove regole anche sostanziali, rispetto all'elaborazione giurisprudenziale occasionata dall'applicazione dell'articolo 3 della legge n. 604 del 1966.

La sanzione 'forte' per il licenziamento privo di ragioni oggettive: i casi individuati dalla legge come destinatari di protezione più rigorosa

In ogni caso, e procedendo dal regime sanzionatorio più rigido, a quello meno pesante per l'impresa, la tutela 'forte' in caso di licenziamento determinato da ragioni oggettive riguarda le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, inteso in senso lato, in cui il datore abbia fatto valere, senza fondamento, l'inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di adibirlo ad altre mansioni, anche inferiori, non riuscendo peraltro a fornire prova della circostanza dell'impossibilità o dell'assenza di alternative occupazionali in azienda.

Il novero di possibili ipotesi è stato già analizzato in apertura a questo contributo, allorché si è discusso della procedura di consultazione prodromica al licenziamento. Oltre alle ipotesi descritte, la sanzione 'forte' contro il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non riscontrato dal giudice, trova applicazione nel caso di preteso, ma non provato, superamento del periodo di comportamento, e dunque nel caso di licenziamento durante il periodo di comportamento.

La sanzione 'forte' coincide con il diritto alla restituzione in integrum, cioè coincide con il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ancorché attenuata rispetto ad altre ipotesi di diritto alla reintegrazione pure regolate dalla legge n. 92 del 2012. Infatti, il lavoratore se ha diritto nei casi citati a veder ricostituito il rapporto, non ha diritto al risarcimento di ogni danno subito, e in particolare non ha diritto a recuperare in toto la retribuzione perduta dal momento del licenzia-

¹⁴⁸ Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, 3 del dattiloscritto provvisorio, segnala come il problema "più acuto in materia di licenziamento" sia quello "dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso licenziamento dia disciplinare sia per GMO. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunziare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intenda estinguere il rapporto di lavoro".

mento fino all'effettiva reintegrazione, dato che il limite posto al risarcimento coincide con il massimo di dodici mensilità, anche se per ipotesi il giudizio durasse più a lungo.

Com'è stato efficacemente notato¹⁴⁹, nel limite al risarcimento del danno per perdita retribuzione, si evidenzia una delle sostanziali differenze rispetto al previgente regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, dato che il rischio della durata del processo, oltre i dodici mesi è carico del lavoratore, attraverso tale soluzione incentivata ad aderire a una soluzione transattiva o, occasionalmente, non sia immediata o univoca la soluzione favorevole della controversia.

A caratterizzare la sanzione vi sono altre peculiarità, relative alla misura del risarcimento del danno per il periodo intercorrente dal licenziamento alla reintegrazione. Nel caso in esame, infatti, il giudice dovrà tenere conto dell'*aliunde perceptum*, ma anche dell'*aliunde percipiendum*, dovendo ritenersi quindi onerato il lavoro dell'obbligo di attivarsi al fine di reperire un'altra occupazione, quantomeno iscrivendosi al centro locale dell'impiego, pena il rischio di vedere ridotto a ben misera entità il risarcimento finale, in relazione al quale la legge n. 92 ha eliminato il limite minimo pari a cinque mensilità. La *restitutio in integrum* comprende comunque anche il diritto al ricostituzione della posizione contributiva del lavoratore, esclusa l'applicazione di sanzioni a carico del datore per il ritardato versamento dei contributi previdenziali.

Ma, se per le ipotesi di superamento del periodo di comporto, o nelle ipotesi di inidoneità alle mansioni, o ancora nei casi sussumibili nella figura del *factum principis*, le norme riescono ad assicurare una certa prevedibilità circa le conseguenze sanzionatorie alle quali il datore sarebbe assoggettato, avendo posto in essere un licenziamento privo di giustificazione, l'incertezza sembra regnare in relazione ai diversi casi di giustificato motivo oggettivo.

Il potere sanzionatorio del giudice e i dubbi interpretativi sul tipo di sanzioni applicabili

Foriera di estrema incertezza è in primo luogo la formula “può”, allusiva a un potere discrezionale del giudice, utilizzata dalla legge n. 92, laddove ha scritto il testo del comma 7° del nuovo articolo 18 della legge n. 300 del 1970, nella parte in cui la norma si riferisce alla “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”¹⁵⁰. Al di là e a prescindere da cosa debba intendersi per “manifesta insussistenza del fatto”, è evidente infatti che, nel nuovo regime, il giudice diviene beneficiario di un potere discrezionale amplissimo sotto il profilo sanzionatorio, perché la gamma delle sanzioni sembrerebbe andare dalla reintegrazione, attuata secondo lo schema del regime debole, fino al risarcimento del danno determinato sulla base dei criteri stabiliti dal codice civile: manca infatti, nella formulazione della lettera della legge, la definizione del secondo termine di riferimento ai fini della definizione della forbice dei poteri del giudice, e dell'esercizio del potere discrezionale, tale conclusione risultando necessaria, ove si consideri che la legge isola la fattispecie della “manifesta insussistenza del fatto” dalle altre ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento, definite attraverso il rinvio alle “altre ipotesi”, logicamente contrapposte alla “manifesta insussistenza del fatto”, “altre ipotesi” in ragione delle quali la legge detta un regime sanzionatorio che esclude la reintegrazione, ma che evidentemente circoscrive anche l'ambito di applicazione della tutela meramente economica specificamente delineata dalla legge in alternativa, anche e perché no, all'applicazione delle norme generali sul risarcimento del danno.

¹⁴⁹ Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforme del mercato del lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, 6.

¹⁵⁰ Speciale, op. cit., 31.

La tutela meramente economica in caso di licenziamento per ragioni tecniche organizzative e produttive

Infatti, nelle “altre ipotesi” di ingiustificatezza del licenziamento sorretto da argomenti di tipo oggettivo, il comma 7°, del nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, rinviando alla disciplina dettata dal quinto comma, prevede che il giudice dichiari risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento e condanni il datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all’anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell’attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a riguardo.

Ma è però proprio tale distinzione - che la legge delinea ai fini dell’individuazione dell’ambito applicativo del regime sanzionatorio ‘aperto’, che va dalla reintegrazione debole, al regime del risarcimento di diritto comune - a costituire l’elemento testuale, di diritto positivo, atto a fare aprire la discussione sul profilo sostanziale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovuto a ragioni tecniche organizzative produttive, ragioni cioè diverse dalla ipotesi dell’idoneità fisica o psichica, dal caso del *factum principis*, e distinte anche dall’ipotesi autonoma del superamento del periodo di comperto, situazioni queste ultime per le quali la legge ha previsto la regola della reintegrazione, seppure nella versione debole. L’interprete, in buona sostanza, si trova a dovere chiarire quando si verifichi la “manifesta insussistenza del fatto”, addotto come giustificato motivo oggettivo, e quando si verifichi invece una delle “altre ipotesi”, al fine d’individuare il regime sanzionatorio applicabile.

Il giustificato motivo di licenziamento come “fatto”

Ma i problemi non finiscono qui: se l’articolo 3 della legge n. 604 del 1966 si riferiva testualmente a “ragioni” di tipo tecnico, organizzativo e produttivo, la legge n. 92 utilizza oggi il termine “fatto”, immediatamente allusivo ad un evento concreto, fatto al quale la legge sembra opporre sotto diverso profilo le “altre ipotesi”, che possono giustificare un licenziamento di tipo oggettivo, e che, come si diceva, sono assoggettate a un diverso regime sanzionatorio.

Si è affermato in modo condivisibile che la legge n. 92 avrebbe “inteso rafforzare il concetto originario della legge 604/1966 di vincolare il licenziamento ad un fatto materiale ben preciso che ne costituisce la causale legittimante, ma, per altro verso” avrebbe “voluto modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione a indennità risarcitoria) tenendo conto proprio di come tale fatto, una volta che sia stato riscontrato nella sua materialità, diviene oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene l’ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento”¹⁵¹.

Certamente tale interpretazione coglie probabilmente nel vero nel momento in cui evidenzia il risultato del percorso interpretativo della giurisprudenza sul significato da attribuire alla nozione di giustificato motivo oggettivo contenuta nella legge n. 604 del 1966, percorso interpretativo che ritiene il giudice vincolato per legge a verificare concretamente nei fatti le scelte economiche del datore di lavoro, scelte prodromiche rispetto al licenziamento consistano esse, nell’esternalizzazione delle attività già svolte all’interno dell’azienda¹⁵² o nello svolgimento da parte del datore di lavoro o da parte degli amministratori della società delle attività già affidate al lavoratore¹⁵³. Solo nel senso esemplificato andrebbe, dunque, condivisa l’idea per cui il datore di lavoro, ai fini della prova del giustificato motivo oggettivo, dovrebbe provare la ‘soppressione’

¹⁵¹ Maresca, op. cit., 15.

¹⁵² Cass., sez. lav., 5 settembre 2008, n. 22535; Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 668; Cass. Civ., sez. lav., 23 giugno 1998, n. 6222.

¹⁵³ Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 2007, n. 10672; Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2006, n. 26894; Cass. civ., sez. lav., 13 novembre 1999, n. 12603, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 521.

del posto di lavoro che, come si è ben puntualizzato¹⁵⁴, non implicherebbe necessariamente la soppressione della mansioni già svolte dal lavoratore, che potrebbero essere distribuite fra altri lavoratori¹⁵⁵, soppressione che non sarebbe dunque mai indicativa di un presunto obbligo del datore di lavoro di conservare un determinato e tutto sommato contingente assetto occupazionale.

Licenziamento e regola del *repechage*

La manifesta infondatezza del fatto, presupposto della reintegrazione nella forma ‘debole’, discenderebbe dunque dall’assenza del fatto/atto organizzativo collocato a monte del licenziamento, licenziamento che dovrebbe però comunque pur sempre essere collegato causalmente al fatto organizzativo nel rispetto del criterio del licenziamento come *estrema ratio*. Anche nella nuova versione regolata dalla legge n. 92 del 2012 il datore di lavoro avrebbe infatti l’onere di dimostrare l’inutilizzabilità del lavoratore in altre mansioni equivalenti, secondo la regola giurisprudenziale del *repechage*¹⁵⁶, dal contenuto peraltro ancora piuttosto incerto¹⁵⁷, se si considerano i diversi orientamenti emersi in ordine all’ampiezza della prova che il datore dovrebbe fornire¹⁵⁸ in ordine alla impossibilità di utilizzare comunque le prestazioni fornite dal lavoratore.

Secondo tale prospettiva, dunque, il vizio ‘grossolano’ consistente nell’inesistenza del fatto/atto organizzativo darebbe luogo alla reintegrazione del lavoratore, dovendo essere le altre ipotesi ricondotte all’inesistenza del nesso causale, da considerarsi come presupposto della sanzione meramente economica nella misura massima di ventiquattro mensilità di risarcimento, in un giudizio che dovrebbe tenere in debito conto le risultanze del procedimento conciliativo, ove evidentemente svolto, ma concluso senza il raggiungimento di un accordo risolutivo.

Il controllo sulle prerogative imprenditoriali

Il sistema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ricostruito senza sostanziali variazioni rispetto al sistema già delineato dalla giurisprudenza, viene poi chiuso da una norma di principio ora suscettibile di peculiare applicazione processuale, che consente al datore di lavoro di ricorrere in Cassazione, per violazione di norme di diritto, ove il giudice nel caso concreto abbia ricostruito i fatti nel senso di escludere il giustificato motivo oggettivo, sovrapponendo però la propria valutazione circa la meritevolezza delle esigenze economiche alla visione fatta propria dall’imprenditore (art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come modificato dalla legge n. 92 del 2012). È però proprio la riaffermazione del principio di libertà di iniziativa economica, e il corollario che ne deriva circa i limiti del controllo sull’esistenza del giustificato motivo - controllo che non potrebbe mai essere esteso dal giudice al merito delle scelte effettuate dal datore di lavoro - a far riflettere l’interprete sul portato della riforma attuata dalla legge n. 92 del 2012, legge che non ha sciolto tutti i nodi in materia di giustificato motivo oggettivo, e che, con la contrapposizione fra “manifesta infondatezza del fatto” e “altre ipotesi” di ingiustificatezza del licenziamento riapre il dibattito sui limiti sostanziali del giustificato motivo oggettivo.

Assenza di un fatto valutabile in modo univoco. Quali poteri per l’imprenditore?

Se è vero che la giurisprudenza ha interpretato il giustificato motivo oggettivo come fatto, è anche vero infatti che dal punto di vista per così dire ‘naturalistico’ l’impresa qualche volta pretende di agire sulla base non di fatti, come può essere una riorganizzazione di reparti, ma sulla ba-

¹⁵⁴ Vallebbona, istituzione di diritto del lavoro, II, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 2011, 481.

¹⁵⁵ Cass. civ., sez. lav., 13 ottobre 2008, n. 25043; Cass. civ., sez. lav., 10 maggio 2007, n. 10672. Cass. civ., sez. lav., 22 agosto 2007, n. 17887

¹⁵⁶ Cass. civ., sez. lav., 13 luglio 2009, n. 16323; Cass. civ., sez. lav., 25 giugno 2009, n. 14953.

¹⁵⁷ Maresca, op. cit., 16.

¹⁵⁸ Cass. civ., sez. lav., 15 luglio 2010, n. 16579; Cass. civ., sez. lav., 4 ottobre 2004, n. 19837; Cass. civ., sez. lav., 26 luglio 2004, n. 14034.

se di “valutazioni” di fatti, di tipo economico, anche esterni rispetto al microcosmo aziendale, fatti esterni che costituiscono il presupposto delle scelte gestionali fra le quali il licenziamento di uno o più lavoratori. Tali fatti, o dati, sono dunque oggetto di valutazioni, qualche volta anche diverse fra loro, opinabili e soprattutto non sono riconducibili al concetto di manifesta sussistenza o insussistenza¹⁵⁹. D’altro canto, l’opinabilità che caratterizza la valutazione di tali dati, che possono anche essere oggetto di un giudizio tecnico, relativo ad alcuni aspetti, è una valutazione che caratterizza profondamente l’attività di gestione, tanto che si può dire che rientri nelle prerogative datoriali, e dunque nel ‘mestiere’ dell’imprenditore, effettuare valutazioni prognostiche circa l’andamento dei mercati, e circa il miglior funzionamento dell’azienda, partendo dalla conoscenza di tali elementi. Il problema che si pone è dunque quello di comprendere se è come le scelte di licenziamento possano essere collegate a tali valutazioni, e se la legge n. 92 abbia indicato una soluzione sul punto, in ciò fornendo una nozione più sofisticata di giustificato motivo oggettivo rispetto a quella fornita originariamente dalla legge n. 604 del 1966.

Il punto centrale della questione sta in ciò: nelle situazioni descritte, il licenziamento individuale in sé considerato sarebbe l’evidenza della scelta economica dell’imprenditore e ogni tentativo di sindacare le ragioni oggettive poste a monte del recesso, non potendo che coincidere con una personale - da parte del giudice - valutazione delle scelte prognostiche effettuate dal datore di lavoro, dovrebbe essere considerata non ammissibile e contraria a diritto. Ma, la possibilità di accogliere nelle ipotesi di giustificato motivo oggettivo, anche tali situazioni, potrebbe essere stata fornita dalla legge, prevedendo, accanto all’ipotesi del fatto materialmente esistente, anche “altre ipotesi” di giustificazione del licenziamento, non caratterizzate da una indiscussa materialità, e piuttosto consistenti in valutazioni opinabili, relative a fatti che pur dovrebbero essere dichiarati dal datore di lavoro.

Certamente il problema è complesso, meritevole di accurata riflessione, e non può essere risolto in sede di rapido commento al nuovo regime del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma a ben vedere è uno dei problemi che la giurisprudenza di Cassazione non ha risolto in modo univoco, pur dovendosi collocare la questione al centro dell’interpretazione sulla nozione di licenziamento per ragioni oggettive. Invece, la previsione ad opera della legge della sanzione della reintegrazione debole, per il caso del licenziamento giustificato da un fatto che risulta meramente insussistente, evidenzia la differenza fra il licenziamento discriminatorio e il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, fattispecie che la legge n. 92 sembra distinguere chiaramente, dotandola di autonomia, senza possibilità di sovrapposizione alcuna¹⁶⁰ con l’ipotesi di mancanza o irrilevanza del giustificato motivo oggettivo.

¹⁵⁹ Cester, Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni, relazione al Convegno “Le proposte di riforma in materia di licenziamento, Università di Parma 4 maggio 2012, 26 del dattiloscritto.

¹⁶⁰ Vedi Speciale, op. cit., in dialogo con M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7 - 9 giugno 2012.

IL LICENZIAMENTO INEFFICACE

di Franco Carinci - già Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

Il doppio uso del termine “inefficace”

Il co. 6 del nuovo art. 18 St., così come integralmente riscritto dall'art. 1, co. 42 della l. n. 92/2012, costituisce il punto di maggior distacco rispetto ad un passato qui riconducibile prevalentemente ad un corposo e sostanzioso contributo giurisprudenziale, portato a valorizzare il dato formale come elemento di garanzia per il lavoratore raggiunto da un licenziamento.

Ne viene fuori un regime preoccupato prevalentemente di tenere fermo il licenziamento, col renderlo resistente a fronte di una violazione del “requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604” oppure “della procedura” di cui all'art. 7 l. n. 300/1970 e, rispettivamente, al novellato art. 7 l. n. 604/1966. Il giudice chiamato in causa, dichiara sì “inefficace” il licenziamento, ma lo sanziona solo con l'“attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria”; a meno che “sulla base della domanda del lavoratore accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso si applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”.

Se ne deduce che il ricorso potrà contenere una domanda “semplice”, ristretta *solo* alla violazione della motivazione e della procedura; oppure “doppia”, estesa *anche* all'assenza della giusta causa o del giustificato motivo. Tenuto conto della regola della immutabilità della domanda, sarà buona cura impugnare subito “forma” e “sostanza” del licenziamento; ma tale regola sembra trovare qui un'eccezione proprio nell'ipotesi in cui manchi la motivazione, perché allora potrebbe essere opportuno rinviare la contestazione della “sostanza” ad una memoria successiva alla costituzione o mancata costituzione del datore di lavoro, per evitare di doverla effettuare al buio.

In presenza di una domanda “semplice”, una volta accertata la violazione della motivazione o della procedura, scatta l'inefficacia del licenziamento di cui al comma 6, con attribuzione della relativa indennità risarcitoria. In presenza, invece, di una domanda “doppia”, pare doversi procedere secondo la sequenza più logica, quale costituita da una prima fase, sulla verifica della motivazione e della procedura; cui segue una seconda, sulla valutazione della causa di giustificazione, restando sempre a carico del datore l'onere della prova¹⁶¹. Più logica, perché la verifica formale è destinata inevitabilmente a condizionare l'*an* ed il *quomodo* della successiva valutazione sostanziale.

Se la verifica formale risulta favorevole, ma la valutazione sostanziale contraria al lavoratore, opera comunque l'inefficacia del licenziamento di cui al co. 6, con attribuzione della relativa indennità risarcitoria. Se, invece, con una verifica formale favorevole o contraria, la valutazione sostanziale risulta favorevole al lavoratore, opera la tutela risarcitoria/reintegratoria prevista dai commi 4, 5, 7.

Occorre, però, fare i conti col doppio uso del termine “inefficace” nel nuovo art. 18 St. Esso fa la sua comparsa al comma 1, con riguardo al licenziamento orale, conservandovi quello stesso significato conforme alla lettera, di cui già all'art. 2, co. 3 l. n. 604/1966; quindi, rimane del tutto inidoneo ad estinguere il rapporto, al pari del licenziamento nullo perché discriminatorio, con conseguente diritto alla reintegra. Ma, come visto, tale termine ritorna al comma 6, con un significato del tutto contrario alla lettera, cioè di idoneo a terminare il rapporto, con conseguente diritto alla sola indennità risarcitoria¹⁶².

¹⁶¹ Respinge ogni dubbio in proposito A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 435, e in http://host.uniroma3.it/facolta/economia/db/materiali/insegnamenti/668_5754.pdf.

¹⁶² Il rilievo è comune in dottrina: v. C.Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2012, 547 ss.

A prescindere da questa confusione terminologica, non si capisce il perché si sia differenziata quella disciplina che l'art. 2 l. n. 604/1966 prevedeva comune per l'assenza della forma scritta e della motivazione eventualmente richiesta una inefficacia propria, sanzionata con la reintegra c.d. di diritto comune. E si sia differenziata, rafforzando la precedente inefficacia per l'assenza della forma scritta, perché col portarla dall'art. 2, l. n. 604/1966 al comma 1 dell'art. 18 St., la si dota di una reintegra non più c.d. di diritto comune ma statutaria; e, viceversa, indebolendola fino ad annullarla per la mancanza della motivazione, perché col traslocarla dallo stesso art. 2 l. n. 604/1966 al comma 6, la si trasforma in una efficacia impropria.

Lo si capisce ancor meno, se si tiene presente che oggi l'art. 1, co. 37 della riforma ha sostituito l'art. 2, co. 2, l. n. 604/1966 si da richiedere una motivazione contestuale: "La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato". Modifica, questa, coerente con la nuova centralità assegnata ai motivi che contraddistinguono i vari tipi di licenziamento: è operante una procedura preliminare distinta, disciplinare o conciliativa, a seconda delle causali per cui si voglia procedere; ma, soprattutto, è evidente la scelta di ricollegare a queste causali, rimaste formalmente identiche, sanzioni diversamente combinate fra reintegra ed indennità risarcitoria¹⁶³.

A complicare il tutto interviene il diverso ambito dei commi 1, ultimo periodo, e 6 del nuovo art. 18 St. Il comma 1 è applicabile ad ogni datore di lavoro; il comma 6, invece, non lo è, prevedendo il successivo comma 8 che quanto disposto dal comma 4 al 7 valga solo per il datore di lavoro con un organico superiore ai 15 dipendenti nello stesso comune e, in ogni caso, ai 60 complessivi. Sicché il licenziamento privo di forma scritta conosce un solo trattamento, quello di cui al comma 1, con una inefficacia che dà diritto alla reintegra statutaria; mentre il licenziamento mancante di motivazione conosce un trattamento diverso a seconda del livello dimensionale del datore: se inferiore a quello statutario, rimane soggetto all'art. 2, co. 3 l. n. 604/1966, con un'inefficacia che dà accesso alla reintegra c.d. di diritto comune; se superiore, è sottoposto al comma 6, con un'inefficacia impropria, sanzionata tramite la sola indennità risarcitoria¹⁶⁴.

La "violazione del requisito di motivazione" di cui all'art. 2, comma 2, l. n. 604/1966

L'espressione "violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604" riguarda l'assenza della motivazione. La lettera è chiara, perché quel comma si limita a prevedere che, a richiesta del lavoratore, il datore debba comunicare la motivazione del licenziamento, destinata quindi a rilevare solo per la sua presenza, non per la sua congruità. E come tale è stata interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per cui se la motivazione c'è, ma è incompleta, imprecisa, insufficiente, ci trova di fronte ad una violazione non più formale, ma sostanziale, che obbliga ad una valutazione di merito e comporta una ben diversa conseguenza sanzionatoria¹⁶⁵.

¹⁶³ È convinzione unanime che sia proprio la conservazione delle vecchie causali del licenziamento accompagnata da una modulazione della tutela, con la reintegritoria ridimensionata a residuale rispetto alla risarcitoria a costituire la chiave di lettura del nuovo art. 18 St. lav.: v. la classificazione proposta da A. Marsca, *op. cit.*, 435 in reintegrazione *piena*, reintegrazione *depotenziata*, risarcimento nella misura *piena*, risarcimento nella misura *ridotta*.

Ma c'è perlomeno da dubitare che le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo siano utilizzabili oggi come lo erano ieri, perché nel valutarne la fondatezza, c'è da tenere presente una ben precisa eventualità: una valutazione negativa rappresenta la base di partenza per accertare l'"insussistenza del fatto contestato" o la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", ai fini di una possibile reintegra.

¹⁶⁴ Anche questo rilievo è comune in dottrina: v. C. Cester, *op. cit.*

¹⁶⁵ C'è, invece, una tendenza in dottrina ad equiparare una motivazione assente ed una motivazione viziata, facendole ricadere entrambe nell'ambito del comma 6: v. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 65; C. Cester, *op. cit.*

Oggi, se la motivazione è assente, vale la nuova disciplina dell'inefficacia impropria con la relativa indennità risarcitoria di cui al comma 6; se, invece, è presente, ma incompleta, imprecisa, insufficiente, continua a valere quella vecchia, radicata e consolidata, ben più rischiosa per il datore. Invero una motivazione così viziata, non essendo sanabile, compromette *in apicibus* la possibilità di provare l'esistenza di una causa di giustificazione, nonché la stessa non "insussistenza del fatto contestato" (per il licenziamento disciplinare) o la non "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" (per il licenziamento economico), sì da rendere applicabile la tutela risarcitoria od anche reintegratoria di cui ai commi 4, 5, 7. Certo può sorprendere che una motivazione omessa sia sanzionata meno di una viziata, sì da render conveniente non darla. Ma questo dipende dal rinvio acritico all'art. 2 l. n. 604/1966 operato dal legislatore, il quale si è completamente dimenticato del suo senso originario ed acquisito: in forza della stessa lettera, riguardava unicamente la mancata tempestiva comunicazione della motivazione richiesta dal lavoratore; ed in ragione della successiva interpretazione, concerneva esclusivamente il licenziamento economico. Invece, era lezione da gran lunga acquisita che la motivazione dovesse essere contestuale nel licenziamento disciplinare; tant'è che proprio questa svolta ad "u" risulta difficilmente comprensibile e digeribile, sì da facilitare in prospettiva una interpretazione *secundum constitutionem* che continui a richiedere la motivazione contestuale almeno per il licenziamento per giusta causa in tronco.

A ben guardare l'*aliquid novi* è dato dal fatto che la motivazione del licenziamento può ben essere dichiarata in sede di costituzione, senza che sia possibile eccepirne la tardività, perché questa è assorbita e coperta dalla prevista inefficacia¹⁶⁶. Ma se il datore non si costituisce o si costituisce senza offrire alcuna motivazione, sì da rinunciare *a priori* a qualsiasi possibilità di prova; allora appare scontata la conclusione più radicale, cioè di una sentenza di annullamento del licenziamento, con conseguente condanna alla reintegra a' sensi del comma 4.

La violazione della procedura prevista dall'art. 7 St. e dall'art. 7, l. n. 604/1966

Non meno problematica è la previsione per cui la violazione della procedura prevista rispettivamente dall'art. 7 St. per il licenziamento disciplinare e dall'art. 7, l. n. 604/1966, come modificato dall'art. 1, co. 40 della riforma, per il licenziamento economico, dia luogo alla stessa inefficacia impropria dettata per l'assenza di motivazione.

Qui la parola "violazione" risulta assai più ampia e generica, perché potenzialmente riferibile a tutta la gamma che va dall'omissione della procedura alla sua tenuta irregolare, senza distinzione alcuna circa la rilevanza della irregolarità, considerata a sé o nell'economia complessiva¹⁶⁷. Non solo, perché l'una e l'altra procedura sono considerate alla pari, come se fosse la stessa cosa l'omissione o l'esecuzione viziata della previa contestazione, elevata dalla stessa giurisprudenza costituzionale a forma di civiltà e, rispettivamente, della previa conciliazione¹⁶⁸.

Accenna alla difficoltà di distinguere fra violazione formale e sostanziale della specificità richiesta in sede di contestazione disciplinare o di contestuale motivazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf;

¹⁶⁶ Esclude questa possibilità M. Marazza, *op. cit.*, per cui "Secondo una diversa e preferibile interpretazione, invece, si può ritenere che il licenziamento intimato senza contestazione disciplinare o indicazione dei motivi continua, come in passato, ad essere considerato come ingiustificato ed è sanzionato con la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati", mentre, "la sanzione indennitaria prevista dall'art. 18, comma 6, continuerebbe dunque ad operare in presenza di ulteriori vizi procedurali ...".

¹⁶⁷ Il punto non è certo passato inosservato: v. C. Cester, *op. cit.*

¹⁶⁸ È diffusa l'opinione che sia di dubbia costituzionalità la previsione dell'inefficacia impropria di cui al comma 6, per l'assenza della previa contestazione nel licenziamento disciplinare: cfr. P.G. Alleva, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita*, in www.dirittisocialie cittadinanza.org; C. Cester, *op. cit.*; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano", Pescara,

(segue)

Stando al comma 4, si avrebbe l'impressione che la previa contestazione non possa mancare, perché si riserva la tutela reintegratoria all'ipotesi di licenziamento disciplinare in cui non solo difetti la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo, ma risulti altresì l'"insussistenza del fatto contestato". Ma il comma 6 ci rivela una prima mancanza di coerenza, perché ad interpretarlo così come recita, il "fatto" di cui al comma 4, può ben non essere "contestato" e neppure "motivato" contestualmente, ma solo addotto nella comparsa di costituzione in giudizio, esponendosi al solo rischio di vedersi dichiarare il licenziamento colpito da inefficacia impropria, con conseguente attribuzione dell'indennità risarcitoria fra le sei e le dodici mensilità. Il che lascia facilmente prevedere l'apertura di una lunga e tormentata stagione interpretativa. Tanto più che fino ad oggi la violazione della previa procedura disciplinare è stata considerata unanimemente sanzionabile secondo la regola c.d. della "sufficienza della tutela", cioè con quella stessa applicabile per l'assenza della giusta causa o del giustificato motivo. Da oggi in poi tale regola non vale più per il datore di lavoro al di sopra del limite statutario: a' sensi del comma 6, la contestazione omessa od irregolare dà diritto alla sola indennità risarcitoria; peraltro, a' sensi dei commi 4, 5, 7 la carenza della causa di giustificazione può dar diritto non solo ad una indennità risarcitoria, ma anche alla reintegra.

Quanto alla previa conciliazione obbligatoria, essa è stata ricostruita *ex novo*, a pallida imitazione della procedura prevista per i licenziamenti collettivi, come sede per verificare la possibilità di una soluzione alternativa e, altrimenti, per ammortizzare l'entrata nella disoccupazione. Ne consegue che, a fronte di una sua mancanza, sarebbe stata più coerente prevedere non una dichiarazione di inefficacia impropria del licenziamento a' sensi del comma 6, ma di improcedibilità del processo.

Anche qui sembrerebbe essere data per scontata l'attivazione della procedura: sia implicitamente, perché, a' sensi del nuovo art. 7 l. n. 604/1966, è strumentale a quella verifica congiunta di una possibile altra occupazione che pur dovrebbe pesare nella successiva fase processuale; sia esplicitamente, perché a' sensi del comma 7, è rilevante per la determinazione della indennità risarcitoria fra le dodici e le ventiquattro mensilità *ivi* prevista, che dovrà tener conto del comportamento che le parti vi avranno tenuto.

Semberebbe, perché non è. A' sensi del comma 6, con una ulteriore mancanza di coerenza: una volta che su richiesta del lavoratore si proceda oltre la violazione formale e procedimentale, quest'ultima risulta priva di qualsiasi esplicita rilevanza nella successiva valutazione dell'esistenza del giustificato motivo obiettivo; la riacquista solo se ed in quanto l'esistenza del giustificato motivo venga provata e dichiarata, perché allora, come produttiva della vista inefficacia impropria, legittima pur sempre l'attribuzione dell'indennità risarcitoria fra le sei e le dodici mensilità. E' auspicabile che la giurisprudenza intervenga a sanare questa incoerenza, facendo scontare al datore la mancata attivazione della procedura già in sede di valutazione dell'esistenza del giustificato motivo economico, con particolare riguardo all'assolvimento di quell'obbligo di *repechage* che avrebbe dovuto essere oggetto di un previo confronto col lavoratore¹⁶⁹; e, poi, in sede di determinazione dell'indennità risarcitoria fra le dodici e le ventiquattro mensilità.

11-12 maggio 2012, di prossima pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, il quale considera tale anche la mancanza della previa conciliazione nel licenziamento economico.

¹⁶⁹ Peraltro si potrebbe avanzare qualche dubbio sul sopravvivere del *repechage*, come noto istituto solo giurisprudenziale, dato che il comma 7 prevede che un licenziamento per giustificato motivo oggettivo risultato infondato sia sanzionabile con la reintegra solo se manifestamente insussistente lo stesso fatto posto alla sua base. E se ne troverebbe conferma nella stessa previsione di una previa procedura conciliativa, dove dovrebbe essere verificata la possibilità di un'occupazione alternativa; ma, soprattutto, nella disposizione di cui all'art. 1, comma 43, che aggiunge all'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010 il seguente periodo: "L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto". A parte la riserva per questa ulteriore tappa della strisciante trasformazione "ufficiale" della Cassazione in terzo grado di merito; c'è da evidenziare

(segue)

Una prima conclusione

In conclusione dietro a questo comma 6 c'è un deciso declassamento del dato formale, apprezzato ieri come fattore di garanzia per il lavoratore e criticato oggi come elemento di incertezza per il datore¹⁷⁰. Non solo il licenziamento così viziato rimane pienamente efficace; ma viene sanzionato con un'indennità dimezzata rispetto a quella prevista dal comma 5 per il licenziamento disciplinare cui non sia applicabile la reintegra in forza del comma 4: “un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”.

re la preoccupazione per qualsiasi intrusione giurisprudenziale nell'area dei *managerial rights*; e tale è stata non di rado giudicata la previsione *iussu iudicis* del *repechage*. È difficile che la giurisprudenza sia disposta a rinunciare all'obbligo del *repechage*. Ma non è da escludere - come mostra di ritenere C. Cester, *op. cit.* - che ne tenga conto per valutare l'esistenza del giustificato motivo oggettivo, non anche della manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento; si da poterne sanzionare il mancato assolvimento solo con l'indennità risarcitoria fra le dodici e le ventiquattro mensilità.

¹⁷⁰ Nello stesso senso v. C. Cester, *op. cit.* e V. Speciale, *op. cit.* Per A. Vallebona, *op. cit.*, 65 “La relativa modestia del regime sanzionatorio per i vizi procedurali si spiega in considerazione del fatto che il licenziamento viziato proceduralmente, ove sottoposto a tutela reale, potrebbe essere sempre ripetuto per lo stesso motivo con il rispetto del procedimento appena violato”:

LA REVOCA DEL LICENZIAMENTO

di Irene Corso - Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università di Padova e Avvocato in Padova

La fattispecie, la forma e l'ambito di applicazione

Nel riformulare il testo dell'art. 18 St. Lav. l'art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92/2012 ha introdotto al comma 10 la disciplina della revoca del licenziamento: prima dell'entrata in vigore della predetta legge, in difetto di una norma specifica, i limiti e gli effetti della revoca del licenziamento venivano individuati sulla base dei principi generali del codice civile sull'efficacia degli atti negoziali, tenuto conto delle peculiarità dei diversi regimi sanzionatori previsti dalla legge per i licenziamenti illegittimi.

Va, innanzitutto, evidenziato come l'attuale art. 18, comma 10, St. Lav. concerna la revoca quale atto volto ad eliminare gli effetti conseguenti al licenziamento già comunicato al lavoratore e non quale atto volto ad evitare che il licenziamento di cui il lavoratore non abbia ancora avuto conoscenza produca i suoi effetti. Tale intervento normativo, quindi, non incide sull'applicazione anche al licenziamento del principio generale deducibile dall'art. 1328 c.c., secondo cui un soggetto può revocare unilateralmente un proprio atto, con l'effetto di impedire che questo produca i suoi effetti, purché la revoca giunga a conoscenza – o nella sfera di conoscibilità - del destinatario prima dell'atto revocato. Ne consegue che, a prescindere dall'entrata in vigore del nuovo art. 18, comma 10 St. Lav., il datore di lavoro che abbia intimato un licenziamento potrà evitare che lo stesso produca i propri effetti, facendo in modo che la sua volontà in tal senso pervenga a conoscenza del lavoratore prima dell'atto di recesso¹⁷¹.

Valorizzando la previsione secondo cui in caso di revoca “non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo”, sembra potersi affermare che oggetto della revoca ai sensi del nuovo art. 18, comma 10, St. Lav. possano essere non solo tutti i licenziamenti intimati dai datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui al comma 8 della stessa disposizione, ma anche i licenziamenti intimati dai datori di lavoro che, pur non avendo tali requisiti, siano illegittimi per uno dei motivi previsti dal nuovo comma 1 dell'art. 18 St. Lav.¹⁷². Tale delimitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 18, comma 10, St. Lav. appare dettata dal fatto che il contenzioso in materia di revoca ha in passato interessato pressoché esclusivamente licenziamenti, in particolare disciplinari, soggetti all'applicazione dell'art. 18 St. Lav. ed ha avuto ad oggetto questioni strettamente connesse a quei profili di specialità della disciplina sanzionatoria prevista da tale norma che riconoscevano al lavoratore una tutela maggiore rispetto al ripristino del rapporto ed al risarcimento del danno *medio tempore* effettivamente patito: la maggior parte delle sentenze, infatti, ha avuto ad oggetto l'incidenza della revoca (o della mancata accettazione della revoca) sul diritto del lavoratore al risarcimento del danno nella misura minima pari a cinque mensilità e ad optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Resta, quindi, sicuramente fuori dall'ambito di applicazione della revoca *ex art. 18, comma 10, St. Lav.*, il licenziamento ingiustificato intimato dal datore di lavoro che non abbia i requisiti del comma 8, rispetto al quale la revoca, necessariamente consensuale, continuerà ad escludere il diritto del lavoratore al risarcimento del danno *ex art. 8 della l. n. 604/1966*, poiché la norma da ultimo menzionata pone il risarcimento come alternativo alla riassunzione¹⁷³.

Sempre la previsione secondo cui in caso di revoca “non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente articolo” sembra costituire un argomento a favore della tesi per cui

¹⁷¹ Nel senso, però, che in questo caso non si possa propriamente parlare di revoca cfr. Cass. 26 gennaio 1989, n. 465, in *Orient. giur. lav.*, 1989, 753.

¹⁷² M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, dattiloscritto, 2012, par. 19, che - condivisibilmente, giusto il rinvio dell'art. 1, comma 46, della l. n. 92/2012 ai regimi sanzionatori previsti dal nuovo art. 18 St. Lav. - ricomprende anche il licenziamento collettivo tra quelli revocabili ai sensi dell'art. 18, comma 10, St. Lav.

¹⁷³ Cass. 12 dicembre 2007, n. 26073.

la revoca ai sensi del nuovo art. 18, comma 10, St. Lav. può essere disposta dal datore di lavoro solo con riferimento a licenziamenti intimati successivamente all'entrata in vigore della l. n. 92/2012: stante la natura sostanziale delle norme sanzionatorie, infatti, in difetto di disposizioni di diritto transitorio, è da ritenere che i regimi sanzionatori previsti dalla nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav. trovino applicazione solo ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della l. n. 92/2012.

Passando all'analisi dell'art. 18, comma 10, St. Lav. appare evidente, anche ad una prima lettura, come la disciplina della revoca prevista da tale disposizione si discosti sotto una molteplicità di profili ai principi sino ad ora elaborati dalla giurisprudenza. Nel commentare la nuova disciplina ci si soffermerà, per completezza, anche sugli attuali e, comunque, consolidati orientamenti giurisprudenziali, perché una revoca ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 18, comma 10, St. Lav., può avvenire solo entro il termine di quindici giorni dall'impugnazione del licenziamento (per meglio dire, dal momento il cui il datore di lavoro ha ricevuto la relativa comunicazione): successivamente alla scadenza di tale termine, in difetto di una previsione normativa in senso contrario, continueranno, invece, a trovare applicazione i principi generali¹⁷⁴, con conseguente ammissibilità di una revoca nei limiti e con le conseguenze - *mutatis mutandis*, in relazione alle peculiarità del regime sanzionatorio concretamente applicabile - già individuati dalla giurisprudenza.

L'art. 18, comma 10, St. Lav., prevede, innanzitutto, che entro il quindicesimo giorno dalla comunicazione dell'impugnazione del licenziamento il datore di lavoro possa revocare unilateralmente il licenziamento. La revoca unilaterale è un istituto tipico del diritto amministrativo, previsto dal diritto privato solo con riferimento a determinati negozi: ad esempio, la donazione, il testamento e, dopo l'entrata in vigore della l. n. 92/2012, quindi, anche il licenziamento. In generale il riconoscimento per legge di un potere unilaterale di revoca deroga al principio di carattere generale per cui la revoca, per produrre il suo effetto tipico (eliminazione dell'atto cui essa è riferita o, per meglio dire, degli effetti dello stesso), deve essere accettata dal soggetto controinteressato: tale accettazione è necessaria perché, nel momento in cui l'atto unilaterale produce effetti anche nella sfera giuridica di un soggetto diverso da quello che lo ha adottato, quest'ultimo perde il potere di disporre dei relativi effetti. Per questo, sino ad oggi, la giurisprudenza ha costantemente affermato che il licenziamento, una volta che, giunto a conoscenza del destinatario, abbia prodotto i suoi effetti, non può essere revocato unilateralmente dal datore di lavoro, ma solo con il consenso del lavoratore interessato¹⁷⁵: la revoca viene, infatti, ad incidere su un rapporto contrattuale ormai estinto, se non di diritto quanto meno di fatto, per volontà del datore di lavoro, il cui ripristino necessita di una positiva manifestazione di volontà anche da parte del lavoratore licenziato. Più specificatamente la giurisprudenza configura la revoca quale proposta contrattuale avente ad oggetto la ricostituzione del rapporto di lavoro e l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli derivate al lavoratore dall'interruzione del rapporto, così da escludere che la sospensione di fatto delle prestazioni addebitabile al datore di lavoro possa produrre conseguenze sulla continuità del rap-

¹⁷⁴ In tal senso anche A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 47. Di contrario avviso C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, dattiloscritto, 2012, 34, di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2012, n. 3.

¹⁷⁵ Cass. 15 giugno 2011, n. 13090; Cass. 1° aprile 2008, n. 8428; Cass. 5 marzo 2008, n. 5929; Cass. 18 maggio 2006, n. 11664, in *Not. giur. lav.*, 2006, 507 e in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 882, che sottolinea come proposta ed accettazione debbano necessariamente avere ad oggetto le stesse mansioni; Trib. Napoli 27 gennaio 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 231; Cass. 6 agosto 1999, n. 8493; Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in *Orient. giur. lav.*, 1997, 1056, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 246, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 351 e in *Not. giur. lav.*, 1998, 53; Cass. 18 novembre 1997, n. 11467, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 1998, 346; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10085, in *Lav. prev. oggi*, 1994, 180, in *Not. giur. lav.*, 1994, 190, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 1040 e in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 551; Cass. 26 gennaio 1989, n. 465, cit.

porto di lavoro e su quello previdenziale ad esso connesso¹⁷⁶: non viene, quindi, ritenuta a tal fine sufficiente la mera proposta del datore di lavoro di riprendere servizio e, conseguentemente, viene escluso che in questo caso sia possibile qualificare come dimissioni la mancata ripresa del lavoro¹⁷⁷ o il rifiuto opposto alla proposta datoriale¹⁷⁸, così come attribuire rilevanza ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. al rifiuto opposto dal lavoratore¹⁷⁹.

Prima di passare all'analisi delle conseguenze della revoca, si evidenzia come l'art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92/2012 non preveda nulla con riferimento alla forma della revoca. In considerazione del fatto che nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della forma e, quindi, la forma degli atti negoziali deve ritenersi libera se la legge (o la volontà delle parti) non richiede espressamente una forma determinata, il silenzio della legge su tale profilo consente di ritenere la revoca un atto a forma libera. Il medesimo principio è stato, del resto, in passato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza con riferimento sia alla proposta che all'accettazione della revoca¹⁸⁰, ammettendo, quindi, che la stessa potesse realizzarsi anche per fatti concludenti: ad esempio, nell'ipotesi in cui il lavoratore era stato mantenuto in servizio successivamente alla data indicata per la cessazione del rapporto¹⁸¹ o nonostante la scadenza del termine di preavviso¹⁸² oppure, invitato a riprendere servizio, effettivamente aveva ripreso a lavorare¹⁸³.

Gli effetti

Per quanto concerne gli effetti della revoca, il nuovo art. 18, comma 10, St. Lav. riconnette ad essa il ripristino senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro ed il diritto del lavoratore solo alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca¹⁸⁴: viene, infatti, espressamente esclusa l'applicazione dei regimi sanzionatori previsti dalla nuova formulazione dell'art. 18 St. Lav. È evidente che questi effetti conseguono esclusivamente alla revoca che venga disposta entro i quindici giorni dall'impugnazione del licenziamento, mentre per la revoca, necessariamente consensuale, che intervenga successivamente rimangono fermi i principi generali. L'art. 18, comma

¹⁷⁶ App. Perugia 22 settembre 2011, n. 298; Trib. Perugia 12 ottobre 2010, n. 732, in *Guida dir.*, 2011, 3, 63 (s.m.); Corte App. Milano 13 gennaio 2009, n. 51, in *Giustizia a Milano*, 2009, 1, 3; Trib. Savona 13 ottobre 2006; Trib. Savona 8 giugno 2006; Cass. 17 luglio 1997, n. 6650; Cass. 4 dicembre 1986, n. 7197. In tal senso anche C. Cester, *Il progetto di riforma ...*, cit., 35.

¹⁷⁷ Cass. 24 ottobre 1991, n. 11300; Cass. 4 dicembre 1986, n. 7197.

¹⁷⁸ Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, cit.

¹⁷⁹ Cass. 12 luglio 2004, n. 12867. Nel senso che, viceversa, la mancata accettazione della revoca possa assumere rilevanza ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., quando la proposta del datore di lavoro sia effettuata «senza che ciò potesse comportare una rinuncia al suo diritto a vedere eliminati tutti gli effetti pregiudizievoli derivanti dal subito licenziamento» e, quindi, non risulti troppo onerosa per il lavoratore, cfr. Cass. 25 febbraio 2008, n. 4769, in *Guida dir.*, 2008, 44, 66 (s.m.).

¹⁸⁰ Cass. 5 marzo 2008, n. 5929, Cass. 5 ottobre 2007, n. 20901, in *Guida dir.*, 2007, 44, 81 (s.m.), Cass. 5 agosto 2004, n. 15129 e Cass. 1° luglio 2004, n. 12107, secondo cui la percezione del trattamento di Cigs non è di per se stesso sufficiente, ma può, comunque, assumere rilevanza, ai fini della configurabilità della accettazione tacita della revoca del licenziamento; Cass. 18 novembre 1997, n. 11467, cit.; Cass. 26 gennaio 1989, n. 465, cit.

¹⁸¹ Cass. 23 agosto 2003, n. 12411; Cass. 23 giugno 2003, n. 9973; Trib. Torino, 30 settembre 2002, in *Giur. piemontese*, 2003, 271.

¹⁸² Cass. 10 settembre 1981, n. 5076, in *Dir. fall.*, 1982, II, 16.

¹⁸³ App. Milano 1° settembre 2004, in *Lav. giur.*, 2005, 293; Cass. 18 novembre 1997, n. 11467, cit., che ha cassato per illogica, contraddittoria ed insufficiente motivazione una sentenza che aveva ravvisto nell'impugnativa stragiudiziale del licenziamento del lavoratore una proposta di riassunzione e nel successivo invito del datore di lavoro a riprendere servizio l'accettazione della proposta idonea a perfezionare l'accordo volto alla ricostituzione del rapporto.

¹⁸⁴ Di contrario avviso F. Carinci, *Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 544, per il quale «rimane aperto per il lavoratore la possibilità di chiedere i danni conseguenti a tale comportamento».

10, St. Lav. non pone particolari problemi interpretativi: sul punto ci si limita solo ad evidenziare come la legge utilizzi il termine retribuzione e non risarcimento del danno, con conseguente preclusione di qualunque detrazione a titolo di *aliunde perceptum* e di *aliunde percipiendum*.

Si ritiene a questo punto opportuno dare atto degli attuali e consolidati orientamenti della giurisprudenza sulle conseguenze della revoca, al fine di poter apprezzare la portata innovativa di quanto disposto dall'attuale art. 18, comma 10, St. Lav., tenendo presente che gli stessi principi continueranno verosimilmente ad essere applicati nel caso di revoca che intervenga successivamente ai quindici giorni dall'impugnazione del licenziamento.

Come già detto, la giurisprudenza ha affrontato essenzialmente due questioni: l'incidenza dell'accordo di revoca (o della mancata accettazione della proposta di revoca) sul diritto del lavoratore al risarcimento del danno nella misura minima pari a cinque mensilità e sul diritto del medesimo ad optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

Per quanto concerne il risarcimento del danno, secondo l'orientamento maggioritario l'accettazione della revoca del licenziamento precludeva al lavoratore la possibilità di proporre una domanda di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro, ma il fatto di non poter formulare una domanda di condanna alla reintegrazione non incideva sul suo diritto al risarcimento del danno nella misura minima delle cinque mensilità, ai sensi dell'art. 18, comma 2, St. Lav. indipendentemente dal periodo di tempo intercorso tra il licenziamento e la revoca¹⁸⁵. Tale conclusione trovava il proprio fondamento, da un lato, nella natura di sanzione/penale della misura minima, fondata su una presunzione assoluta, del risarcimento del danno e, dall'altro, nel fatto che la fonte del relativo diritto veniva individuata non nell'ordine giudiziale di reintegrazione, ma, al pari del diritto alla reintegrazione, nella stessa illegittimità del licenziamento: sulla base di tali premesse, infatti, il diritto al risarcimento del danno nella misura minima delle cinque mensilità poteva essere azionato anche in ogni caso in cui il lavoratore ingiustamente licenziato non avesse potuto o non avesse voluto chiedere la reintegrazione¹⁸⁶. In applicazione del medesimo principio il fatto di non aver accettato la revoca non precludeva al lavoratore di agire successivamente al solo fine di conseguire il risarcimento del danno ex art. 18, comma 2, St. Lav.¹⁸⁷.

L'applicazione di tali principi ovviamente presupponeva che il lavoratore non avesse manifestato al riguardo una volontà abdicativa: ciò poteva avvenire non solo con una rinuncia o nell'ambito di una transazione con il datore di lavoro¹⁸⁸, ma altresì mediante l'adesione ad un accordo collettivo di revoca che, ad esempio, prevedesse la ricostituzione dei rapporti di lavoro ed il risarcimento del solo danno da lucro cessante¹⁸⁹. L'applicazione dei principi esposti è suscettibile

¹⁸⁵ App. Milano 13 gennaio 2009, n. 51, cit.; Cass. 1° luglio 2004, n. 12102; Cass. 21 dicembre 1995, n. 13047, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 76, in *Foro it.*, 1996, I, 2155, in *Not. giur. lav.*, 1996, 236, in *Orient. giur. lav.*, 1996, 44 e in *Lav. giur.*, 1996, 508; Cass. 12 ottobre 1993, n. 10085, cit.; Cass. 28 gennaio 1985, n. 474, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 63 e 191, in *Orient. giur. lav.*, 1985, 679, in *Giust. civ.*, 1985, I, 2294 e in *Dir. lav.*, 1995, II, 343.

Contra, isolatamente, Cass. 26 febbraio 1988, n. 2068, in *Foro it.*, 1992, I, 2494, con specifico riferimento all'ipotesi in cui la revoca intervenga prima della notificazione dell'impugnazione del licenziamento giudiziale.

¹⁸⁶ Cass. 28 settembre 1989, n. 3941, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 644; Cass., sez. un., 23 aprile 1987, n. 3957, in *Dir. lav.*, 1997, II, 398, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 214, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 486 e in *Giust. Civ.*, 1987, I, 2913; Cass., Sez. Un., 26 aprile 1985, n. 2762, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 181 e 340, in *Foro it.*, 1985, I, 2247, in *Riv. giur. lav.*, 1985, II, 95, in *Lav. e prev. oggi*, 1985, 1537 e in *Orient. giur. lav.*, 1985, 579.

¹⁸⁷ Cass. 24 ottobre 1991, n. 11300.

¹⁸⁸ Cass. 29 luglio 2003, n. 11670.

¹⁸⁹ Cass. 9 luglio 1994, n. 6484; Cass. 24 maggio 1988, n. 3592, in *Foro it.*, 1989, I, 457 e in *Mass. giur. lav.*, 1988, 629. Nel senso, non condivisibile, che un accordo sindacale di revoca della procedura di licenziamento collettivo a fronte della rinuncia da parte dei lavoratori ad ogni eventuale diritto di carattere economico derivante dal pregresso rapporto di lavoro sia da considerarsi efficace nei confronti tutti i lavoratori interessati e non solo di quelli aderenti all'accordo cfr. Cass. 22 giugno 1992, n. 7593.

di essere estesa, con l'entrata in vigore della l. n. 92/2012, alla revoca che intervenga oltre il termine di cui all'art. 18, comma 10, St. Lav. con riferimento a tutte le ipotesi in cui, in base al regime sanzionatorio applicabile ex art. 18 St. Lav., il costo, in termini di risarcimento del danno o di indennità risarcitoria, derivante dall'illegittimità del licenziamento sia per il datore di lavoro superiore all'ammontare del risarcimento del danno calcolato secondo i principi del diritto comune per il periodo intercorso tra il licenziamento e la revoca.

La giurisprudenza ha escluso il diritto del lavoratore al risarcimento del danno nella misura minima prevista dal previgente art. 18, comma 2, St. Lav. in pochissimi casi e con argomentazioni molto discutibili. Secondo tale minoritario orientamento, infatti, l'esistenza di un collegamento funzionale della condanna risarcitoria rispetto a quella reintegratoria, preclude al lavoratore, che, avendo accettato la revoca, non possa chiedere o, comunque, non possa ottenere una condanna alla reintegrazione, di agire per conseguire un risarcimento del danno in misura superiore a quello dovutogli secondo i principi del diritto comune: il risarcimento nella misura minima delle cinque mensilità viene, per questo, negato nelle ipotesi in cui il rapporto di lavoro non abbia mai avuto alcuna soluzione di continuità perché la revoca è intervenuta subito dopo il licenziamento¹⁹⁰ o a poca distanza di tempo dallo stesso¹⁹¹, sul presupposto che il venir meno *ex tunc* del fatto generatore del danno elimini alla radice la possibilità di configurare un danno da licenziamento illegittimo.

Per quanto, invece, concerne il diritto del lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, la giurisprudenza, valorizzando la reintegrazione ex art. 18 St. Lav. quale oggetto di un'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore, che presuppone l'attualità dell'obbligazione principale, ha costantemente affermato che il lavoratore conserva il diritto di esercitare l'opzione solo qualora non accetti la proposta di revoca del licenziamento formulata dal datore di lavoro¹⁹²: con l'accettazione della proposta di revoca, viceversa, il lavoratore perde il diritto di opzione, avendo con essa espresso una volontà incompatibile con la rinuncia alla prosecuzione della rapporto stesso¹⁹³. Nessuna ragione ostativa si ravvisa rispetto all'applicazione di tali principi alla revoca che intervenga oltre il termine previsto dall'attuale art. 18, comma 10, St. Lav. rispetto ad un licenziamento cui siano applicabili i regimi sanzionatori previsti, rispettivamente, dai primi tre commi e dal quarto comma della medesima disposizione, gli unici che ancora prevedono il diritto del lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto evidenziato, emerge chiaramente la rilevanza della disciplina della revoca introdotta dall'art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92/2012: il datore di lavoro può revocare unilateralmente il licenziamento intimato, riconoscendo al lavoratore la mera ricostituzione del rapporto e la rimozione dei pregiudizi ad esso effettivamente conseguiti senza che il medesimo possa godere del trattamento di miglior favore derivante dall'applicazione delle sanzioni conseguenti all'illegittimità del licenziamento. Si realizza in questo modo una sensibile riduzione dei costi del ripensamento del datore di lavoro, nella maggior parte dei casi conseguente all'acquisizione della consapevolezza dei vizi formali o procedurali del licenziamento intimato a seguito dell'impugnazione dello stesso.

¹⁹⁰ Trib. Torino 30 settembre 2002, in *Giur. piem.*, 2003, 371; Cass. 19 giugno 1993, n. 6837; Cass. 25 maggio 1991, n. 5969, in *Foro it.*, 1992, I, 2494 e in *Mass. giur. lav.*, 1991, 422.

¹⁹¹ Cass. 4 ottobre 1995, n. 10408, in *Giur. it.*, 1997, I, 835, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 636, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 242, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, 182 e in *Lav. giur.*, 1996, 429.

¹⁹² Cass. 3 gennaio 2011, n. 36; Trib. Milano 24 febbraio 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, I, 185; Cass. 13 giugno 2002, n. 8493, in *Not. giur. lav.*, 2003, 85; Cass. 16 settembre 2000, n. 12260, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2000, 1003; Cass. 12 giugno 2000, n. 8015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 358; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10283, in *Foro it.*, 1999, I, 121; Cass. 3 agosto 1998, n. 7617; Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, cit.

¹⁹³ Trib. Milano 6 febbraio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, 1028; Corte Cost. (ord.) 22 luglio 1996, n. 291, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 49, in *Lav. giur.*, 1997, 1021, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 489 e in *Not. giur. lav.*, 1996, 576; Cass. 21 dicembre 1995, 13047, cit.

DECORRENZA ED EVENTI SOSPENSIVI DEL NUOVO LICENZIAMENTO

di Marco Frediani – *Avvocato in Vasto*

La decorrenza del licenziamento

Il comma 41 dell'art. 1 della L. 92/2012 ha introdotto una nuova disciplina relativamente a decorrenza ed eventi sospensivi del licenziamento sia esso disciplinare che per motivi oggettivi.

Il primo decorre dal ricevimento della lettera di contestazione disciplinare in quanto con questa ha origine il “procedimento” di cui parla il comma in esame. Pertanto il provvedimento espulsivo d'ora in poi acquisisce valore retroattivo a far data dalla contestazione indipendentemente dall'eventuale sospensione cautelativa comminata.

Nel caso di giustificato motivo oggettivo, invece, il licenziamento decorre dalla data di avvio della procedura di preavviso di licenziamento introdotta dal comma 40 dell'art. 1 e valida per le realtà produttive dell'ex area di stabilità reale, e per il caso di suo esito negativo.

Tale effetto “retroattivo” ha imposto di considerare come valido, ai fini del computo del preavviso lavorato il periodo intercorrente tra la comunicazione di inizio delle procedure e la loro conclusione in termini non conservativi.

Gli eventi sospensivi del licenziamento

La nuova legge ha inoltre previsto che gli unici effetti sospensivi su entrambe le tipologie di recesso datoriale siano determinati dai casi disciplinati dalla normativa a tutela della maternità e paternità e dagli infortuni sul lavoro. In modo implicito è stata introdotta un'importante innovazione: non è infatti ricompreso tra gli effetti sospensivi l'eventuale stato di malattia che molto spesso veniva giocato come forma estrema di difesa economica per traguardare il completo esaurimento del periodo di comporta.

Oggi, pertanto, nessuna malattia può determinare un effetto sospensivo sull'operato recesso. Sebbene il dettato normativo non brilli di chiarezza, una lettura che mantenga intatta l'operatività dell'art. 2110 cc impone di limitare l'efficacia dell'innovazione, ovvero dell'inoperatività dell'effetto sospensivo della malattia, a quella che intervenga successivamente all'attivazione dei procedimenti di recesso datoriale. In sostanza è esclusa la sospensione dell'efficacia del licenziamento nel caso di malattia sopravvenuta in corso di procedura sia essa disciplinare o di preavviso di licenziamento oggettivo. Ciò per evitare che tali procedure “garantiste” possano compromettere i diritti datoriali con la prevedibile conseguenza che i lavoratori coinvolti possano porsi in malattia prima della scadenza del termine del procedimento.

Ma vi sono una serie di distinguo e precisazioni da operare in ragione della tipologia di recesso datoriale.

Infortunio ed effetto sospensivo anche per evento non imputabile al datore

Nel regime previgente né la malattia né l'infortunio determinavano la sospensione del licenziamento nel caso in cui fosse stato intimato per giusta causa. Il comma 41, invece, prevede che l'infortunio, in quanto qualificato impedimento, sospenda gli effetti del licenziamento indifferente in qualsiasi caso di recesso datoriale. Tale innovazione introduce un'instabilità nel sistema in quanto la giurisprudenza aveva costantemente ammesso l'immediata efficacia del recesso nel caso in cui fosse stato comminato per giusta causa. È pur vero che l'immediata efficacia del licenziamento veniva mitigata nell'ipotesi in cui fosse imputabile al datore l'evento che aveva dato origine all'infortunio nel qual caso riacquistava effetto sospensivo; nel nuovo assetto, però, non si distingue tra evento imputabile e non imputabile e pertanto il lavoratore raggiunto dalla contestazione o dal preavviso di licenziamento può sospendere gli effetti ponendosi in infortunio anche per eventi non imputabili alla parte datoriale. Tale impianto reintroduce una variabile incontrollabile che vanifica, se non tutto in parte, l'intento di neutralizzare l'uso distorto della malattia.

Di conseguenza anche il licenziamento per giusta causa rimarrebbe “sospeso” sino al termine dell'infortunio ed all'esaurimento del periodo di comporta.

Eventi sospensivi e modifica del D.Lgs. n. 151/2001

Il nuovo disposto normativo prevede espressamente che il licenziamento rimanga altresì sospeso nei periodi di interdizione per maternità o paternità. L'istituto della sospensione viene ad innovare e modificare il divieto di licenziamento disciplinato dall'art. 54 del D.Lgs. 151/2001. Ed infatti tale norma prevedeva che il licenziamento intimato nei periodi di "copertura" di legge fosse sanzionato con la nullità (comma 5°). Tale sanzione travolgeva l'atto risolutivo e la volontà datoriale di risolvere il contratto.

Ad una prima lettura la riforma Fornero sembrerebbe avvalorare la tesi secondo la quale la ricorrenza dei casi tutelati dal dlgs 151/2001 determinerebbe la semplice sospensione del recesso datoriale con persistenza di validità dell'atto giuridico risolutivo e semplice differimento dei suoi effetti. Di conseguenza il licenziamento in questi casi rimarrebbe valido assumendo una temporanea inefficacia sino alla fine del periodo di legge (sia esso il termine d'interdizione dal lavoro o il compimento di un anno del bimbo). Così pure rimarrebbe efficace ma temporaneamente sospeso il licenziamento comminato nel periodo di fruizione del congedo parentale o di malattia del bimbo (comma 6) o di adozione o affidamento (comma 9).

Ciò nonostante non può ritenersi superato il comma 6 dell'art. 54 in quanto il licenziamento rappresenterebbe in ogni caso una forma di rappresaglia discriminatoria.

Nella sostanza l'impianto Fornero consentirebbe di licenziare legittimamente, senza alcun rispetto di termine, anche la lavoratrice in stato di gravidanza e/o comunque il genitore con figlio di età inferiore ad un anno, persino nel caso in cui non si tratti di giusta causa o di cessazione dell'attività aziendale e quindi nelle ipotesi di giustificato motivo soggettivo o oggettivo, sebbene il recesso rimanga temporaneamente sospeso sino all'esaurimento dei termini previsti dal d.lgs 151/2001.

Si argomentando le disposizioni dell'art. 54, che sanciscono la nullità dei licenziamenti, risulterebbero implicitamente abrogate. Cosicché le originarie eccezioni al divieto di licenziamento disciplinato dal comma 3 dell'articolo 54 D.Lgs. 151/2001 (colpa grave, cessazione dell'attività aziendale, ultimazione prestazione per la quale la lavoratrice stata assunta scadenza del termine, esito negativo alla prova) manterrebbero la loro valenza di eccezione, non più al divieto di licenziamento ma, all'effetto sospensivo nella misura in cui nell'art. 54 la parola "divieto" fosse sostituita con quella di "sospensione".

Nel caso si volesse, invece, ritenere che l'effetto sospensivo introdotto riguardi unicamente gli eventi sopravvenuti ai procedimenti di licenziamento (siano essi per giustificato motivo oggettivo o per motivi disciplinari) e che il divieto assoluto disciplinato dall'articolo 54 rimanga fermo negli altri casi, risulterebbe superfluo all'interno del comma 41 il richiamo del Dl 151/2001 atteso che il licenziamento al termine del periodo divieto può essere regolarmente comminato o rinnovato e risulterebbe erroneo il richiamo ad effetti sospensivi che il citato decreto non contempla.

A parte tale inspiegabile discrasia, l'aspetto della riforma qui commentato non risulta, in ogni caso, rispettoso dei principi giuridici fissati dalla Corte Costituzionale che, con sentenza n. 61 dell'8 febbraio 1991, aveva a suo tempo abrogato l'art. 2 della L. 30.12.1971 n.1204 *"nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia anziché la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e maternità"*.

Pertanto se il comma 41 dell'art. 1 scontasse la lettura sopra passata in rassegna sarebbe nato sicuramente incostituzionale. In questi casi la sospensione del licenziamento è inipotizzabile in ragione del pronunciamento della Corte Costituzionale che ha ispirato la nuova formulazione articolo 54 del D.Lgs. 151/2001 che ha sostituito l'originario articolo 2 della L. 1204/1971.

Si può ipotizzare che il riferimento al D.Lgs. 151/2001 rappresenti un semplice errore di ridondanza del testo, perché formulato in negativo, laddove ha inteso implicitamente escludere l'effetto sospensivo della malattia sopravvenuta non enumerandola tra gli eventi che lo provocherebbero.

Ciò nonostante dovendo trovare un significato al richiamo al testo unico, che diversamente risulterebbe assolutamente inopportuno e privo di effetti, si può ipotizzare che questo intenda

sempre riferirsi ai casi “sopraggiunti” nel corso del procedimento di preavviso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ed infatti, essendo il licenziamento disciplinare già normato dal comma 3 dell'articolo 54 con espressa sua ammissibilità e legittimità indipendentemente dallo stato della lavoratrice purché questa si sia macchiata di una colpa particolarmente qualificata (“grave”), rimane da indagare la residua fattispecie del licenziamento per motivi oggettivi. In questi casi, e nel corso di pendenza di procedura di preavviso di licenziamento con durata complessiva verosimilmente non più breve di 30 giorni, potrebbe teoricamente sopraggiungere una maternità o un’adozione od un affidamento. In queste ipotesi residuali, e francamente di nicchia, il licenziamento sarebbe valido ma la sua efficacia rimarrebbe sospesa dalla sopravvenienza delle condizioni d’interdizione e sino ad esaurimento del termine di tutela. Non vi sarebbero timori per eventuali profili d’incostituzionalità della norma in ragione del fatto che così interpretata andrebbe a disciplinare un momento successivo a quello tutelato dall’art. 54 nel suo comma 2 e pertanto risulterebbe di sicura miglior tutela.

Malattia e dimissioni

Avendo espressamente disciplinato gli effetti per quanto riguarda il recesso datoriale, si deve supporre che la malattia continui a esercitare effetti sospensivi del preavviso nel caso di dimissioni. Ed infatti l’inoperatività dell’effetto sospensivo ha valore all’interno di precise procedure di procedimentalizzazione del recesso datoriale e la norma, in quanto di natura speciale, non è applicabile analogicamente.

Personale dirigenziale

La nuova disciplina, sebbene limitata ai datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui all’art. 18, 8° comma SdL, si ritiene applicabile anche al personale dirigenziale con parificazione della procedura del licenziamento disciplinare a quello per altre motivazioni in ragione dell’estensione delle garanzie dell’articolo 7 SdL e della procedimentalizzazione del potere di recesso datoriale a seguito della sentenza della Cassazione 3 aprile 2003 n. 5213.

LICENZIAMENTI COLLETTIVI

di Luigi Angioli – già Professore ordinario nell'Università di Parma

Le modifiche apportate dalla legge n. 92/2012 (c.d. legge Fornero) alla legge n. 223/1991 riguardano essenzialmente alcuni profili formali della procedura di licenziamento collettivo.

Si tratta di 'aggiustamenti' che il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, consolidatisi negli anni, caratterizzati da rigore formale assai accentuato.

Tale rigore formale, talvolta sfociato in deteriore formalismo, si spiegava (e si spiega ancora in parte, alla luce delle novità legislative di cui ci occupiamo) considerato che - come è noto - l'unica tutela accordata ai lavoratori nella procedura di licenziamento collettivo (e di messa in mobilità) è quella di tipo formale e procedimentale, essendo escluso il sindacato del Giudice sulle scelte del datore di lavoro a sostegno del licenziamento collettivo¹⁹⁴.

Le principali modificazioni riguardano gli artt. 4 e 5 della legge n. 223/1991, disciplinanti la procedura per la dichiarazione di mobilità e sono contenute nei commi 44, 45, 46 dell'art. 1 della legge in commento.

Comunicazioni finali: eliminazione della contestualità

La prima modifica concerne il nono comma del citato art. 4, nel quale si prevedeva la contestualità della comunicazione individuale ("a ciascuno di essi") del recesso dei lavoratori posti in mobilità con la comunicazione dell'elenco dei lavoratori (unitamente a tutte le altre specifiche indicazioni previste dalla legge) "alla direzione regionale del lavoro competente, alla commissione regionale per l'impiego, e alle associazioni di categorie di cui al comma 2".

Il comma 44 in esame ha eliminato la contestualità prevedendo, per l'invio della suddetta comunicazione, il termine di sette giorni dalla intimazione del recesso individuale a ciascun lavoratore coinvolto nella procedura.

L'intervento del legislatore pare a chi scrive opportuno e tale da ridurre drasticamente - si auspica - il contenzioso (abbastanza copioso), sul concetto di "contestualità"¹⁹⁵.

Con la nuova formulazione si è stabilito un termine, ragionevolmente breve, per la comunicazione agli uffici pubblici e alle associazioni sindacali: il che certamente serve (servirà) a fare chiarezza potendosi solo discutere sul rispetto, o non, del detto termine, ferme restando le conseguenze relative alla mancata osservanza del termine, di cui si dirà.

Comunicazione di apertura della procedura: sanatoria dei vizi

L'innovazione, prevista dal comma 45 in esame, anch'essa riguardante aspetti formali, appare di notevole portata, essendo stata introdotta una sanatoria dei vizi relativi alla comunicazione di apertura della procedura di mobilità, prevista dal 2° comma dell'art. 4 della legge n. 223/1991.

Su detta comunicazione il dibattito dottrinario è stato notevole e l'elaborazione giurisprudenziale assai sofferta, come accade spesso per le questioni formali e procedimentali¹⁹⁶.

¹⁹⁴ La letteratura sul tema è sterminata. Mi limito, in questa sede, al richiamo dei recentissimi contributi di Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, p. 70, con ampi richiami di giurisprudenza, e di Mazzotta, voce *Licenziamento collettivo*, in *Enc. dir. annali Vol. V*, Milano 2012, p. 778 e ss. con ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

¹⁹⁵ Sul punto, con riferimento al testo dell'art. 15 del disegno di legge n. 3249 presentato al Senato, v. Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro* in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 494, il quale ritiene l'innovazione ispirata da una "logica di semplificazione" reputando sproporzionata l'invalidazione dell'intera procedura per la non perfetta coincidenza temporale delle comunicazioni finali. Su posizione ancor più favorevole all'eliminazione della regola della contestualità è Vallebona, *La riforma del lavoro 2012, cit.*, pp. 67 e 68, il quale ritiene la modificazione "ragionevole" "poiché il breve lasso di tempo di una settimana non pregiudica né i sindacati né i lavoratori licenziati". In giurisprudenza, *ex multis*, sulla necessità della contestualità cfr. Cass., 1 dicembre 2010, n. 24341.

La disposizione in esame interviene sulla questione più controversa: quella riguardante la sussistenza di vizi nella comunicazione di apertura della procedura di mobilità, conclusasi con un accordo sindacale. La giurisprudenza largamente maggioritaria riteneva tali vizi non sanabili con l'accordo sindacale.¹⁹⁷

Siffatto orientamento era stato oggetto di critiche da parte di coloro i quali ritenevano che la *ratio* della comunicazione di apertura fosse di portare a conoscenza delle associazioni sindacali le ragioni datoriali a sostegno del licenziamento collettivo (e quindi della messa in mobilità) e di fornire un quadro della situazione aziendale, sotto il profilo occupazionale, con l'indicazione del personale occupato e di quello ritenuto "eccedente".

Pertanto, si riteneva, da parte dei critici dell'indirizzo giurisprudenziale dominante, che le eventuali carenze della comunicazione di apertura della procedura potessero essere sanate durante le consultazioni sindacali sfociate in un accordo sindacale, essendo assai improbabile che le associazioni sindacali, nell'ambito del confronto con il datore di lavoro non richiedessero le informazioni su quanto indicato nel comma 2 dell'art. 4 citato, specialmente (e soprattutto) nelle ipotesi di raggiungimento dell'accordo¹⁹⁸.

La questione sembra ora essere stata risolta, essendo stata prevista espressamente l'efficacia sanante dell'accordo sindacale.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo - è appena il caso di rilevarlo - il tema dei vizi rimane immutato con tutte le questioni circa i requisiti essenziali per la validità e l'efficacia della comunicazione iniziale della procedura¹⁹⁹.

Peraltro, la norma in esame nulla specifica in ordine all'accordo sindacale ("nell'ambito di un accordo sindacale").

Mi pare che i caratteri dell'accordo sindacale, avente efficacia sanante, non possano che essere quelli dell'accordo già previsto e disciplinato dall'art. 4²⁰⁰.

Ci si può chiedere se debba trattarsi di un accordo *ad hoc*, avente ad oggetto la sanatoria dei vizi o se, viceversa, l'accordo, avente efficacia sanante, possa essere incluso nell'ambito dell'accordo di chiusura della procedura di messa in mobilità.

È da ritenere irrealistico (o quasi) che "nel corso della procedura" si giunga ad un accordo collettivo con efficacia sanante in ordine ai vizi della comunicazione iniziale e che, di poi, non si arrivi all'accordo sindacale conclusivo²⁰¹.

Resta il problema di fondo relativo agli accordi sindacali stipulati soltanto da alcune organizzazioni sindacali con l'opposizione (esplicita o implicita) di altre.

¹⁹⁶ V., da ultimo, Mazzotta, voce *Licenziamento collettivo*, cit., 778 e ss. con ampi riferimenti dottrinari e giurisprudenziali.

¹⁹⁷ V. recentemente, Cass., 6 aprile 2012, n. 5582, in *Foro It.*, 2012, I, 1734; Cass., 21 settembre 2011, n. 19283 in *Foro it.*, 2011, I, 2963 con nota di richiami.

¹⁹⁸ In tal senso, da ultimo, Mazzotta, voce *Licenziamento collettivo*, cit., 784, ivi richiami.

¹⁹⁹ Cfr. Cass., 22 giugno 2012, n. 10424, *Juris Data*; Cass. 20 giugno 2012, n. 10126, *Juris Data*; Cass. 31 maggio 2012, n. 8699, *Juris Data*.

²⁰⁰ F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 548, reputa che l'accordo debba "essere fatto con i soggetti di cui al comma 2 e prima della conclusione della procedura ai sensi del comma 9".

²⁰¹ Mi pare condivisibile la posizione di Vallebona, *La riforma del lavoro*, 2012, cit., 66 e 67, circa la necessità dell'espresso richiamo, nell'accordo sindacale, alla sanatoria dei vizi, non essendo sufficiente, all'uopo, l'accordo sindacale, a chiusura della procedura, senza riferimento ai vizi sanati.

V. inoltre, Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 452 ss, il quale - dopo avere posto in evidenza l'incertezza interpretativa sul punto - osserva che molto probabilmente nella pratica saranno frequenti prudenziali clausole con le quali "le parti stipulanti si daranno reciprocamente atto della volontà di sanare ogni relativo errore" (op. cit., 454).

Il problema è stato al centro di dibattito: le soluzioni divergenti sono essenzialmente due. Secondo la prima, l'accordo collettivo, gestionale avrebbe efficacia soggettiva generalizzata per tutti i dipendenti.

Secondo altra tesi, l'accordo vincolerebbe soltanto i sindacati stipulanti e i relativi iscritti, ma non i sindacati (e i lavoratori ad essi iscritti) dissenzienti.

La prima tesi pare più persuasiva alla luce della nota sentenza della Consulta (n. 268/1994) che - come è stato condivisibilmente osservato - ha sdrammatizzato la rilevanza pratica della questione, non riconoscendo agli accordi sindacali, concernenti i criteri di scelta, la natura di contratti collettivi normativi e, quindi, negando la sussistenza di un potere sindacale di deroga a norma imperativa (criteri legali)²⁰².

Conseguenze dei vizi formali e procedurali

Il comma 46, sostitutivo del 3° comma dell'art. 5 della legge n. 223/1991, disciplina le conseguenze della violazione delle regole formali e procedurali poste a presidio dei licenziamenti collettivi.

Le soluzioni del legislatore appaiono compromissorie poiché, da un lato, si è mantenuto fermo il principio della tutela solo sul piano formale e procedimentale, dall'altro, sono state salvaguardate le posizioni (e i diritti) dei lavoratori destinatari di licenziamenti attuati in violazione dei criteri di scelta.

Giova ricordare che il legislatore del 1991, nella legge n. 223 all'art. 5, aveva previsto l'inefficacia per i vizi attinenti alla procedura della messa in mobilità mentre la violazione dei criteri di scelta era stata sanzionata con l'annullabilità.

Le conseguenze dell'accertamento giudiziale dell'inefficacia e quelle dell'annullamento erano le medesime: l'applicazione dell'art. 18 legge n. 300/1970.

La nuova disciplina, introdotta dalla legge in commento, prevede sanzioni differenziate con riguardo alle violazioni formali, a quelle procedurali e a quelle concernenti la violazione dei criteri di scelta, di cui ci si occuperà oltre.

La nuova normativa ha mantenuto fermo il regime sanzionatorio precedente per quanto riguarda il licenziamento orale stabilendo la tutela 'forte' prevista dal 1° comma del novellato art. 18 legge n. 300/1970, relativa al licenziamento discriminatorio, che prevede la reintegrazione nel posto di lavoro.

Viceversa, per le violazioni formali, concernenti le comunicazioni di apertura e chiusura della procedura, il legislatore del 2012 ha innovato significativamente 'sanzionando' tali violazioni in modo meno grave rispetto al precedente regime.

A tali conclusioni si giunge sulla base del disposto del comma 46 che ha innovato la disciplina delle conseguenze dei vizi procedurali dell'art. 4 ("in caso di violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12").

Non è facile (a dir poco) per l'interprete, a fronte di un dettato normativo contorto e approssimativo, giungere ad un'esegesi che abbia un senso compiuto e sia in linea con il nuovo 'sistema' in materia di licenziamenti.

Pare a chi scrive che con la poco felice espressione "violazione delle procedure richiamate dall'art. 4 comma 12" (s'intende della legge n. 223/1991), il legislatore si riferisca alla procedura disciplinata dall'art. 4 a partire dalla comunicazione iniziale, per passare alla consultazione sindacale (con l'eventuale intervento dell'autorità pubblica) sino alle comunicazioni finali²⁰³.

²⁰² Mazzotta, voce *Licenziamento collettivo*, cit., 784. Con riferimento alla nuova legge, in tal senso, Vallebona, *op. cit.*, 67.

²⁰³ Vallebona distingue tra vizi formali e vizi procedurali, sostenendo che solo per questi ultimi vi sarebbe la tutela indennitaria (*op. cit.*, 68).

Sicché si può arrivare a concludere che, in caso di vizi formali e procedurali della procedura disciplinata dall'art. 4 legge n. 223/1991, "si applica il regime di cui al terzo periodo del settimo comma del predetto art. 18". A prescindere dalla tortuosità dell'espressione adoperata dal legislatore, - tortuosità che caratterizza l'intera novellazione dell'art. 18 legge n. 300/1970 - il regime cui si fa riferimento, nel comma 46, è quello relativo al quinto comma del nuovo art. 18, che prevede esclusivamente la tutela risarcitoria con la condanna del datore di lavoro al pagamento, a favore del lavoratore, di un'indennità in misura variabile da un minimo di dodici ad un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Sicché il nuovo regime sanzionatorio dei vizi formali e procedurali - esclusa la carenza di forma scritta, di cui si è detto, e la violazione dei criteri di scelta, di cui si dirà - prevede una tutela minore rispetto al passato, essendo stata esplicitamente esclusa la sanzione dell'inefficacia del recesso ed introdotta una sanzione esclusivamente risarcitoria (con *quantum* predeterminato da un minimo ad un massimo, come si è visto).

Tale scelta legislativa può trovare spiegazione ove si ponga mente ai molti casi nei quali la messa di mobilità è stata travolta e vanificata dall'accertamento giudiziale di vizi formali riguardanti le comunicazioni di apertura e di chiusura del procedimento²⁰⁴.

Si è quindi inteso, in relazione a ciò, al fine di evitare effetti talvolta disastrosi, discendenti dalla declaratoria di inefficacia, cristallizzare le conseguenze sul piano economico attraverso la previsione di una misura risarcitoria.

La soluzione accolta dal legislatore nel 2012 per i vizi formali della procedura della messa in mobilità è in linea, dal punto di vista sistematico, con quanto previsto in ordine ai vizi formali dei licenziamenti individuali, l'accertamento dei quali è disciplinato dal 6° comma del novellato art. 18.

Anche per i vizi formali dei licenziamenti individuali la sanzione è risarcitoria, essendo prevista un'indennità con determinazione variabile da un minimo di 6 ad un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di fatto. Quest'ultima innovazione è di grande rilevanza, avendo il legislatore optato per una tutela ridotta (rispetto al precedente regime nel quale i vizi formali della procedura di cui all'art. 7 legge n. 300/1970 erano sanzionati con l'inefficacia) in tal modo privilegiando la sostanza rispetto alla forma. Senza entrare nell'esame di quest'ultima innovazione, trattata a parte in questo commentario, giova rilevare che la minore tutela prevista per i licenziamenti viziati formalmente non impedisce al lavoratore di chiedere al Giudice una pronuncia sulla sostanza (sussistenza o non di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo del licenziamento impugnato). Ed è facilmente prevedibile che le domande del lavoratore, nelle cause relative all'impugnazione del licenziamento individuale, riguarderanno spesso sia la forma che la sostanza con i conseguenti non facili problemi in tema di rapporto tra la domanda principale e quella subordinata. In casi estremi potrebbe accadere che il lavoratore chieda esclusivamente la "sanzione" prevista dal legislatore in caso di accertamento di vizi formali. Il che potrebbe verificarsi qualora la sussistenza della giusta causa sia indiscutibile (anche per il lavoratore: il che è realisticamente assai improbabile per non dire quasi impossibile). In tali casi verrebbe sanzionato il vizio formale, senza entrare nel merito del licenziamento.

Ciò spiega la sanzione prevista (da 6 a 12 mesi) per i vizi formali e procedurali del licenziamento individuale non soltanto con riferimento alla situazione *ante* riforma del 2012 ma anche con riguardo alla sanzione prevista per i vizi formali della procedura riguardante i licenziamenti collettivi ove l'indennità risarcitoria è raddoppiata (da 12 a 24 mensilità, come già detto).

Tale differente trattamento si spiega agevolmente con riferimento alla diversità di funzione della procedura del licenziamento collettivo rispetto a quello individuale²⁰⁵.

²⁰⁴ Cfr. *ex multis*, Cass. 5 aprile 2011, n. 7744, *Juris Data*; Cass. 28 ottobre 2009, n. 22825, *Juris Data*; Cass. 16 marzo 2007, n. 6225, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 1, II, 197.

Violazione dei criteri di scelta: conseguenze

Come si è accennato sopra, la violazione dei criteri di scelta comporta per il lavoratore il diritto alla tutela reintegratoria, prevista dal comma 4 dell'art. 18 novellato.

Sicché, in ipotesi di violazione dei criteri legali o convenzionali (frutto di accordo sindacale) il lavoratore potrà ottenere dal Giudice la reintegrazione e una indennità risarcitoria non superiore a 12 mensilità di retribuzione oltre alla regolarizzazione contributiva dal licenziamento sino alla reintegrazione.

A parte il tetto della misura risarcitoria (12 mensilità), il regime previsto per l'accertata violazione dei criteri di scelta non si discosta dalla precedente disciplina.

La tutela reintegratoria trova (e trovava anche nella precedente disciplina) la propria fondamentale ragione d'essere nell'esigenza di garantire il diritto del singolo lavoratore - ingiustamente coinvolto nel licenziamento collettivo al posto di un altro - al proprio posto di lavoro.

Certo, come è stato puntualmente osservato, la materia dei criteri di scelta, oggetto di un vasto contenzioso, è rimessa ad una grande discrezionalità valutativa da parte del Giudice²⁰⁶.

Le difficoltà di trovare la giusta misura nell'individuazione di criteri di scelta convenzionale (e per l'applicazione degli stessi) comportano lo spostamento dei problemi dal piano collettivo a quello individuale con relative situazioni di incertezza per il datore di lavoro, esposto ad azioni individuali dei lavoratori licenziati.

Al fine di eliminare l'incertezza è assai probabile che la procedura di mobilità, come è avvenuto sovente sinora, avrà un'appendice costituita da una conciliazione individuale, raggiunta in sede sindacale, a mezzo della quale si chiude definitivamente il rapporto con l'assegnazione di un incentivo al lavoratore²⁰⁷.

Resta in vigore l'art. 17 della legge n. 223/1991, che prevede la possibilità (facoltà) del datore di lavoro - in ipotesi di reintegrazione di lavoratori per violazione dei criteri di scelta - di licenziare "un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori reintegrati senza dovere esperire una nuova procedura, dandone previa comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali".

Come è noto, la norma ora richiamata ha avuto assai scarsa applicazione in ragione soprattutto, ma non solo, dei tempi lunghi delle cause di lavoro.

È probabile che, come è stato bene osservato²⁰⁸, con il nuovo assetto legislativo (sostanziale e processuale) i datori di lavoro si avvalgano di detta possibilità, integrando il contraddittorio con i soggetti (o il soggetto) potenzialmente coinvolti nella procedura.

Termini per l'impugnazione del licenziamento

Il comma 46 termina con la previsione relativa all'impugnazione del licenziamento, in relazione alla quale vi è il richiamo espresso "all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966 e successive modificazioni".

Sicché anche il licenziamento collettivo (*melius* il licenziamento individuale intimato al termine della procedura) dovrà essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni (sin qui nulla di nuovo rispetto al passato: v. art. 5, comma 3, legge n. 223/1991) e la relativa azione avanti il Giudice dovrà essere proposta nei centoottanta giorni successivi, come previsto dal comma 38 dell'art. 1 della legge in commento.

²⁰⁵ Cfr. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 68 pone in luce soprattutto la differente funzione tra il licenziamento collettivo - che assicura una tutela sindacale ai lavoratori attesa l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali - rispetto a quello individuale per giustificato motivo oggettivo in relazione al quale è prevista una procedura preventiva a fini conciliativi.

²⁰⁶ Ferraro, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 494.

²⁰⁷ Sia consentito il rinvio ad Angiello, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, in Scritti in memoria di Salvatore Hernandez, in *Dir. lav.*, 2004, I, 956.

²⁰⁸ Vallebona, *op. cit.*, 69.

Parte II

**CONTRATTI, AMMORTIZZATORI,
POLITICHE ATTIVE**

CONTRATTI, AMMORTIZZATORI, POLITICHE ATTIVE

CONTRATTO A TERMINE: NUOVE REGOLE

di Luigi Menghini - *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste*

La legge n. 92/2012 introduce varie novità nella disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato.

Novità importanti

La più importante è costituita dall'ampia apertura nei confronti del primo contratto a termine di durata non superiore ai 12 mesi. Una seconda apertura, meno importante, è ravvisabile nell'ampliamento del periodo di tempo entro il quale la prosecuzione di fatto delle prestazioni di lavoro oltre la scadenza del termine non produce effetti sulla "conversione" del rapporto. A tali due maggiori possibilità di accedere all'occupazione per il tramite del contratto in esame si contrappone il restringimento delle possibilità di riassumere a termine lo stesso lavoratore, attuato sia attraverso l'ampliamento degli intervalli di tempo da osservarsi tra un contratto e l'altro (art. 1, comma 10, lett. g¹), sia mediante l'inclusione nel noto limite dei 36 mesi dei "periodi di missione" per mansioni equivalenti (lett. i) del comma 9 dell'art. 1). Un ulteriore 'freno' generale nei confronti di tutti i contratti non a tempo indeterminato è costituito dall'aggravio contributivo dell'1,4%, parzialmente restituibile in caso di conversione del rapporto².

Queste norme dovrebbero dar corpo ai principi ispiratori della legge che, per la materia qui considerata, si possono riassumere, da un lato, nella volontà di favorire "l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili" e di contrastare "l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità", senza però rinunciare alla creazione di occupazione precaria di qualità; dall'altro, nel dare avvio ad "una apertura sulla flessibilità in uscita", e cioè ad una attenuazione delle conseguenze previste a carico del datore di lavoro per l'ipotesi di licenziamento illegittimo³.

Le altre novità hanno una portata più circoscritta: è stato giustamente ampliato il termine di decadenza entro il quale si deve impugnare la nullità del termine apposto al contratto di lavoro, mentre è stato accorciato, in modo ancora una volta condivisibile, quello per la proposizione dell'azione giudiziaria; è stata introdotta una interpretazione autentica, nel senso affermato dalla

¹ Va segnalato, peraltro, che le Commissioni Finanze e Attività produttive della Camera il 17 luglio 2012, discutendo del "decreto sviluppo" hanno approvato una serie di modifiche alla Legge Fornero (già annunciate all'atto della sua approvazione), tra le quali compare, a quanto risulta, la possibilità per la contrattazione collettiva di accorciare senza troppi vincoli i periodi di interdizione tra un contratto e l'altro.

² V. i commi 28 ss. dell'art. 2 della Riforma in esame. Chi scrive è sempre stato contrario a norme di questo tipo e si condividono i giudizi già espressi nei confronti di quella in esame, sia in termini di contraddittorietà rispetto alla riconosciuta funzione del contratto a tempo determinato (v. M. Magnani, *La riforma del mercato del lavoro*, Intervento al seminario *La riforma del mercato del lavoro*, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma 3, 13 aprile 2012, 4), sia in termini di inutilità rispetto al giudizio datoriale sulle capacità del lavoratore (v. F. Carinci, *Complimenti, dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, 540).

³ Per una simile ricostruzione degli obiettivi indicati nel comma 1 dell'art. 1 della legge v. F. Carinci, *op. cit.*, p. 538, per il quale, in sostanza, il legislatore ha inteso effettuare una duplice manovra: depurare la flessibilità in entrata (lasciando passare quella buona e bloccando quella cattiva, costretta a riemergere nelle tipologie dell'apprendistato e del contratto a tempo indeterminato) ed ampliando la flessibilità in uscita. Anche per A. Vallebona, *La Riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, Cap. I, § 3, l'idea originaria era quella di allentare la 'stretta' sui licenziamenti per accrescere la propensione delle imprese alle assunzioni a tempo indeterminato e far diminuire il dualismo delle tutele; in seguito, tuttavia, i passi in dietro sulla riduzione della protezione del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo hanno determinato una parallela frenata sulle restrizioni nei confronti dei contratti flessibili, compreso quello a termine.

Cassazione e dalla maggioranza delle sentenze di merito, delle disposizioni di cui al 5° comma dell'art. 32 della legge n. 183/2010 in tema di conseguenze economiche derivanti dalla "conversione" del contratto a tempo determinato. Indirettamente rilevanti rispetto al possibile maggior utilizzo del lavoro a tempo determinato sono pure l'eliminazione dell'istituto del contratto di inserimento (art. 1, comma 14, della legge in esame) e l'accentuazione della scarsa pregnanza della formazione nell'ambito del contratto di apprendistato (art. 1, comma 16 ss. della stessa).

Nelle pagine che seguono si cercherà di mettere a fuoco il significato più preciso delle innovazioni sin qui riassunte ed alcuni dei problemi interpretativi cui esse danno vita. All'esito di questa analisi sarà più chiara la portata effettiva di queste novità, che sin d'ora sembrano importanti e tutto sommato positive, ma molto lontane dall'idea iniziale di una forte spinta verso i rapporti a tempo indeterminato sia attraverso la restrizione del possibile utilizzo di quelli flessibili 'non buoni' sia attraverso un consistente affievolimento delle conseguenze gravanti sul datore di lavoro in caso di licenziamento illegittimo⁴. Si è visto ormai chiaramente che la riforma continua delle norme incide ben poco sull'occupazione; qualcosa può fare, ma non molto: e così succederà anche per la Legge Fornero.

Contratto a termine acausale

La modifica più interessante della disciplina della materia è sicuramente racchiusa nella disposizione di cui all'art. 1, comma 9, lett. b), della legge in commento, che dopo il comma 1 dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 ha introdotto un comma 1 *bis*, a tenore del quale il "primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso tra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansioni, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato" può prescindere dall'esistenza di una delle ragioni oggettive che in via in generale consentono la stipula del contratto a tempo determinato ai sensi del comma 1 dell'art. 1 del decreto citato.

Si tratta di una importante generalizzazione della possibilità di utilizzare il contratto a termine come strumento di politica del lavoro. Nell'attuale e nota situazione occupazionale si è pensato di provare a smuovere le acque stagnanti del mercato del lavoro consentendo una prima esperienza lavorativa nella speranza che la stessa contribuisca ad aumentare le possibilità di un successivo rapporto stabile con lo stesso o con un altro datore di lavoro. L'utilizzo del contratto a termine non per rispondere ad esigenze di personale meramente temporanee, ma per favorire l'occupazione di soggetti particolarmente svantaggiati costituisce una scelta normativa ben conosciuta nel nostro Paese. Finora, tuttavia, queste possibilità erano state riservate a specifiche categorie di soggetti deboli⁵, mentre ora vi è una generalizzazione, che pare opportuna⁶, perché

⁴ Anche per M.T. Carinci la legge in esame non ha ridotto la congerie di contratti di lavoro flessibili componendoli in un quadro coeso e razionale, limitandosi ad una manutenzione di figure contrattuali esistenti per renderne più stringenti le condizioni di utilizzo e favorire il contratto *sine die*: v. *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione svolta al XVII Congresso nazionale dell'Aidlass, svoltosi a Pisa dal 7 al 9 giugno 2012, p. 15 del testo provvisorio. Di una robusta manutenzione ordinaria del sistema parla invece A. Vallebona, *op. loc. cit.*

⁵ Al riguardo si possono ricordare le previsioni contenute in alcuni accordi interconfederali stipulati sulla base dell'art. 23 della legge n. 56 del 1987, nell'art. 8, comma 2, della legge n. 223 del 1991 con specifico riferimento ai lavoratori in mobilità, all'art. 11, 2° comma, della legge n. 68 del 1999 relativamente agli invalidi, all'art. 75, 2° comma, lett. b), della legge n. 388 del 2000, con particolare riguardo ai lavoratori anziani. Fino all'abrogazione effettuata dall'art. 1, comma 14, della legge in esame identiche finalità occupazionali avrebbe dovuto perseguire il contratto di inserimento di cui agli artt. 54 ss. del D.Lgs. n. 276/2003 con riguardo a tutta una serie di soggetti deboli.

⁶ Per un giudizio positivo v. A. Vallebona, *op. cit.*, Cap. II, par.3. Per M. Magnani, invece, la previsione di un contratto 'libero' di 6 mesi di cui al disegno di legge originario non costituiva una soluzione dei problemi (v. *La riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 4). Dal contesto in cui è posta la valutazione par di capire che

(segue)

nell'attuale situazione spesso, specie per i giovani laureati o comunque con un titolo di studio medio-alto, è la mancanza di una prima esperienza lavorativa ad impedire l'accesso all'occupazione.

Questo giudizio positivo viene rafforzato da ulteriori considerazioni. La già ricordata eliminazione del contratto di inserimento⁷, l'avvio di una modifica in senso restrittivo dei tirocini formativi (art. 1, commi 34 e 35)⁸ e la generale 'stretta' sul lavoro autonomo 'sospetto' indicano la scelta razionale del legislatore di favorire esperienze di lavoro dipendente, subito praticabili e chiaramente delimitate, ritenendole, ad avviso di chi scrive con pieno fondamento, più convenienti delle altre per il lavoratore ed agevolmente percorribili anche per i datori di lavoro.

Bisogna anche tener conto, in secondo luogo, che la legge in esame, mentre proclama l'apprendistato quale "modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro" (art. 1, comma 1, lett. b), per qualche aspetto ne ridimensiona ulteriormente la valenza formativa. Questa era già stata ridotta, rispetto al modello precedente, dal D.Lgs. n. 167/2011, sia nella nuova definizione della fattispecie (l'apprendistato è un contratto a tempo indeterminato "finalizzato alla formazione e alla occupazione") sia nello svolgimento regolativo concernente la formazione⁹. La Riforma Fornero, per attenuare la possibilità di abusi derivanti dalla pochezza dei momenti formativi, introduce sia il limite minimo di durata di sei mesi (art. 1, comma 16, lett. a) che il limite concernente la possibilità di riutilizzo dell'istituto a condizione della previa stabilizzazione di almeno la metà degli apprendisti precedentemente assunti (art. 1, comma 16, lett. d), ma amplia il precedente limite relativo al rapporto tra apprendisti e personale specializzato e qualificato, portandolo, per le aziende con almeno 10 dipendenti, da 1 a 1 a 3 a 2 (art. 1, comma 16, lett. c).

Se anche nel tirocinio quasi tutto si risolve concretamente nella formazione *on the job*, ma con il limite che i pochi specializzati o qualificati non potranno affiancare bene e con costanza i molti apprendisti¹⁰, la differenza tra tirocinio e contratto a termine si riduce ancora di più, specie per le qualifiche medio-alte, che hanno sempre più bisogno di specifici e non brevi periodi di addestramento pratico¹¹. D'altra parte, se anche è vero che il contratto di apprendistato può durare più di dodici mesi, è diffusa l'opinione, confermata anche dall'esperienza di chi scrive, per la quale molto spesso il tirocinio dura troppo rispetto ai tempi dell'apprendimento ed allora un contratto

il giudizio negativo riguarda l'eccessiva brevità del termine massimo e non la scelta in sé di aprire ad una ipotesi 'quasi libera'.

⁷ Sulla quale v. F. Carinci, *Complimenti, dott. Frankenstein*, cit., 538. Gli incentivi per l'assunzione con contratto a tempo determinato di soggetti con età non inferiore ai 50 anni e di personale femminile disoccupato da almeno 6 mesi nelle zone svantaggiate e da almeno 24 mesi nel resto del Paese, nonché per la successiva trasformazione del rapporto, sono stati mantenuti sotto il profilo della riduzione contributiva (art. 4, commi 8-11, della riforma).

⁸ Per una messa a fuoco delle problematiche ad essi relative v. P. Pascucci, *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, 2008.

⁹ Su questi aspetti v. F. Carinci, *E tu lavorerai come apprendista (l'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in *Quaderni di Arg. dir. lav.*, 2012, 11, 54 ss.

¹⁰ Al riguardo si è osservato che le ultime due misure, sotto la copertura anti abusiva, nascondono finalità occupazionali; che la spinta alla stabilizzazione induce a conformare la formazione all'attività dell'impresa e non alle possibilità di una sua spendita fuori di essa; che l'innalzamento del rapporto tra apprendisti e personale specializzato e qualificato attenua sensibilmente le possibilità di addestramento pratico tramite affiancamento (v. F. Carinci, *op. ult. cit.*, 82).

¹¹ È interessante l'osservazione di M. Magnani per la quale "il fatto che si registrino analoghe tendenze alla destandardizzazione (soprattutto attraverso l'impiego di contratti a termine, subordinato o no) in ordinamenti a diverso grado di rigidità, fa pensare che una certa quota di contratti non standard sia ormai immanente o strutturale nel mondo attuale di organizzazione delle imprese"; questa idea sarebbe avallata dalla teoria economica, che attribuisce ai contratti a termine una importante funzione "informativa", dato che gli stessi "sarebbero in grado di rivelare le capacità e le caratteristiche del lavoratore assunto, favorendo l'abbinamento efficiente tra posto di lavoro ed individuo" (*op. cit.*, 3-4).

a termine di dodici mesi con diritto alla non discriminazione rispetto ai trattamenti riservati ai dipendenti stabili, non si allontana di molto da un contratto di tirocinio magari più lungo, ma nel quale in genere l'addestramento effettivo dura poco, i trattamenti rispetto agli altri dipendenti sono più bassi ed alla fine è precario come il primo. Anzi, rispetto al secondo può risultare preferibile, confermandosi anche per questa via l'opinione per la quale la proclamazione legale dell'apprendistato quale "modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro" farà fatica a trovare attuazione nella realtà¹².

In più occasioni si è avuto modo di sostenere, ma non da solo, che non è il primo contratto a termine a dar vita ad una situazione di precarietà e ad impedire l'esercizio dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione¹³. Avrei preferito un'apertura limitata alle professionalità medio alte, dato che è con riguardo alle stesse che i datori di lavoro, dopo aver formato il neo assunto nelle specifiche attività svolte nelle loro aziende, sono propense, se non intervengono altre variabili, a mantenerlo in servizio (o, se assunto con contratto a tempo indeterminato, a non licenziarlo), se solo apprende e si comporta 'normalmente'. Si comprende, tuttavia, la volontà di non accrescere il contenzioso in materia di lavoro a tempo determinato attraverso la scelta di non fare distinzioni circa il tipo di mansioni. Peccato che questo sia uno dei pochi tagli netti e chiari della novella, che abbonda, invece, per la sua scontata formazione fortemente compromissoria, di distinzioni e sottodistinzioni che la rendono pesante alla lettura ed a volte oscura e del tutto incerta, continuando nella tragica scelta di aggiungere norme a norme, contribuendo non poco alla creazione di una selva infernale spesso incomprensibile e destinata ad aumentare ancora il contenzioso¹⁴.

Limiti temporali e quantitativi

Nemmeno nel caso in esame, ad avviso di chi scrive, può intravedersi una piena liberalizzazione dell'istituto. L'assunzione è "libera", infatti, solo quando sia la prima che il datore effettua nei confronti del lavoratore. La prima in che senso? La prima con contratto a tempo determinato, non rilevando precedenti assunzioni con contratti diversi¹⁵? La circolare Ministeriale emanata il 18 luglio esclude l'assunzione acasuale qualora preceduta da un qualsiasi contratto di natura subordina, dato che l'assunzione in parola intende verificare le attitudini e capacità professionali del lavoratore con riguardo ad uno specifico contesto lavorativo¹⁶. La tesi ministeriale è fondata, ma con una precisazione. Si pensa che l'assunzione in esame debba essere la prima in assoluto, non preceduta da altre assunzioni con contratti onerosi per le medesime mansioni, con esclusione, quindi, dei soli tirocini formativi. La soluzione potrebbe essere diversa, invece, quando le precedenti assunzioni attenessero a mansioni diverse, per le quali potrebbe dirsi che non vi era stata alcuna verifica delle capacità professionali. Dopo una assunzione di questo tipo, il medesimo datore di lavoro non può assumere il lavoratore "acasualmente" per tutta la vita di quest'ultimo? Il problema è simile a quello del limite dei 36 mesi: se si giunge a 35 mesi, nemmeno dopo 10 o 20 anni si può stipulare un contratto che fa superare detto limite? Qualcuno sostiene che si tratta di un vincolo che vale per tutta la vita, ma chi scrive pensa che sia meglio rimettere al giudice

¹² V. ancora F. Carinci, *E tu lavorerai* cit., 83.

¹³ V., da ultimo, L. Menghini, *L'apposizione del termine*, in *Trattato di Diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, Padova, 2012, 215.

¹⁴ L'eccessiva regolazione del mercato del lavoro italiano, cui contribuisce la legge in esame, è giustamente criticata da G. Falasca, *Riforma Fornero: quali prospettive per il mercato del lavoro?*, in *Guida lav.*, n. 28, 6 luglio 2012, p. 12.

¹⁵ In tal senso v. A. Vallebona, op. cit., Cap. II, § 3.

¹⁶ V. la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 luglio 2012, prot. n. 37/0013292/MA007.A001, 2.

l'individuazione del periodo di tempo che nelle varie circostanze ha l'effetto di azzerare le esperienze contrattuali precedenti¹⁷. Lo stesso discorso può essere fatto qui.

L'assunzione acausale, oltre a dover essere la prima, non può superare il limite temporale di 12 mesi e non può essere prorogata (art. 1, comma 9, lett. *d*) della Riforma). La circolare su menzionata precisa che il periodo di 12 mesi non può essere frazionato in più contratti¹⁸. In linea di massima è così, ma se dopo un contratto di 6 mesi relativo a certe mansioni ne viene stipulato un altro per mansioni completamente diverse? Se dal contesto non emergono ulteriori elementi che possano indicare una frode, si propenderebbe per una soluzione positiva. Sempre per la suddetta circolare il contratto non può essere prorogato, nemmeno se il periodo di proroga rimanesse all'interno dei 12 mesi¹⁹. La soluzione pare fondata, perché la lettera della norma in questo caso è molto precisa. D'altra parte, poiché le nuove previsioni in materia si inseriscono all'interno del decreto n. 368/2001, considerato ancora come disciplina di base ed unitaria della materia nel settore del lavoro privato, alla nuova possibilità negoziale trovano sicuramente applicazione i limiti ed i divieti previsti per tutte le ipotesi rientranti nel citato decreto.

Quanto al limite temporale dei dodici mesi non prorogabili, si è sostenuto che è troppo lungo, tanto da permettere al datore di lavoro di programmare il continuo *turn over* dei lavoratori, tutti assunti una prima ed unica volta; il termine originariamente previsto, di sei mesi, avrebbe reso questa prassi meno conveniente, inducendo alla stabilizzazione del rapporto, "in considerazione dei tempi richiesti per l'adattamento del lavoratore al contesto lavorativo, almeno per le mansioni non elementari"²⁰. Come s'è visto, ad altri gli originari 6 mesi erano parsi troppo brevi²¹. È difficile dire come si svolgerà in concreto l'esperienza futura. Per le mansioni medio-alte non si crede che faccia male un'esperienza lavorativa professionalmente qualificata di un anno. E che, se non intervengono altre variabili, dopo una lunga fatica di addestramento ed inserimento, è logicamente prevedibile che le aziende manterranno le persone 'normali' o almeno quelle giudicate migliori e non avranno alcun interesse ad una continua girandola di lavoratori da formare ed inserire. Per le mansioni basse il discorso è un po' diverso ed i pericoli ci sono, anche se non può escludersi che pure un lavoratore generico possa conquistarsi una particolare fiducia ed ottenere la stabilizzazione. Per questo secondo tipo di lavoratori, poi, potrebbe intervenire in modo specifico la contrattazione collettiva, anche nel definire i limiti percentuali.

Quanto a quest'ultimi, va ricordato che sino a che il ricorso al contratto a termine è stato limitato alla presenza di esigenze di lavoro temporanee, non ve n'era alcun bisogno, dato che tutte le esigenze di lavoro temporaneo potevano giustificare razionalmente le assunzioni a tempo determinato. Quando, invece, la contrattazione collettiva e poi la legge hanno previsto la possibilità di stipulare contratti a termine al fine di incentivare le assunzioni di particolari soggetti ovvero da parte di specifiche aziende, è nata l'esigenza di porre dei freni per evitare abusi ed a tal fine si è ricorsi ai limiti quantitativi. E così, quando il D.Lgs. n. 368/2001 ha sostituito le causali tassative con la formula generale, ha avvertito l'esigenza di aggiungere ai limiti sostanziali, divenuti meno stringenti, quelli quantitativi, affidati ai contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Permane tuttora, peraltro, l'esenzione da ogni limite percentuale in relazione ai contratti conclusi: *a*) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; *b*) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del presidente della Re-

¹⁷ Rinvio a L. Menghini, *L'apposizione del termine*, cit., 297.

¹⁸ Circ. Min. Lav. 18/2012.

¹⁹ V. *retro*.

²⁰ Così M.T. Carinci, *op. cit.*, 16.

²¹ V. la nota 6.

pubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni; c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; d) con lavoratori di età superiore a 55 anni.

I limiti percentuali sono stati di fatto introdotti da tutta la contrattazione collettiva, o in via generale o in relazione a specifiche fattispecie di assunzione a termine, specie ammesse dalle parti sociali²², pur prive, sino all'estate del 2011²³, di quest'ultimo espresso potere. Nell'ipotesi in cui la contrattazione abbia già fissato limiti percentuali con riferimento alla generalità dei contratti a termine, non sono necessari ulteriori specifici limiti per i contratti a termine acausali ora in esame, dovendo gli stessi venire sommati a tutti gli altri stipulati dal datore di lavoro per le più varie ragioni, con esclusione di quelli per i quali è previsto lo specifico non computo. Se, invece, la contrattazione ha fissato limiti riferiti a specifiche ipotesi, evidentemente non riteneva che le altre dovessero essere limitate percentualmente e tra queste si aggiunge quella acausale ora in esame, per la quale la Riforma non richiede autonomi e specifici limiti, come risulta dalla mancata integrazione del comma 7 dell'art. 10 del D.Lgs. n. 368/2001 e dalla espressa menzione del limite del 6%, previsto per i diversi casi di cui al secondo periodo dell'art. 1, comma 9, lett. b)²⁴. Pertanto, entrata in vigore la Riforma, la possibilità di assunzione acausale non richiede l'attesa di uno specifico intervento delle parti sociali. Se limiti di questo tipo sono posti, vanno rispettati, pena la nullità della clausola appositiva del termine²⁵.

Conformità con accordo quadro europeo

C'è da chiedersi, a questo punto, e se lo chiederanno in molti, se l'introduzione dell'ipotesi acausale in esame è conforme alla normativa europea. La Corte di Giustizia è pacifica nel sostenere che l'accordo quadro non richiede che l'apposizione del termine al primo ed isolato contratto sia giustificata da una ragione oggettiva²⁶, ma si è molto discusso se tale isolato contratto rientri di per sé nell'ambito coperto dall'accordo recepito nella direttiva 70/1999 Ce e se mai per quali profili. Dovrebbe essere pacifico che l'isolato contratto rientra nel campo della direttiva per quanto concerne il principio di non discriminazione e la clausola di non regresso²⁷, ma si è sempre ritenuto che l'accordo tocchi anche le condizioni della sua ammissibilità. I limiti in questione, tuttavia, sono molto labili e pertanto quelli rinvenibili nella fattispecie in esame ad avviso di chi scrive sono certamente sufficienti ai fini di questo primo e specifico aspetto della normativa europea.

Più complesso, invece, è il giudizio sulla conformità alla clausola di non regresso. Il rilievo pratico del problema si è di molto attenuato da quando la Corte di Giustizia ha negato la possibili-

²² Sul punto v. R. Casillo, *I contenuti della contrattazione collettiva sul contratto a tempo determinato*, in *Il contratto a tempo determinato*, a cura di G. Ferraro, Torino, 2008, 301 ss. e S. Ciucciiovino, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008, 241 ss.

²³ È con l'art. 8 del D.L. n. 138/2011, convertito con la legge n. 148/2011, che la contrattazione collettiva, ma solo di livello aziendale e territoriale, è tornata ad essere autorizzata a regolare la materia del contratto a termine, compresa, quindi, l'introduzione di specifiche ipotesi; come è ben noto, i problemi sono nati dal fatto che tale disciplina non trova vincoli nella contrattazione nazionale né nella legge interna, ma deve solo rispettare le regole costituzionali, europee ed internazionali. Sul punto rinvio a L. Menghini, *Contratti a termine*, in *Contrattazione in deroga*, a cura di F. Carinci, Milano, 2012, 444 ss.

²⁴ Se fosse stata richiesta una autonoma fissazione di limiti percentuali il legislatore del 2012 avrebbe dovuto estendere il riferimento, effettuato dal 7° comma dell'art. 10 del D.Lgs. n. 368/2001 ai contratti a termine di cui all'art. 1, comma 1, dello stesso decreto, anche a quelli di cui all'art. 1, comma 1 bis. In questo stesso senso par di capire vada anche A. Vallebona, *op. cit.*, Cap. II, § 3.

²⁵ Cfr. Cass. 19 gennaio 2010, n. 839 e 24 febbraio 2012, n. 2912.

²⁶ Cfr., ad es., il punto 100 della sentenza 23 aprile 2009, causa C-378-380/2007 *Angelidaki*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 505 ed il punto 58 dell'ordinanza 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 227.

²⁷ Per la clausola 8, § 3, dell'accordo quadro, "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".

tà che la violazione della clausola possa comportare la disapplicazione della norma interna non conforme²⁸, ma un margine di interesse permane, se non altro perché la violazione di una norma europea implica l'illegittimità costituzionale ex art. 117, 1° comma, Cost. e nella fattispecie forse ancora quella ex artt. 76 e 77 Cost.

Se si fa mente locale alla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁹, i problemi da risolvere sono tre: a) quello dell'esistenza in sé di una regressione delle tutele; b) quello della giustificazione del regresso mediante la presenza nella norma interna di una finalità autonoma e distinta rispetto all'attuazione dell'accordo europeo; c) quello dell'eventuale compensazione del regresso su certi aspetti della disciplina della materia con il rafforzamento delle tutele su aspetti diversi. Nel caso della nuova ipotesi acausale appena introdotta nel nostro ordinamento ad avviso di chi scrive un regresso nel senso indicato dai giudici di Lussemburgo è innegabile; una finalità della norma diversa da quella di consentire un generale maggior utilizzo dell'istituto è difficilmente ravvisabile; una compensazione tra regresso e rafforzamento delle tutele è sicura. La clausola non è, dunque, violata. Ci si spiega.

a) Per i giudici di Lussemburgo non sussiste alcun regresso quando la normativa interna modifica la precedente disciplina del lavoro a termine diminuendo gli oneri richiesti per l'utilizzo dell'istituto ovvero aumentando le possibilità di occupazione precaria, in deroga ai limiti posti in via generale dalle disposizioni precedenti, per facilitare l'occupazione, pur precaria, di particolari categorie di lavoratori o per consentire assunzioni limitate nel tempo ad imprese che si trovano in particolari condizioni; per contro, il regresso ci sarebbe se la diminuzione degli oneri richiesti per l'utilizzo dell'istituto ovvero la crescita delle possibilità di occupazione precaria intendessero incrementare l'occupazione di tutti i soggetti del mercato del lavoro, in via generale e senza riguardo a specifiche figure di lavoratore od a esigenze di particolari imprese. Si deve accertare, quindi, se la nuova normativa interna, in sé considerata, allarghi o no le possibilità di lavoro a termine in via generale e non per soddisfare esigenze specifiche di certe categorie di lavoratori o aziende. In questa prima fase della verifica non rilevano generiche considerazioni di opportunità o generiche necessità sul piano economico o occupazionale³⁰, né la considerazione che l'ampliamento delle possibilità di impiego a tempo determinato migliora e non peggiora la situazione di chi aspira al lavoro, dato che non è detto che il mantenimento del regime più restrittivo avrebbe comportato maggiori assunzioni stabili³¹. In astratto, quest'ultima osservazione è ovviamente fondata, ma non è rilevante a questo punto della verifica, che intende indagare sulla sussistenza o meno della regressione in sé considerata. Su questo piano non si può che concludere che l'art. 1, comma 9, lett. b) della legge n. 92/2012, introducendo una generale ipotesi acausale, attua una oggettiva regressione rispetto alla disciplina precedente, perché amplia le possibilità di lavoro precario.

b) Si tratta ora di vedere se la nuova causale di assunzione a tempo determinato sia stata introdotta per finalità diverse da quella di attuare l'accordo quadro. In proposito la mente corre alla prima ordinanza *Vino*, quella dell'11 novembre 2010 che ha ritenuto che l'introduzione, nell'art. 2 del D.Lgs n. 368 del 2001, del comma 1 *bis* ad opera della Legge finanziaria per il 2006, sia dipesa non dalla volontà di dare applicazione all'accordo quadro bilanciando, "al fine di alleggerire gli oneri gravanti sui datori di lavoro, le norme di tutela dei lavoratori introdotte dal D. Lgs. n. 368/2001 riguardo all'accordo quadro e di realizzare in tal modo un nuovo equilibrio nei rapporti

²⁸ V. sentenze 23 aprile 2009, causa C-378-380/2007, *Angelidaki*, n. 201-212 (in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 505) e 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, n. 50 (in *Mass. giur. lav.*, 2010, 627).

²⁹ Per un esame della quale si rinvia a L. Menghini, *L'apposizione del termine cit.*, 260-273.

³⁰ Cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 56; A. Riccobono, *L'impiego del diritto disuguale ablativo tra ragioni di politica sociale, clausole di non regresso e divieti di discriminazione: osservazioni a margine del caso Mangold*, in *Lav. dir.*, 2006, 19.

³¹ Cfr. G. Proia, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 698.

di lavoro tra datori di lavoro e lavoratori nell'ambito dei contratti di lavoro a tempo determinato", ma dall'intenzione, propria di una legge finanziaria, di "consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità allo scopo di garantire, ai fini dell'attuazione" della direttiva sul mercato interno dei servizi postali comunitari, "un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali rientranti nel servizio universale": per questa sua autonoma finalità, diversa dall'attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a termine, la normativa interna in esame non contrasta, per l'ordinanza Vino, con la clausola di non regresso, anche se allarga la possibilità di assumere a tempo determinato³².

Non sembra che questa valutazione possa essere estesa alla fattispecie in esame, nella quale l'ampliamento delle possibilità di assumere a termine non è legata ad altre finalità che non siano quelle di consentire esperienze lavorative, pur precarie, ma comunque considerate positivamente in quanto le prime ed ultime (senza causale) con lo stesso datore di lavoro. La regressione oggettiva non è dunque giustificata, nel caso di specie, dalla volontà di perseguire finalità ulteriori rispetto a quelle di allargare le ipotesi di lavoro a termine.

c) Quanto sin qui osservato non significa che la Corte di Giustizia non sia sensibile ai problemi posti dall'attuale crisi occupazionale ed alla considerazione per la quale non è detto che per i lavoratori un ampliamento delle possibilità di lavoro a termine peggiori la situazione preesistente. I giudici di Lussemburgo sembrano farsi carico di questi problemi attraverso una lettura particolarmente ampia dell'espressione "livello generale" di tutela. In relazione alla innovazione interna in esame rileva soprattutto ciò che la Corte afferma circa la possibilità di compensare attenuazioni di tutela su certi punti della complessa disciplina della materia con il rafforzamento su altri, di modo che il livello generale, alla fine, non risulti alterato. Al riguardo vanno ricordati i punti della sentenza *Sorge* che invitano il giudice rimettente a considerare se l'abbassamento di tutela derivante dall'eliminazione del requisito dell'indicazione nel contratto del lavoratore da sostituire e della causa dell'assenza non sia compensata da altre garanzie, quali "le misure preventive contro l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato successivi e quelle volte a vietare le discriminazioni esercitate contro i lavoratori" a tempo determinato³³. In precedenti scritti non si è condiviso questa interpretazione della clausola in esame, sia perché effettuava un confronto che tocca due aspetti diversi della disciplina del contratto a tempo determinato (i limiti al primo contratto, da una parte, e l'abuso di più assunzioni dall'altra), sia perché non teneva conto che nel sistema normativo precedente alla riforma attuata con il decreto n. 368/2001 vi erano tutele contro l'abuso delle ripetute assunzioni e contro le discriminazioni di trattamento non meno forti rispetto a quelle risultanti dopo la riforma, la quale, quindi, su questi due aspetti non conteneva alcuna novità e quindi alcun elemento di protezione prima inesistente³⁴.

Quest'ultimo rilievo non vale più nei confronti della norma introdotta dalla Riforma Fornero che ha compensato l'introduzione dell'ipotesi acausale in esame con il rafforzamento delle norme che limitano la successione di contratti con lo stesso datore di lavoro, sia ampliando gli intervalli che vanno rispettati tra un'assunzione e l'altra (art. 1, comma 9, lett. g), sia inserendo i periodi di missione nel computo dei contratti da considerare ai fini del limite dei 36 mesi (art. 1, comma 9, lett. i): si tratta di limiti inesistenti nella disciplina preesistente. Ma è davvero inammissibile una compensazione tra aspetti diversi della normativa dell'unitario istituto? Si ritiene di dover mutare l'opinione sul punto. La Riforma ha voluto spingere verso le assunzioni a tempo indeterminato,

³² Cfr. l'ordinanza della Sesta Sezione resa nella causa C-20/10, in *Mass. giur. lav.* 2011, 227, spec. nn. 31-44. L'ordinanza stessa precisa che è irrilevante il fatto che gli obiettivi perseguiti dal legislatore siano o no meno degni di tutela di quelli perseguiti dall'accordo quadro: ciò che conta è che siano diversi dall'attuazione della direttiva 1999/70 (n. 44).

³³ Cfr. nn. 46-48 di Corte Ce 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, cit.

³⁴ Nello stesso senso v. T. Vettor, *Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza Sorge, tra orientamenti comunitari e applicazioni interne*, in *Riv. giur. lav.*, II, 2010, 623.

attenuando le conseguenze derivanti dall'illegittimità del licenziamento, ed ammettere solo la precarietà 'buona', derivante, tra l'altro, dall'apprendistato e da un contratto a termine oggi divenuto spesso decisivo passaggio verso una futura occupazione stabile. Al legislatore è parso opportuno aprire le possibilità nei confronti del primo contratto e chiuderle ancora di più nei confronti delle successive assunzioni dello stesso lavoratore. L'equilibrio delle tutele è mutato, ma il loro insieme non si è abbassato. È da ritenere, quindi, che nell'attuale contesto occupazionale, che vede rafforzarsi l'esigenza di far crescere primi ed unici contratti e di combattere più risolutamente la loro ripetizione, il 'livello generale' di tutela dei lavoratori italiani non sia stato compromesso dalla normativa interna sin qui esaminata, contrariamente, magari, a quanto si poteva sostenere qualche anno fa.

Contrattazione collettiva: ipotesi alternative

La limpidezza della nuova ipotesi acasale viene intorbidita da un secondo periodo dell'attuale comma 1 *bis* del D.Lgs. n. 368/2001 per il quale le parti sociali possono prevedere "che, *in luogo* dell'ipotesi di cui al precedente periodo il requisito di cui al comma 1 non sia richiesto nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione ... avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato ... dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente". Il tutto nel limite del 6% dei lavoratori (quali? Tutti?) occupati nell'unità produttiva. Quante parole inutili! La norma non ha senso, perché le specifiche ipotesi che dovrebbero sostituire quella generale acasale hanno già di per sé i requisiti della temporaneità 'mite' per rientrare in quelle di cui al comma 1 dell'art. 1 del decreto n. 368/2001³⁵ e comunque sono di frequente contemplate e ribadite per certezza dalla contrattazione collettiva. Non vale insistere: la norma non sarà attuata, non solo perché nessun serio sindacato dei datori di lavoro la proporrà³⁶, ma anche perché nessun sindacato serio dei lavoratori sarà così incosciente da scambiare nuove assunzioni a termine divenute oggi molto preziose (bloccandole del tutto) con possibilità di impiego temporaneo che i lavoratori hanno già.

Allargamento dei periodi "cuscinetto"

Il c.d. "Pacchetto Treu" (in particolare l'art. 12 della legge n. 196/1977) aveva opportunamente modificato la legge n. 230/1962 facendo in modo che la prosecuzione delle prestazioni di lavoro oltre la scadenza del termine, anche di pochi giorni, spesso dovuta a disguidi od errori, non comportasse la trasformazione del rapporto. Erano stati individuati dei periodi cuscinetto di 20 o 30 giorni, a seconda della durata del contratto, nel corso dei quali era previsto un mero incremento retributivo. Il datore di lavoro poteva far completare un lavoro senza patemi d'animo o poteva affrontare evenienze improvvise nel modo più comodo e semplice: naturalmente era necessario il consenso del lavoratore, il quale, scaduto il contratto, non aveva alcun ulteriore obbligo di continuare le prestazioni lavorative. La Riforma Fornero ha ampliato questi periodi, portandoli a 30 e 50 giorni³⁷: si è trattato di una scelta positiva, ma l'efficacia della norma è stata ridotta dall'introduzione dell'obbligo per il datore di lavoro di comunicare al Centro per l'impiego, "entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione"³⁸. Questo obbligo è stato criticato proprio in considerazione del fatto che lo sfioramento del termine finale dipende da errori o disguidi certo non pro-

³⁵ Nello stesso senso v. A. Vallebona, *op. cit.*, Cap. II, § 4.

³⁶ *Idem.*

³⁷ V. l'art. 1, comma 9, lett. e), che modifica l'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 368/2001.

³⁸ V. la lett. f) del comma citato alla nota precedente, che introduce un comma 2 *bis* all'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001.

grammabili³⁹. Questo, in effetti, è l'aspetto negativo dell'innovazione in esame, che sembra del tutto ignorare le origini dei periodi cuscinetto, i quali ora non potranno essere invocati quando la prestazione di lavoro prosegue, ad esempio, per errori dell'ufficio del personale. Si è detto che in questo caso non è prevista la conversione del rapporto: penso che i giudici aderiranno a questa soluzione, se si ricorda i salti mortali che hanno fatto prima del 1997 per ridimensionare gli effetti di errori e disguidi. La norma merita un giudizio positivo, invece, quando la comunicazione preventiva concerne una prosecuzione delle prestazioni programmata, magari all'ultimo momento, in relazione all'esigenza di far portare a termine un lavoro. In questo caso per l'impresa è più semplice effettuare la comunicazione che non procedere con una proroga del contratto, per la quale è necessario osservare i limiti rigidi di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001. Capisco, infine, che per il Centro per l'impiego, per l'Inps e per tutti i soggetti che erogano prestazioni o effettuano controlli è importante sapere se un determinato soggetto in un certo periodo ha lavorato oppure no, ma per soddisfare questa esigenza la comunicazione poteva essere richiesta entro una settimana o dieci giorni dalla cessazione del rapporto.

Rinnovo: ampliamento dei periodi vietati

Sin dalla legge n. 230/1962 per evitare gli abusi derivanti dal successivo utilizzo a termine dello stesso lavoratore erano stati fissati dei rigidi termini entro i quali l'ulteriore assunzione non poteva avvenire, pena la conversione del rapporto. La legge n. 196/1977 li aveva ridotti ed il decreto n. 368/2001 non li ha modificati. La Riforma Fornero ora li ha ampliati in modo rilevante, portandoli da 10 o 20 giorni a 60 o 90 giorni⁴⁰. Questa scelta è stata criticata, ritenendosi che finirà per il creare una turnazione continua del personale che danneggerà proprio i lavoratori⁴¹. Bisogna ricordare, peraltro, che la lett. *h*) del comma 9 dell'art. 1 tempera questa scelta affidando alla contrattazione (e in carenza al Ministro del lavoro) la possibilità di ridurre, ma solo in presenza di certe evenienze, i periodi in esame sino a 20 e 30 giorni. La modifica di cui si discute all'interno del decreto sviluppo dovrebbe dare maggior spazio alle parti sociali. Gli attuali termini sono troppo ampi e sarebbe utile ridurli, perché gli abusi vanno scovati di caso in caso e non presunti in modo rigido ed automatico. Una possibilità di riduzione è prevista ora dall'art. 46-*bis* comma 1 lett. *a*) del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modd. in L. 7 agosto 2012, n. 134.

Ampliamento dei termini di impugnazione

La lett. *d*) del 3° comma dell'art. 32 della legge n. 183/2010 aveva esteso i termini di impugnazione del licenziamento anche "all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4" del D.Lgs. n. 368/2001; la lett. *a*) dello stesso comma effettuava tale estensione anche ai licenziamenti che presupponevano la risoluzione di questioni "relative alla legittimità del termine apposto al contratto". Si è molto discusso, con riferimento alla lett. *d*), del significato della mancata ricomprensione dell'art. 5⁴², mentre la menzione dei licenziamenti che implicavano la soluzione di questioni concernenti la legittimità del termine sembrava una blindatura nei confronti di azioni che dall'illegittimità del termine facessero scaturire l'esistenza di un contratto a tempo indeterminato e riportassero la sua estinzione ad un licenziamento. Ho considerato, non da solo, troppo breve il termine di 60 giorni per impugnare la nullità della clausola e troppo lungo quello di 270 giorni per proporre la domanda giudiziale⁴³. La riforma Fornero tiene conto di questi rilievi, abrogando la lett. *d*) ed introducendo nella lett. *a*) del 3° comma dell'art. 32 una regola per l'azione di nullità della clausola con termine di decadenza di 120 giorni per l'impugnazione e di 180 giorni per l'azione giudiziaria. Il fatto che la Riforma non aggiunga la

³⁹ V. ancora A. Vallebona, *op. cit.*, Cap. II, §§ 6 e 7.

⁴⁰ V. la lett. *g*) del comma 9 dell'art. 1, che modifica l'art. 5, comma 3, del D.Lgs. n. 368/2001.

⁴¹ Così G. Falasca, *op. cit.*, 13.

⁴² Si possa rinviare ancora a Menghini, *L'apposizione del termine*, cit., 312 ss.

⁴³ *Ibidem*, p. 313.

menzione dell'art. 5 e comunque non ricomprenda in altro modo nei termini di decadenza la pluralità di contratti può essere inteso come conferma delle tesi che la escludeva anche prima: va detto, però, che al limite dei 120 giorni dall'ultimo contratto il lavoratore in genere sa se vale la pena attendere l'ennesima assunzione o impugnare.

Legge n. 183/2010, art. 32, c. 5: interpretazione autentica

Ci sarebbero molte altre cose da dire, ma qui si conclude ricordando l'importanza dell'interpretazione autentica del comma 5 dell'art. 32 della legge n. 183/2010. Malgrado varie pronunce della Corte costituzionale e della Corte di cassazione⁴⁴ alcuni giudici di merito hanno continuato a contestare il significato corrente attribuito alla norma ritenendolo, in sostanza, ingiusto, irrazionale e contrario ai principi della nostra civiltà giuridica⁴⁵. L'interpretazione autentica in esame ha chiuso il discorso sul piano interno, ma non ha assolutamente risolto i problemi sul piano della conformità con il diritto europeo⁴⁶, specie per quanto riguarda l'intervento retroattivo di cui al 7° comma dell'art. 32⁴⁷. Tale piano viene sempre ignorato dal legislatore, spesso seguito dai giudici delle nostre alte Corti. Ciò è avvenuto in modo eclatante per quanto concerne i supplenti della scuola, precari anche per 20 o 30 anni. Ciò che non hanno ottenuto sul piano interno lo stanno ottenendo sul piano europeo. Molti altri lavoratori che si sentono 'truffati' dal nostro Stato stanno prendendo le vie del Nord Europa, confidando che a Lussemburgo o a Strasburgo non vengano mezzucci e furberie, ma gli elementari principi della comune civiltà giuridica.

⁴⁴ V. Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 31; Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 41; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, *ivi*, 348; Cass. 2 aprile 2012, n. 5241, *ivi*, 348.

⁴⁵ V. Trib. Napoli, 16 novembre 2011, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 32; App. Roma, 2 febbraio 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 348 ed altre.

⁴⁶ Devo segnalare, peraltro, che il rilievo che poteva assumere il principio generale europeo di uguaglianza e non discriminazione per la configurazione, in alcuni casi, del diritto al risarcimento pieno del danno in luogo dell'indennità onnicomprensiva in considerazione della posizione dei lavoratori a tempo indeterminato licenziati (e che ho ipotizzato in *L'indennità ex art. 32 della legge n. 183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 36) è venuto meno o comunque va del tutto riconsiderato dopo le innovazioni introdotte dalla Riforma Fornero alla disciplina del licenziamento, che in varie ipotesi hanno sostituito il diritto al risarcimento del danno con una indennità.

⁴⁷ Sui contrasti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte Edu sulle nostre incivili leggi retroattive ablativa di diritti si rinvia a L. Menghini, *I contrasti tra Corte EDU e Corte Costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 357 ss.

LAVORO ACCESSORIO, “PARTITE IVA”, CONTRATTO D’INSERIMENTO E STAGE

di Michele Miscione - Professore ordinario di Diritto del lavoro nell’Università di Trieste

Il lavoro accessorio (a *voucher*) prima della “Riforma Fornero”

Il “lavoro accessorio” fu istituito dal D.Lgs. 9 settembre 2003, n. 276 (artt. 70-74) per «prestazioni» («prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti») senza la parola “contratto”. Era indirizzato ai «soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne» (art. 70 comma 1). Dato che il lavoratore percepisce il compenso non direttamente, ma attraverso un «buono» acquistato dall’Inps, fu chiamato subito “a *ticket*” o “a *voucher*”.

I «soggetti a rischio», molto limitati, per cui era ammesso il lavoro accessorio, erano inizialmente i disoccupati da oltre un anno, le casalinghe, studenti e pensionati, i disabili e soggetti in comunità di recupero, i lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia. Anche le attività erano limitate a casi marginali, fra cui il primo, significativo, doveva essere quello dei «piccoli lavori domestici a carattere straordinario», in cui il «piccolo» era in immediata contraddizione con lo «straordinario». Inoltre si poteva svolgere lavoro accessorio per l’assistenza domiciliare, l’insegnamento privato supplementare, i piccoli lavori di giardinaggio, manutenzione di monumenti, le manifestazioni sociali o caritatevoli, il volontariato per calamità. Il lavoro accessorio era ammesso per durata non superiore a trenta giorni e compenso non superiore ad € 3.000 l’anno. Non si precisava se il lavoro fosse autonomo o subordinato, lasciando tutto in un dilemma impossibile e mai svelato; né si poteva capire come computare i trenta giorni nell’anno.

Il pagamento è mediante «buoni» (“*ticket*” o “*voucher*”) acquistati presso l’Inps, unico autorizzato, presso cui il lavoratore deve andare per farli convertire in denaro. Il compenso è esente da imposizione fiscale e già comprensivo dei contributi previdenziali (art. 72 D.Lgs. 276/2003): tuttavia, con il sistema contributivo, l’aliquota (fissata al 13%) è insufficiente per la pensione. Il lavoro “a *voucher*” non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato.

Non poteva funzionare e non funzionò. Per anni, il lavoro accessorio è stato inesistente. Si cominciò a cambiare le regole in modo sempre più frequente (art. 17, D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251; art. 11-*quaterdecies*, comma 6, D.L. 30 settembre 2005, n. 203; art. 1-*bis*, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modd. dalla L. 14 maggio 2005, n. 80; D.M. 12 marzo 2008), che è già sintomo di scarso o cattivo funzionamento. S’è aumentato e ristretto contraddittoriamente il quadro dei «soggetti a rischio». S’è utilizzato il “lavoro a *voucher*” per le Olimpiadi invernali di Torino e poi, in modo sempre più restrittivo, per la raccolta dell’uva da parte di pensionati e studenti nel Friuli – Venezia Giulia. Sembrava che il “lavoro a *voucher*” fosse destinato ad una nicchia sempre più piccola, fino a scomparire o quasi.

A partire dal D.L. 35/2005, però, s’è avuta però una progressiva liberalizzazione, con modifiche fatte sempre “novellando” il D.Lgs. 276/2003, di cui man mano veniva modificato, sostituito o integrato il testo (art. 22 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modd. dalla L. 6 agosto 2008, n. 133; comma 12 dell’art. 7-*ter* del D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. con modd. dalla L. 9 aprile 2009, n. 33; comma 148 dell’art. 2 della L. 23 dicembre 2009, n. 191). Il lavoro accessorio fu ammesso, a favore di più beneficiari, purché «meramente occasionale», intendendosi per tale quello con compensi complessivi, con riferimento al medesimo committente, non superiori ad € 5.000 nell’anno solare [art. 1-*bis*, lett. e) D.L. 35/2005, che sostituì il comma 1 dell’art. 70 D.Lgs. 276/2003]. Per le imprese familiari fu ammessa la possibilità d’utilizzare lavoro accessorio per un importo complessivo non superiore ad € 10.000 per anno fiscale e contributi previdenziali ordinari [art. 1-*bis*, comma 1 lett. d) ed e) D.L. 35/2005, che ha introdotto il comma 2-*bis* dell’art. 70 D.Lgs. 276/2003]. Il ricorso al lavoro accessorio è stato consentito per tutti i committenti pubblici, compresi gli enti locali, nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e ove previsto dal patto di stabilità interno (art. 2, comma 149 L. 191/2009).

Nel frattempo, forse un po' per caso, si capì che il lavoro accessorio poteva servire per far emergere il lavoro nero dei fruitori degli ammortizzatori sociali, che è sempre stato un grande problema. In via sperimentale dal 2009 (art. 19 comma 10 D.L. 29 novembre 2008, n. 185, conv. con modd. in L. 28 gennaio 2009, n. 2; art. 1 D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, conv. con modd. in L. 26 febbraio 2011, n. 10; D.P.C.M. 25 marzo 2011, in Gazz. uff. n. 74 del 31 marzo 2011), ma poi con proroghe fino a tutto il 2012 (art. 6 comma 1 D.L. 29 dicembre 2011, n. 216, conv. con modd. dalla L. 24 febbraio 2012, n. 14), è stata prevista la cumulabilità con gli ammortizzatori sociali di lavoro accessorio in tutti i settori produttivi entro € 3.000. La norma era stata aggiunta all'art. 70 D.Lgs. 276/2003 quale comma 1-*bis* [lett. e] del dell'art. 7-*ter* comma 12 D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, conv. con modd. dalla L. 9 aprile 2009, n. 33, poi modificato dalla lett. g) del comma 148 dell'art. 2, L. 23 dicembre 2009, n. 191]. S'era creato in tal modo un incentivo alla regolarizzazione per i lavoratori con gli ammortizzatori ed un corrispondente interesse per i committenti.

In sostanza, prima della "Riforma Fornero", il lavoro "a voucher" era stato esteso quasi senza limiti, con un boom clamoroso, non si sa fino a che punto inaspettato ma sospetto. Era uscito dalla nicchia per diventare una delle forme di lavoro di maggior utilizzazione, magari dalle piccole imprese, ma che, come noto, sono moltissime. C'era poi il sospetto che il lavoro a voucher fosse utilizzato per nascondere lavoro nero: il metodo, a quanto sembra, era di fornire al lavoratore un ticket da utilizzare solo in caso d'ispezione, per dire che s'era cominciato solamente in giornata. Un uso intensissimo s'è avuto anche da parte degli Enti pubblici. Nei bilanci dell'Inps, gli introiti per lavoro "a voucher" sono stati molto alti ed anche con grandi utili, considerando che i contributi previdenziali hanno aliquote troppo basse per arrivare al calcolo della pensione contributiva.

Il lavoro accessorio sempre più "tertium genus" dopo la "Riforma Fornero"

Di fronte al boom di lavoro "a voucher", la "Riforma Fornero" ha cominciato ma anche continuato con incertezze. Nel testo del 23 marzo 2012 (pubblicato nel sito *internet* del Ministero del Lavoro) il lavoro accessorio era in gran parte eliminato, in quanto vietato in assoluto per imprenditori commerciali o professionisti. Si leggeva nella «Relazione illustrativa» che le correzioni all'art. 70 del D.Lgs. 276/2003 erano «finalizzate a restringere il campo di operatività dell'istituto». Invece nel testo finale, poi diventato art. 1 commi 32 e 33 L. 92/2012, il campo d'operatività del lavoro a voucher è stato ampliato e quasi completamente liberalizzato, esteso espressamente, anche se nei limiti di compensi non superiori a € 2.000 per ciascun committente, a quegli «imprenditori commerciali o professionisti» che inizialmente dovevano essere esclusi.

Per evitare gli abusi o solo sospetti d'uso fraudolento, nella prima versione della "Riforma Fornero" era previsto l'obbligo di comunicazione preventiva al Centro per l'impiego dell'utilizzazione del voucher. Nella formula finale, però, quest'obbligo è scomparso. Forse perché c'era già o si poteva desumere?

La «Riforma Fornero» dà una nozione nuova, sostituendo integralmente l'art. 70 del D.Lgs. 276/2003 [art. 1 comma 32 lett. a) L. 92/2012]; il lavoro accessorio ormai è ammesso per tutti, senza limiti né soggettivi né oggettivi o per attività, ma con limiti solo economici. Rispetto alle intenzioni iniziali, di «restringere il campo di operatività dell'istituto», s'è avuta al contrario un'estensione eccezionale ammettendo il lavoro accessorio «sempre e comunque, tenendo conto esclusivamente di un limite di carattere economico» (Circ. Min. Lav. n. 18 del 18 luglio 2012).

Formalmente dovrebbe essere due, in base al nuovo art. 70 comma 1 D.Lgs. 276/2003 [sostituito dall'art. 1 comma 32 lett. a) L. 92/2012], i requisiti o limiti del lavoro accessorio: dovrebbe essere «meramente occasionale» e dar luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi non superiori ad € 5.000 per anno solare (o altri limiti economici di cui si vedrà). Il significato di «meramente occasionale» è però controverso, lo è sempre stato anche quando era preso ad indice di non-subordinazione: l'occasionalità vorrebbe dire che non sono programmate né programmabili altre prestazioni, di cui dovrebbe essere incerto tutto. In sostanza, però, per la "Ri-

forma Fornero” l’«occasionalità» è presunta con i limiti economici: s’intendono «meramente occasionali» le prestazioni con compensi complessivi non superiori a quelli di legge [in modo simile, ma con riferimento a ciascun committente, prevedeva l’art. 1-bis lett. e) D.L. 35/2005].

Nella sua cit. Circolare n. 18/2012, il Ministro del Lavoro ha confermato, con una sorta d’interpretazione autentica, che la L. 92/2012 ha eliminato i limiti soggettivi ed oggettivi ed il lavoro a *voucher* è ammesso «tendendo conto *esclusivamente* dei limite di carattere economico».

Viene confermata ed anzi rafforzata l’ambiguità sulla natura del lavoro accessorio, né subordinato ma neppure autonomo: non si precisava prima e si precisa ancor meno ora, considerandosi sufficiente il rispetto dei limiti economici. Sembra quasi un “*tertium genus*”, di cui si parlava agli inizi degli anni ‘2000: il lavoro accessorio non è né subordinato né autonomo. Se vengono rispettati i limiti economici è inoppugnabile o indiscutibile.

Si crea uno spazio che, dopo il *boom* degli ultimi anni, fa prevedere uno sviluppo ancora maggiore. Rispettando i limiti economici, il lavoro accessorio (a *voucher*) è libero, per qualunque attività. Un altro contratto “acausale” [oltre quello a termine fino a 12 mesi di cui all’art. 1, comma 9 lett. b) L. 92/2012]. Considerando che i limiti economici sono bassi, si può presumere che il lavoro sia quantitativamente e qualitativamente di “scarsa importanza”: la presunzione presuppone che comunque fra attività e compenso ci sia una proporzionalità sia quantitativa che qualitativa. Eliminato l’ambiguo requisito dei 30 giorni di lavoro, previsto nel testo originario, ora, in rapporto al compenso, il lavoro accessorio (o a *voucher*) deve durare comunque poco tempo per attività di non elevata qualità. O meglio, i due dati (quantità e qualità) possono equilibrarsi con una certa flessibilità, prevedendo ad es. una durata relativamente lunga per bassa qualità e breve per alta qualità. Oltre certi limiti logici, ma certi, non si può comunque andare.

In sostanza, quindi, viene introdotto un principio, confermato anche per le “partite Iva”, per cui la quantità e qualità del lavoro influiscono sulla natura: per prestazioni di *scarsa importanza* («occasionalità») manca la subordinazione. Forse si crea uno spazio per nuova occupazione, «occasionale» e senza rischi di nuovo precariato, che presuppone un lavoro potenzialmente stabile.

Rispetto alle finalità nell’istituzione del 2003, che erano di favorire i «soggetti a rischio», dopo la “Riforma Fornero” il lavoro a *voucher* è indirizzato a «coprire “spazi” non coperti da altri istituti, consentendo di ricondurre nella regolarità possibili attività svolte abitualmente “in nero”» (Circ. n. 18/2012 del Ministro del Lavoro, in cui si dice però che queste sarebbero anche le finalità iniziali). Ma proprio la caratteristica d’essere lavoro “di scarsa importanza” lascia anche possibilità di frodi, di cui sarebbe stata opportuna una più forte prevenzione, ad es. prevedendo formalmente l’obbligo di comunicazione preventiva dell’utilizzazione del *voucher*.

L’attuale disciplina del lavoro a *voucher*

La “Riforma Fornero” ha sostituito l’intero art. 70 del D.Lgs. 2003 [art. 1 comma 32 lett. a)], come visto “novellato” molte volte. Nulla però sulla norma (comma 1-bis art. 79 D.Lgs. 276/2003) che permetteva il cumulo fino ad € 3.000 del lavoro accessorio con gli ammortizzatori sociali, la cui efficacia era già stata prorogata fino a tutto il 2012 (art. 6 comma 1 D.L. 216/2011); nulla nemmeno sul lavoro nelle imprese familiari, per cui il lavoro accessorio era ammesso per importo di non oltre € 10.000 per anno fiscale (comma 2-bis art. 70 D.Lgs. 276/2003). Dato che il comma 32 lett. a) dell’art. 1 della “Riforma Fornero” (L. 92/2012) «sostituisce» l’intero art. 70 del D.Lgs. 276/2003, senza più nominare il lavoro nell’impresa familiare, la norma speciale che lo regolava è abrogata ed anche il lavoro familiare rientra nelle nuove regole generali (di cui si vedrà).

Diversamente è per la normativa speciale sugli ammortizzatori sociali, ugualmente non nominata dal nuovo art. 70 risultante dopo la “Riforma Fornero” ma la cui vigenza era già stata prorogata fino a tutto il 2012 (art. 6 comma 1 D.L. 216/2011): pertanto, dato che la proroga non è stata abrogata, la normativa speciale sugli ammortizzatori sociali è ancora in vigore per il 2012. Restava però una sensazione d’incertezza. Immediatamente dopo il “Decreto sviluppo”, con nuova aggiunta all’art. 70 comma 1 D.Lgs. 276/2003, ha disposto: «per l’anno 2013, prestazioni di lavoro

ro accessorio possono essere altresì rese, in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali, fermo restando quanto previsto dal comma 3 e nel limite massimo di 3.000 euro di corrispettivo per anno solare, da percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito. L'INPS provvede a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio» [art. 46-*bis*, comma 1 lett. *d*) del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modd. dalla L. 7 agosto 2012, n. 134]. Si conferma così la permanenza in vigore fino al 2012 della normativa speciale sugli ammortizzatori sociali e si prevede anzi una nuova proroga fino al 2013.

A regime il lavoro a *voucher* è ammesso con l'unico limite di compensi complessivi, per tutti i committenti, non superiori ad € 5.000 per anno solare, da rivalutare annualmente in base agli indici Istat [art. 70 comma 1 parte 1^a D.Lgs. 276/2003, come sostituito dall'art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012]; inoltre, per «imprenditori commerciali o professionisti», i compensi debbono essere per ciascun committente non superiori ad € 2.000 l'anno, ugualmente da rivalutare con gli indici Istat [art. 70 comma 1 D.Lgs. 276/2003 parte 2^a, come sostituito dall'art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012]. Pertanto gli imprenditori commerciali o i professionisti, prima di affidare un'attività a *voucher*, dovranno farsi rilasciare dal prestatore una dichiarazione di responsabilità di non superare € 5.000 nell'anno cumulando tutte le prestazioni.

Per la verità non era chiaro il riferimento a imprenditori commerciali e professionisti, perché riferibile o a nozioni generali o all'inquadramento previdenziale. Anche sul punto ha dato un'«interpretazione autentica» il Ministero del lavoro con la cit. Circ. n. 18 del 18 luglio 2012, affermando che «l'espressione “imprenditore commerciale” in realtà [vuol] intendere qualsiasi soggetto per persona fisica o giuridica, che opera su un determinato mercato, senza che l'aggettivo “commerciale” possa in qualche modo circoscrivere l'ambito settoriale dell'attività d'impresa all'attività d'intermediazione nella circolazione di beni».

Si ammette inoltre espressamente il lavoro a *voucher* per l'agricoltura [art. 70 comma 2 lett. *a*) D.Lgs. 276/2003, come sostituito dall'art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012] nell'ambito delle attività di «carattere stagionale» effettuate da pensionati e giovani con meno di venticinque anni, se regolarmente iscritti ad istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado e compatibilmente con gli impegni scolastici, ovvero in qualunque periodo dell'anno se regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università; insomma, si presuppone che nell'università si ha tempo libero e non si creano incompatibilità, che è quantomeno strano! Inoltre, sempre nell'agricoltura, il lavoro a *voucher* è ammesso per i «produttori agricoli che nell'anno solare precedente hanno realizzato o, in caso di inizio attività, prevedono realizzare un volume d'affari non superiore a € 7.000, costituito per almeno due terzi da cessioni di prodotti che non possono, tuttavia, essere svolte da soggetti iscritti l'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli» [art. 70 comma 2 lett. *b*) D.Lgs. 276/2003, come sostituito art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012, secondo l'interpretazione di Circ. Min. Lav. 18/2012]. Nella stessa Circ. Min. Lav. si precisa che, poiché le norme sul lavoro agricolo sono speciali, non ci sono altri limiti oltre quello generale di € 5.000 l'anno per tutti i committenti.

Per la pubblica amministrazione c'è conferma ed estensione [art. 70 comma 3 D.Lgs. 276/2003, come sostituito art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012]. Prima della Riforma Fornero il lavoro “a *voucher*” aveva avuto straordinario successo per le pubbliche amministrazioni (compresi gli enti locali), semplicemente ammettendolo in «via sperimentale» (ma ancora per il 2012), nel limite massimo di € 3.000 per anno solare, con i «percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito [comma 1-bis art. 70 D. Lgs. 276/2003, aggiunto dalla lett. *e*) del comma 12 dell'art. 7-*ter* D.L. 10 febbraio 2009, n. 5 e poi mod. dalla lett. *g*) del comma 148 dell'art. 2 L. 23 dicembre 2009, n. 191]. Il lavoro “a *voucher*” era consentito per il committente pubblico e per gli enti locali, nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e ove previsto dal patto di stabilità interno (2-*ter* art. 70 D.Lgs. 276/2003, aggiunto dal comma 149 dell'art. 2 L. 191/2009). La Riforma Fornero [art. 70 comma 3 D.Lgs. 276/2003, ex art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012] ha confermato alla lettera la precedente norma-

tiva del comma 149 dell'art. 2 L. 191/2009), ma senza citare espressamente gli enti locali, che pertanto potevano sembrare esclusi; come prima, il ricorso al lavoro accessorio da parte di un committente pubblico è consentito «nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno».

Il “Decreto sviluppo” [lett. *d*] dell'art. 46-*bis* L. 134/2012], con un'aggiunta all'art. 70 comma 1 D.Lgs. 276/2003 [già sostituito dal comma 32, lett. *a*) della L. 92/2012], ha ammesso al lavoro accessorio gli «enti locali», sempre nei vincoli di contenimento delle spese di personale e del patto di stabilità interno, ma solo «per l'anno 2013», solo per i percettori di ammortizzatori sociali e nel limite di € 3.000 per anno solare. Gli altri «committenti pubblici» sono ammessi invece senza limiti di tempo e potranno fruire di lavoro a *voucher* per qualunque prestatore, entro il limite generale di € 5.000 ad anno solare per la totalità dei committenti.

Ricapitolando, a regime dopo la L. 92/2012, i limiti di compenso con cui è ammissibile il lavoro a *voucher* sono tre: il primo, generale, di € 5.000 per anno solare complessivi per tutti i committenti; nel rispetto di questo primo limite generale, il lavoro accessorio è ammesso per € 2.000 per ciascun imprenditore o professionista e per € 3.000 per i fruitori di ammortizzatori sociali e per gli enti locali (nel 2013). La legge non dice che succede se si superano i limiti di compenso, unici previsti per la legittimità del lavoro “a *voucher*”. Nel silenzio, va esclusa la conversione automatica in lavoro subordinato o parasubordinato, per cui è necessaria una norma espressa, prevista ad es. (come si vedrà) nella stessa Riforma Fornero per le “partite Iva” (art. 1 comma 26 L. 92/2012), che aggiunge l'art. 69-*bis* comma 1 al D.Lgs. 276/2003). Se il superamento dei limiti economici facesse emergere una simulazione, ovviamente varrebbe il contratto reale, con la solita e difficile alternativa fra subordinazione ed autonomia; se invece il superamento dei limiti economici fosse senza simulazione (ad es., con prestazioni sempre di “scarsa importanza”, ma con compenso aggiuntivo oltre il limite di legge) non c'è “conversione”, non prevista dalla legge, ma salta la presunzione di mancanza sia di subordinazione che d'autonomia (*tertium genus*), con applicazione del regime ordinario sia fiscale che previdenziale.

I compensi per lavoro “a *voucher*” sono computati ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno [art. 70 comma 4 D.Lgs. 276/2003, come sostituito art. 1 comma 32 lett. *a*) L. 92/2012], all'evidente fine d'agevolare l'emersione dall'irregolarità. Si prevedono [art. 72 commi 2 e 4 D.Lgs. 276/2003, come sostituito art. 1 comma 32 lett. *e*) e *c*) L. 92/2012] modifiche dei «carnet di buoni», con utilizzabilità dei vecchi già richiesti alla data d'entrata della legge e comunque non oltre il 31 maggio 2013 (art. 1 comma 33 L. 92/2012). Si prevede anche [art. 32 comma 1 lett. *c*) aggiuntivo all'art. 72 comma 4 D.Lgs. 276/2003 la «rideterminazione» con D.M. dell'aliquota contributiva «in funzione degli incrementi delle aliquote contributive per gli iscritti alla gestione separata dell'Inps». Nell'utilizzazione dei vecchi *ticket* è posta una strana norma transitoria (art. 1 comma 33 L. 92/2012) con applicazione della «previgente disciplina» per i buoni «già richiesti alla data di entrata in vigore della presente legge e comunque non oltre il 31 maggio 2013».

Le altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo (“partite Iva”)

Per le «partite Iva», di sfuggente o impossibile determinazione, la Riforma Fornero (art. 1 comma 26 L. 92/2012, che ha aggiunto l'art. 69-*bis* al D.Lgs. 276/2003), chiamandole «altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo», introduce un'altra presunzione relativa ma questa volta di “parasubordinazione” (collaborazione coordinata e continuativa); la presunzione è relativa, perché è fatto «salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente».

La presunzione scatta in presenza di almeno due di tre requisiti (comma 1 dell'art. 69-*bis* del D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1 comma 26 L. 92/2012), poi modificati dal “Decreto sviluppo” (art. 46-*bis* comma 1 lett. *c*) L. 134/2012), riguardanti la durata, i corrispettivi e la disponibilità di «posto fisso». Man mano i requisiti sono stati resi più rigorosi, rendendo la presunzione sempre meno utilizzabile. In base alla lett. *a*) del nuovo art. 69-*bis* D.Lgs. 276/2003 (art. 1 comma 26 L. 92/2012) uno degli indici di presunzione di parasubordinazione si aveva in caso di presta-

zioni di lavoro con il medesimo committente di durata complessiva superiore ad otto mesi nell'anno solare (nel testo iniziale della Riforma Fornero erano sei mesi). Il "Decreto sviluppo" ha previsto invece che la durata complessiva sia superiore ad «otto mesi annui per due anni consecutivi» [art. 46-*bis* comma 1 lett. *c*) n. 1 L. 134/2012]. In base alla lett. *b*) si aveva un secondo indice di presunzione di parasubordinazione quando il «corrispettivo, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco dello stesso anno solare». Il "Decreto sviluppo" ha previsto invece che si può avere presunzione solo con «corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi» [art. 46-*bis* comma 1 lett. *c*) n. 2 L. 134/2012].

Il terzo indice di parasubordinazione è che «il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente» [lett. *c*) comma 1 del nuovo art. 69-*bis* D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1 comma 26 L. 92/2012: nella prima stesura della Riforma Fornero mancava la parola «fissa»].

Basta dunque la presenza di due dei tre indici indicati, per la presunzione relativa di parasubordinazione. La relativa conversione comporterebbe l'applicazione delle norme sulla "parasubordinazione" (ad es. quelle previdenziali) ed in seconda battuta, in mancanza dello specifico «progetto», la conversione in lavoro subordinato.

Si prevede però [comma 2 dell'art. 69-*bis* del D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1 comma 26 L. 92/2012] che la presunzione non opera se le prestazioni *a*) siano connotate «da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività» oppure *b*) siano svolte «da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 volte il livello minimo imponibile ai fini del versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233».

La presunzione non opera neppure [comma 3 dell'art. 69-*bis* del D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1 comma 26 L. 92/2012] per le prestazioni svolte nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni». Tuttavia, per l'applicazione di questa esclusione, è necessario un apposito D.M. da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite le parti sociali.

Comunque, la presunzione di "parasubordinazione" per le "partite Iva" troverà applicazione solo per i rapporti instaurati successivamente all'entrata in vigore della legge. Per i rapporti in corso, le disposizioni si applicheranno dopo dodici mesi dall'entrata in vigore della legge [comma 4 dell'art. 69-*bis* del D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1 comma 26 L. 92/2012].

In caso di conversione in collaborazione coordinata e continuativa, gli oneri contributivi derivanti dall'obbligo d'iscrizione alla gestione separata Inps (ex art. 2 comma 26 L. 8 agosto 1995, n. 335) sono a carico per due terzi del committente e per un terzo del collaboratore, il quale, nel caso in cui la legge gli imponga l'assolvimento dei relativi obblighi di pagamento, avrà il relativo diritto di rivalsa nei confronti del committente [comma 4 dell'art. 69-*bis* del D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 1 comma 26 L. 92/2012].

A parte la complicazione ed il formalismo della conversione prima in parasubordinazione e dopo, nel caso quasi scontato di mancanza di un «progetto», in lavoro subordinato, la norma pare più inutile che efficace, nel bene o nel male. Una presunzione "relativa", «salvo che sia fornita prova contraria», per una o doppia conversione rischia solo di creare contenzioso. Viene infine chiarito con norma interpretativa (e quindi retroattiva) dell'art. 61 comma 3 D.Lgs. 267/2003, che l'esclusione di lavoro a progetto o di lavoro occasionale riguarda solo le collaborazioni coordinate e continuative il cui contenuto concreto sia riconducibile alle attività professionali intellettuali, per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali; in caso contrario, l'iscrizione del collaboratore ad albi professionali non è circostanza idonea di per sé a determinare l'esclusione di lavoro a progetto o di lavoro occasionale (art. 1 comma 27 L. 92/2012).

L'abrogazione del contratto d'inserimento ed i nuovi benefici previdenziali per l'assunzione di lavoratori anziani e di donne

Il contratto di inserimento è eliminato dal 2013, con l'abrogazione degli artt. 54-59 del D.Lgs. 276/2003 (art. 1 commi 14 e 15 L. 92/2012). Al suo posto, dal 1° gennaio 2013, *non* è stato istituito un nuovo contratto ma si sono previsti solamente benefici previdenziali per l'assunzione, con contratti normali, di lavoratori anziani e di donne residenti nelle aree svantaggiate o, ovunque residenti, disoccupate da almeno ventiquattro mesi (art. 4 commi 8-11 L. 92/2012). In tal modo è stata eliminata un'altra possibilità di contratto a termine, perché i contratti d'inserimento erano utilizzati soprattutto per la possibilità d'assumere a termine senza le incertezze del D.Lgs. 368/2001 e non per i benefici previdenziali, fra l'altro non estesi a tutti i casi. In compenso o sostituzione, però, sono ammessi i contratti a termine e di somministrazione a termine «acausali» e completamente liberi fino a dodici mesi [art. 1 comma 9 lett. b) L. 92/2012]: l'eliminazione dal 2013 dei contratti d'inserimento è solo apparente, perché al loro posto sono previsti i contratti «acausali», con la possibilità di un ulteriore 6% di «franchigia sindacale» [art. 1 comma 9 lett. b) L. 92/2012, che ha introdotto il comma 1-*bis* all'art. 1 del D.Lgs. 368/2001] per i sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale (in via decentrata solo con delega).

Per quanto riguarda i benefici in sostituzione, si prevede che dal 1° gennaio 2013 per le assunzioni, con contratto di lavoro a tempo determinato o in somministrazione di lavoratori con non meno di 50 anni disoccupati da oltre 12 mesi, sarà riconosciuta la riduzione del 50% dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro per una durata di 12 mesi; quindi, in caso di trasformazione a tempo indeterminato, la riduzione si prolungherà fino a 18 mesi dall'assunzione. La riduzione del 50% è direttamente di 18 mesi, se l'assunzione è fin dall'inizio a tempo indeterminato.

Le stesse agevolazioni sono riconosciute, nel rispetto del Regolamento CE n. 800/2008 del 6 agosto 2008, anche per le assunzioni di donne di qualsiasi età, prive d'impiego da almeno sei mesi, residenti in «aree svantaggiate» [regioni ammissibili ai finanziamenti nell'ambito dei fondi strutturali comunitari e nelle aree di cui all'articolo 2, punto 18), lettera e) del cit. Regolamento], nonché per le assunzioni di donne di qualsiasi età prive d'impiego regolarmente da almeno ventiquattro mesi, ovunque residenti.

Lo stage (tirocini formativi e di orientamento)

C'era da chiedersi che bisogno c'era o ci sarebbe stato di modificare anche i «*tirocini formativi*», appena ridisciplinati dall'art. 11 del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011 (conv. con modd. dalla L. 14 settembre 2011, n. 148). Già questa legge era tesa a garantire i livelli essenziali di tutela, per offrire maggiore certezza al quadro legale di riferimento, come affermato dalla Circolare n. 24 del 12 settembre 2011 del Ministero del Lavoro. In questa circolare si richiamava l'attenzione ai servizi ispettivi «per prevenire gli abusi e un utilizzo distorto di questo strumento formativo».

I veri e propri «tirocini formativi e di orientamento» sono disciplinati, per quanto compatibili, da «specifiche regolamentazioni regionali» o, «in assenza», dall'art. 18 della L. 24 giugno 1997 n. 196 e regolamento d'attuazione (D.M. 25 marzo 1998, n. 142). Possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti preventivamente determinati dalle normative regionali; non possono avere durata superiore a sei mesi (proroghe comprese) e possono essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del titolo di studio (art. 11 D.L. 138/2011).

Con nomi simili, ci sono vari altri «*tirocini*» (nominati dall'art. 11 comma 1 D.L. 138/2011). Diversi rispetto a quelli della L. 196/1997, e con disciplina speciale, sono i c.d. «tirocini curricolari», inclusi nei piani di studio delle Università o altri istituti scolastici, con finalità non tanto di favorire l'inserimento lavorativo ma di «affinare il processo di apprendimento e di formazione con una modalità di cosiddetta alternanza» (Circ. Min. Lav. n. 24 del 12 settembre 2011, cit.: nota Min. Lav. 14 febbraio 2007, prot. n. 13/Segr./0004746). Diversi anche i «praticantati» per le professioni, già oggetto di delega legislativa con l'art. 3 comma 5 c) D.L. 138/2011, con i criteri di

garanzia dell'effettivo svolgimento dell'attività formativa e di dare un «equo compenso di natura indennitaria» commisurato al concreto apporto; il praticantato non potrà essere complessivamente superiore a tre anni e potrà essere svolto, in presenza d'apposita convenzione, in concomitanza ai corsi di studio (salvo che per le professioni sanitarie). Ci sono poi i «tirocini di reinserimento/inserimento» per disoccupati, con regolamentazione esclusivamente regionale (Circ. Min. Lav. n. 24 del 12 settembre 2011, cit.), i tirocini per i disabili, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali (art. 11 comma 2 L. 12 marzo 1999, n. 68), i «tirocini» per i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcoolisti ed i condannati ammessi a misure alternative, i «tirocini» a favore degli immigrati e altri soggetti svantaggiati (Interpello Min. Lav. n. 7 del 2010).

In questa situazione, non si sa – tornando alla domanda iniziale – che bisogno c'era di una nuova disciplina. Nella formulazione iniziale della Riforma Fornero era prevista all'art. 12 una nuova delega legislativa, oltretutto abbastanza incerta, ma dopo, con un emendamento (ora art. 1 comma 34 L. 92/2012) la delega legislativa è stata trasformata in promozione di un accordo, da raggiungere entro 180 giorni, fra Governo e le Regioni in sede di Conferenza Stato-Regioni, per la «definizione di linee-guida condivise in materia di tirocini formativi e di orientamento». Si ha la sensazione che, inizialmente, nel Ministero non s'erano ricordati che la materia era stata appena disciplinata dall'art. 11 del D.L. 138/2011 (conv. in L. 148/2011) e, una volta scoperto il fatto, la delega legislativa è stata convertita in «linee-guida condivise» da formalizzare in un nuovo accordo fra Governo e Regioni. Fra l'altro, dopo il D.L. 138/2011 c'erano stati sulla materia anche accordi fra Governo e Regioni (7 luglio 2011) e fra Governo e parti sociali (11 luglio 2011),

Dato che nell'art. 1 commi 34-36 L. 92/2012 viene usata l'espressione precisa «tirocini formativi e di orientamento», dovrebbero essere esclusi gli altri «tirocini» sopra indicati. ma la sensazione è che tutto quel che dovrebbe essere fatto in futuro è stato già fatto sia pur in sintesi dall'art. 11 del D.L. n. 138 del 13 agosto 2011.

Per la «linee-guida condivise», il L. 92/2012 prevede «criteri» (art. 1 comma 34) di cui il primo è la «revisione» della disciplina dei tirocini formativi, anche in relazione alla valorizzazione di altre forme contrattuali a contenuto formativo. Non si capisce però come un «accordo» possa comportare una «revisione» della disciplina di legge. Si prevedono inoltre azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto, anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività, l'individuazione degli elementi qualificanti del tirocinio e degli effetti conseguenti alla loro assenza, il riconoscimento di una «congrua indennità», anche in forma forfetaria, in relazione alla prestazione svolta. Non è chiaro il valore di questa «congrua indennità», se di valore retributivo o no, ma la sensazione è che si tratti di retribuzione. Oltretutto è previsto subito dopo (art. 1 comma 35 L. 92/2012) che, «in ogni caso», la mancata corresponsione della «congrua indennità» comporta una «sanzione amministrativa il cui ammontare è proporzionato alla gravità dell'illecito commesso» da un minimo di 1.000 a un massimo di 6.000 euro. Se ne deduce che la «congrua indennità» dovrebbe diventare obbligatoria, seppure in misura variabile, imponendo allo stesso tempo un vero e proprio contratto. I «tirocini formativi» dovrebbero cambiare natura, per diventare un nuovo tipo di contratto: ma è incerto.

Non è chiaro neppure se la sanzione amministrativa per mancata corresponsione della «congrua indennità» scatti solo dopo la conclusione fra Governo e Regioni dell'«accordo per la definizione di linee-guida condivise» (che dovrebbe avvenire entro 180 giorni). La logica vorrebbe d'attendere l'accordo, perché, prima, non si sa nemmeno in cosa consisterebbe la «congrua indennità»; la legge prevede però, per mancata corresponsione di «congrua indennità» (art. 1 comma 35 L. 92/2012), la sanzione amministrativa «in ogni caso». Forse vuol dire che una sanzione minima comunque è necessaria, rendendo però obbligatoria la «congrua indennità». Si ha la conferma che con la «Riforma Fornero» il Governo, più che il parlamento, abbia pensato specialmente a riscrivere tutto, per diventare l'autore unico del diritto del lavoro.

L'APPRENDISTATO

di Franco Carinci - già Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna

La prima contrattazione collettiva "attuativa"

Il 25 aprile scadeva quella "abrogazione sospesa" di cui all'art. 7, commi 6 e 7, D.Lgs. n. 167/2011, per cui uscivano definitivamente di scena "la legge 19 gennaio 1955, n. 25, gli articoli 21 e 22 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, l'articolo 16 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e gli articoli da 47 a 53 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276". Sicché c'è stata tutta un'affannosa corsa finale a quegli "appositi accordi interconfederali ovvero... contratti collettivi stipulati a livello nazionale", che l'art. 2 del decreto eleva a "fonti" della disciplina generale dell'istituto, non senza lasciarsi alle spalle più di una perplessità.

C'è da dubitare della correttezza costituzionale di una scelta che, dopo aver tipicizzato un contratto in base alla causa ancora prevalentemente formativa, rinuncia ad una regolamentazione *ex lege*, statale o regionale; e la consegna ad una contrattazione collettiva condotta da oo.ss., non solo selezionate secondo la nozione approssimativa di "comparativamente più rappresentative", ma implicitamente legittimate a procedere anche separatamente. Ritorna tutta la problematica relativa all'efficacia generale di una contrattazione di diritto comune cui la legge faccia rinvio per essere derogata od integrata; qui, però, resa ancor più grave dalla totale carenza di una disciplina normativa, tanto che non solo contro ma anche senza una disciplina collettiva sembrerebbe impossibile procedere all'assunzione di apprendisti.

Il testo più importante rimane a tutt'oggi l'*accordo interconfederale sull'apprendistato professionalizzante 18 aprile 2012 per il settore industriale, sottoscritto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil*, ripreso alla lettera dall'*accordo interconfederale 19 aprile 2012 per il settore cooperativo siglato da AGCI, Concoop, Legacoop, Cgil, Cisl e Uil*⁴⁸, che, però, si limita ad introdurre una disciplina "in via sussidiaria e cedevole rispetto a quanto dovrà essere disciplinato "dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria".

Ad esserne oggetto è l'apprendistato professionalizzante, per cui vengono ripresi e tradotti i principi preposti dallo stesso art. 2 T.U. al confezionamento del relativo regolamento collettivo: eventuale previsione del patto di prova per la durata prevista dai contratti collettivi di categoria; possibilità di inquadramento fino a due livelli inferiori rispetto alla categoria spettante; indicazione nel piano formativo individuale del tutore/referente aziendale; facoltà di recedere dal contratto al termine del periodo formativo *ex art. 2118 c.c.*, con un preavviso di 15 giorni, che, se ed in quanto non esercitata, comporta la prosecuzione del rapporto "come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato"; durata, comunque, non superiore a tre anni e, per "i profili professionali equipollenti a quelli dell'artigianato" individuati dai contratti collettivi, a cinque anni.

Il processo formativo di cui all'apposito piano individuale, redatto tenendo conto dell'allegato *format*, risponde in tutto e per tutto al modello delineato nel TU, con a referente il sistema di inquadramento collettivo applicato nel luogo di lavoro e con a contenuto un impegno aziendale ridotto, quantificato in un monte ore non inferiore alle 80 all'anno, nonché con un intervento pubblico *extra* - aziendale solo eventuale, perché esplicitamente previsto "laddove esistente".

Assai più ricchi ed articolati sono i contratti siglati per il terziario, distribuzione, servizi e per il turismo, perché come contratti nazionali costituiscono le "fonti collettive" privilegiate per fornire una disciplina dell'apprendistato adattata a misura di ciascuna singola categoria; tanto che, come visto, lo stesso accordo interconfederale 18 aprile 2012 per l'intero settore industriale pone una regolamentazione "cedevole" a fronte dei futuri c.c.n.l. Sono firmati solo ed esclusivamente dalle federazioni aderenti a Cgil, Cisl Uil, a conferma di una gestione oligopolistica della c.d. con-

⁴⁸ Entrambi reperibili in *Bollettino Speciale Adapt*, 24 aprile 2012, n. 13, www.bollettinoadapt.it.

trattazione delegata, basata non su un'effettiva ricognizione della rappresentatività, ma su una perpetuazione della situazione di fatto in forza della convenienza di entrambe le parti stipulanti, associazioni sindacali e datoriali; e, se pur provvisti di discipline generali, come tali potenzialmente estese anche agli altri tipi di apprendistato, risultano centrati su quello professionalizzante.

Il *contratto nazionale per il terziario, distribuzione, servizi, sottoscritto il 24 marzo 2012 da Confcommercio-Imprese per l'Italia, Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil*⁴⁹, replicato il 28 marzo successivo da *Confesercenti*, ha una Premessa, riprodotte quell'esplicita riserva di competenza a favore del livello nazionale di contrattazione sancita dall'art. 2, D.Lgs. n. 167/2011; cui fa seguire la Parte I, con una disciplina generale che ricalca largamente quella di cui al D.Lgs. n. 167/2011, e la Parte II, con una particolare per l'apprendistato professionalizzante o di mestiere. Ora, della Parte I è meritevole di menzione la "procedura di applicabilità" relativa proprio a quest'ultimo apprendistato, per la quale chi intenda assumere apprendisti, deve farne richiesta con tanto di progetto formativo "alla specifica Commissione dell'Ente Bilaterale, prevista dalle norme contrattuali nazionali del Terziario, competente per territorio" o, se titolare di unità produttive distribuite in più di due regioni, può farla alla "commissione paritetica istituita in seno all'Ente Bilaterale Nazionale". Parebbe che, in mancanza di un "parere di conformità", il richiedente "terzo rispetto al contratto" non possa procedere all'assunzione; cosa, questa, che risulterebbe illegittima se anche l'art. 39 Cost. fosse stato attuato, con conseguente efficacia *erga omnes* della sua disciplina normativa, sicché è ben difficile immaginare che non lo sia in assenza di qualsiasi legislazione attuativa.

Nella Parte II spicca la prevista esistenza di una percentuale di conferma in servizio pari addirittura all'"80% dei lavoratori il cui contratto di apprendistato professionalizzante sia già venuto a scadere nei ventiquattro mesi precedenti", quale preconditione per l'assunzione di altri apprendisti, che, se non soddisfatta, potrà portare alla mancata concessione del visto "parere di conformità".

Accurata risulta la regolamentazione della formazione, che sembra smentire l'impressione diffusa per cui proprio la realtà del terziario, distribuzione, servizi, per il suo carattere largamente "maturo", richieda spesso poca acculturazione professionale.

L'attività formativa prevede l'individuazione di qualifiche e mansioni escluse, la scansione della durata a seconda dei livelli d'inquadramento, la definizione del percorso formativo in relazione alla qualifica professionale e al livello di inquadramento da raggiungere, secondo un allegato 1, l'individuazione dei requisiti della formazione professionalizzante in termini quantitativi in due tabelle A e B. Questa è destinata a svolgersi secondo una strumentazione tecnica sulla carta molto moderna: "in aula, *on the job* ... tramite lo strumento della formazione a distanza (FAD) e strumenti di *e-learning*, ed in tal caso l'attività di accompagnamento potrà essere svolta in modalità virtualizzata e attraverso strumenti di tele affiancamento o video-comunicazione da remoto".

Non molto dissimile risulta il successivo *accordo per il turismo 17 aprile 2012, sottoscritto da varie Federazioni datoriali, nonché da Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, UilTuCS*⁵⁰, anch'esso comprensivo di una disciplina generale che recupera ampiamente quella di cui al D.Lgs. n. 167/2011 e di una particolare per l'apprendistato professionalizzante. Vi ritorna sia la sostanza della "clausola di applicabilità", con la chiamata in causa degli enti bilaterali e dell'Ente Bilaterale nazionale del Turismo, "per la verifica della conformità dei piani formativi..."; sia l'esistenza della percentuale di conferme in servizio, qui pari al 70%, quale pre-condizione per procedere a nuove assunzioni. Anche qui c'è un allegato dove sono indicati per ciascun comparto "i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante"; e il processo formativo prevede un largo uso dello strumento informatico.

⁴⁹ Reperibile in Bollettino Speciale Adapt, 24 aprile 2012, n. 13, www.bollettinoadapt.it.

⁵⁰ Reperibile anch'esso in Bollettino Speciale Adapt, 24 aprile 2012, n. 13, www.bollettinoadapt.it.

Dopo aver richiamato il *c.c.n.l. per i dipendenti da studi professionali del 29 novembre 2011, fra Confprofessioni e Filcams Cgil, Fisascat Cisl e Uiltucs Uil*, che si segnala per essere stato il primo contratto ad intervenire sulla materia, c'è spazio residuo per menzionarne altri tre. Il primo è quello per *l'apprendistato professionalizzante in somministrazione 5 aprile 2012, fra Assolavoro, Felsa Cisl, Nidil Cgil, Uil Temp*⁵¹, che prevede l'assunzione a tempo indeterminato, solo dei lavoratori di età compresa tra i 18 e i 29 anni, con una attività formativa di cui resta responsabile l'Agenzia per il lavoro, ma condotta ovviamente con la partecipazione dell'impresa utilizzatrice. La limitazione della somministrazione agli apprendisti "giovani" esclude l'ipotesi che la stessa possa essere utilizzata per i lavoratori in mobilità.

Il secondo è *l'accordo per l'apprendistato professionalizzante nel settore del trasporto e della logistica del 24 aprile 2012*. Mentre il terzo è *l'accordo per l'apprendistato professionalizzante nel settore della panificazione del 4 maggio 2012*, il primo ad utilizzare come meccanismo di remunerazione dell'apprendistato il doppio sistema del sottoinquadramento e della retribuzione in percentuale, recepito in legge nel 2009⁵².

La riforma "Fornero"

L'art. 1, co. 1, l. n. 92/2012, alla sua lett. a) proclama il lavoro subordinato a tempo indeterminato "forma comune di rapporto di lavoro"; e subito dopo, alla sua lett. b), considera l'apprendistato "modo prevalente di accesso al lavoro"⁵³. Non si tratta di una mera ricognizione della realtà, che, comunque, risulterebbe, a tutt'oggi, esatta per il tempo indeterminato, ma del tutto sovrastimata per l'apprendistato; ma di una scelta di politica del diritto fatta propria ed incorporata nella stessa riforma. Solo che il tempo indeterminato, senza divenire "unico", è rimasto pur sempre dominante, con il multiforme universo dell'"atipico" conservato quasi integralmente, ma limitato ulteriormente almeno nel suo complesso. Mentre l'apprendistato è a tutt'oggi disciplinato da quel recente T.U., appena ritoccato dalla riforma Fornero, che, sotto il recupero dell'approccio olistico della legge Biagi, dell'essere uno e trino, continua a privilegiare il sotto-tipo professionalizzante, con un contenuto formativo aziendalizzato nel suo approccio e ridimensionato nel suo carico orario, sì da limitarne e sterilizzarne l'uso.

In punto di diritto c'è dell'altro. L'apprendistato è definito dall'art. 1 del T.U: come "un contratto a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani". Il che per l'occhio di un "tecnico" appare strano, perché il tipo dovrebbe essere classificato in base alla causa, con la durata consegnata alla disciplina; e la causa è stata qui sempre individuata come formazione/retribuzione *versus* prestazione.

Non lo è, invece, per l'occhio di un "politico", visto che la ricostruzione come contratto a tempo indeterminato, pur tributaria di una giurisprudenza costituzionale risalente, è venuta ad acquisire una indubbia rilevanza ideologica nella *damnatio* propugnata per ogni rapporto a termine. E visto, altresì, che l'ammissione di una coesistenza fra finalità formativa ed occupazionale fa da premessa non priva di una sua carica interpretativa a quella disciplina del T.U. la quale puntualmente la conferma.

Resta vero che è estremamente difficile conciliare il carattere di contratto a tempo indeterminato attribuito all'apprendistato, unico ed unitario, con l'inevitabile cambio dell'elemento causale – da misto (formazione/retribuzione *versus* prestazione lavorativa) a puro (retribuzione *versus* prestazione lavorativa) – nel passaggio dal periodo formativo a quello *post*-formativo. Che lo sia, ne è testimone il peculiare regime in tema di licenziamento, etichettabile come "bastardo": per

⁵¹ Reperibile in Bollettino Speciale Adapt, 24 aprile 2012, n. 13, www.bollettinoadapt.it.

⁵² L'art. 2, comma 155, legge 23 dicembre 2009, n. 191, ha legittimato il doppio sistema di remunerazione dell'apprendista, inserendo il comma 1-bis nell'art. 53, D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

⁵³ Per una ricostruzione dell'intera vicenda legislativa *post*-bellica dell'apprendistato puoi vedere il mio *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in *Quad. arg. dir. lav.*, ordinati da M. Persiani e F. Carinci, n. 11, Padova, 2012.

l'intero corso del periodo formativo occorre una giusta causa od un giustificato motivo, ai sensi della l. n. 604/1966 e successive modificazioni; mentre, al termine dello stesso, è possibile procedere *ad nutum*, ai sensi dell'art. 2118 c.c.

A tradurlo nel linguaggio famigliare all'orecchio di un datore di lavoro, almeno l'apprendistato professionalizzante appare un contratto a tempo indeterminato risolubile liberamente al termine di un periodo caratterizzato da un obbligo formativo ormai fortemente ridimensionato e reso appetibile da un sistema incentivante, contributivo e normativo. E nel considerarlo mezzo di accesso prevalente al mondo del lavoro l'ultimo legislatore fa affidamento proprio su questo per una redistribuzione generazionale della forza lavoro occupata che favorisca la componente giovanile altamente penalizzata. Il che pone la nuova disciplina introdotta dall'art. 1, co. 16 - 19 in perfetta continuità con quella del T.U., che integra senza modificarne l'ispirazione e l'impostazione.

Il co. 1, lett. m) dell'art. 2 di quel T.U. viene integrato per risolvere un problema interpretativo scaturito dall'avervi previsto che il periodo di preavviso per il licenziamento *ex art.* 2118 c.c. decorre dal termine dell'apprendistato, senza dire quale regime si applichi nel frattempo: ora è scritto che continuerà a trovarvi "applicazione la disciplina del contratto di apprendistato". Chiari- to questo, dunque, ma a costo di aprirne un altro, cioè su che cosa significhi esattamente tale ultima espressione, soprattutto con riguardo alla scadenza prevista: una volta così spostata in avanti, non si sa se scatterà automaticamente o se sarà ulteriormente prolungabile per qualche causa potenzialmente sospensiva verificatasi nel frattempo, come tipicamente una malattia.

Ad interessare è ben altro. Sempre il co. 1 dell'art. 2 si vede aggiunta una lettera *a-bis*) con la "previsione di una durata minima del contratto, non inferiore a sei mesi", certo apprezzabile, perché intesa ad impedirne l'utilizzazione per soddisfare esigenze temporanee, tali da non permettere alcuna formazione, se pur elementare. Essa, però, deve fare i conti con quanto risulta dal visto Isfol, Monitoraggio dell'apprendistato, XII Rapporto, elaborato sulla fonte Inps, che, preso a riferimento il 2010, dà le seguenti percentuali: l'85,5% dei contratti cessa prima della scadenza, il 60% a causa di dimissioni, mentre il 42,3% dura meno di tre mesi.

Significativo è il nuovo in tema di contingentamento, quale costituito dal sostituito co. 3 dell'art. 2, applicabile dal 1 gennaio 2013, perché proprio l'aver consentito al datore di lavoro di portare il rapporto fra apprendisti e lavoratori specializzati o qualificati da 1/1 a 3/2 testimonia la prevalente preoccupazione occupazionale, tenuto conto dei benefici contributivi e normativi previsti per gli apprendisti. Rimane ancorato al rapporto 1/1 il datore di lavoro con meno di nove dipendenti; mentre resta soggetto al regime di cui all'art. 4 l. n. 443/1985 l'artigiano.

È qui ripreso alla lettera quanto già previsto con riguardo al datore di lavoro senza o con meno di tre operai specializzati o qualificati, legittimato ad assumere fino a tre apprendisti; mentre quanto prima previsto come un permesso a ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato di cui all'art. 20, co. 3 D.Lgs. n. 276/2003, viene sì confermato, ma in quanto deducibile *a contrario* dal divieto di utilizzare quella a tempo determinato di cui allo stesso art. 20, co. 4. Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. con modd. in L. 7 agosto 2012 n. 134) all'art. 46-*bis* lett. a) ha ammesso l'utilizzo da parte del somministratore di uno o più apprendisti.

Ancor più significativo è il varo di un "onere di conservazione in servizio" per via dei commi 3-*bis* e 3-*ter* aggiunti all'art. 2 del T.U.: il datore di lavoro con un numero di dipendenti inferiore ai dieci non potrà assumere nuovi apprendisti, se non avrà provveduto a mantenere in servizio almeno il cinquanta per cento (trenta per cento per un periodo di trentasei mesi decorrenti dall'entrata in vigore della legge) dei vecchi, esclusi quelli cessati dal servizio per recesso nel corso del periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta causa, ma, inspiegabilmente, non per giustificato motivo soggettivo. L'"onere" è stato mutuato dal soppresso contratto di inserimento (art. 54, comma 3, D.Lgs. n. 276/2003); ma qui viene debitamente sanzionato: se non adempiuto, permette solo "l'assunzione di un ulteriore apprendista rispetto a quelli già confermati, ovvero di un apprendista in caso di totale mancata conferma degli apprendisti progressivi"; mentre ogni altro occupato al di sopra di questo limite è considerato lavoratore subordinato a tempo inde-

terminato fin dall'inizio del rapporto. Col che il legislatore tradisce se stesso, perché, stando al suo dire, l'apprendistato dovrebbe essere qualificato come un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dal suo inizio; mentre qui un eventuale utilizzo soprannumerario comporterebbe una sua conversione successiva proprio in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.... intendendo, evidentemente, riferirsi a quello "ordinario".

Di diritto e di fatto l'onere in parola presuppone il carattere potenzialmente temporale del rapporto attivato col contratto di apprendistato, che, una volta esaurito il periodo formativo, rimane esposto al recesso ex art. 2118 c.c. Tant'è che proprio per disincentivare tale recesso, il legislatore interviene ora con un intento anti-abusivo, cioè di porre un limite al *turn-over* degli apprendisti, visto come mezzo di abbattimento del costo lavoro a tutto scapito di un organico stabile. Ma non solo, dato che è del tutto evidente come l'intento anti-abusivo si coniughi con quello occupazionale assunto come fine elettivo dell'intervento, di fare dell'apprendistato il passaggio privilegiato per l'accesso al mercato del lavoro.

Non senza, però, che tutto questo *aliquid novi* possa avere una ricaduta negativa sulla finalità formativa. L'elevazione del rapporto fra apprendisti e maestranze specializzate e qualificate in servizio diluisce quella tipica forma di apprendimento *on the job*, costituita dall'affiancamento; la conservazione in servizio accresce la spinta a conformare la formazione all'attività dell'impresa in cui si entra come apprendista⁵⁴.

Insomma, il cambiamento si muove nel solco del passato. Ed, allora, a prescindere dall'impegnativo programma costituito dall'apprendistato permanente (artt. 66 e segg.), c'è da dubitare, oggi come ieri, che l'apprendistato possa assurgere a "modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro". Come già ricordato, il verdetto dei numeri offerti dal Rapporto citato è chiaramente e nettamente contrario, visto che l'apprendistato non solo non è mai riuscito a decollare, ma appare in declino nel triennio 2008-2010.

Certo il legislatore cerca di allargargli lo spazio operativo. Al fine di dar inizio al riassorbimento di ogni altro contratto di accesso al lavoro, l'art. 4 elimina il contratto d'inserimento di cui agli artt. 54 e segg. D.Lgs. n. 276/2003, previsto per un tempo fra i nove ed i diciotto mesi e finalizzato ad un adattamento o riadattamento del lavoratore ad un certo contesto lavorativo, limitatamente ad alcune categorie specificamente indicate. Ora, per la categoria dei giovani fra i 18 e i 29 dovrebbe essere sostituito dall'apprendistato, se pur non senza dar per scontato quel ridimensionamento qualitativo del momento formativo già tipizzato nel contratto di inserimento; mentre, per quelle degli ultracinquantenni e delle donne nelle aree svantaggiate interviene l'art. 53.

Rimane scoperta la categoria costituita "dai disoccupati di lunga durata da ventinove fino a trentadue anni", tant'è che forse sarebbe stato meglio mantenerlo questo contratto di inserimento per tener conto di una realtà drammatica, quale costituita da una disoccupazione giovanile la quale proietta la sua ombra sempre più verso l'età adulta. Comunque meglio reintrodurlo che procedere ad un innalzamento dell'età di accesso all'apprendistato, portandola fino al limite dei trentadue anni, perché questo significherebbe travolgerne completamente il rilievo ed il ruolo⁵⁵.

⁵⁴ Sul punto è intervenuta la circolare del Ministero del lavoro n. 18/2012, *sub* "Apprendistato e clausole di stabilizzazione".

⁵⁵ A proposito dell'apprendistato l'emendamento di cui all'art. 46-*bis* (Modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92, e misure in materia di accordi di lavoro), co. 1, lett. b) del c.d. decreto sviluppo in via di approvazione, recita testualmente: "all'articolo 1, dopo il comma 17 è inserito il seguente: «17-*bis*. Al comma 3 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dopo la lettera *i-bis*) è inserita la seguente: "*i-ter*) in tutti i settori produttivi, in caso di utilizzo da parte del somministratore di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato"».

Il che va letto alla luce del comma 16 della stessa l. n. 92 /2012 che ha sostituito il comma 3 dell'art. 2 T.U: come visto in testo, vi si conferma la possibilità di far ricorso alla somministrazione; ma si esplicita quella esclusione della somministrazione a tempo determinato peraltro già deducibile. Sicché, è sembrata cosa opportuna, se pur non necessaria, inserire nell'elencazione delle ipotesi per le quali è ammessa la somministra-

(segue)

A guardare al futuro, si dovrebbe imparare da dove l'apprendistato funziona, secondo quel duplice modello scuola-centrico della Francia o impresa-centrico della Germania, che ne fa uno strumento destinato ad operare a monte, con un largo corredo formativo, spendibile sul mercato del lavoro, invece di insistere su una politica che, di fatto, ne vorrebbe fare un mezzo utilizzato per il recupero di tutto il materiale spurio prodotto dal disboscamento delle collaborazioni a progetto, delle partite Iva, dei tirocini.

zione a tempo indeterminato di cui al comma 3 dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003 anche quella relativa all'assunzione di apprendisti.

LAVORO A TEMPO PARZIALE: MENO FLEX, PIÙ SECURITY

di Marina Brollo - Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Udine

La legge 28 giugno 2012, n. 92⁵⁶, nell'intento dichiarato di realizzare un modello di regolamentazione del lavoro all'insegna della *flexicurity* europea, prevede sul versante della *flexibility* nel rapporto di lavoro una mera manutenzione⁵⁷ della variegata serie di figure contrattuali portatrici di una flessibilità c.d. 'in entrata', in linea di principio per contenere quella 'cattiva' ed eliminare gli abusi del datore di lavoro. Fra le tipologie di lavoro subordinato revisionate c'è il *part-time*, con l'avvertenza che esso veicola nel rapporto di lavoro anche importanti flessibilità gestionali o interne, considerati gli spazi di manovra molto più ampi rispetto al lavoro a tempo pieno, tanto più estesi quanto più è 'corto' l'orario del *part-time*.

Lavoro a tempo parziale nella riforma

Le novità, fra le meno discusse della riforma "Fornero", sono racchiuse nel breve comma 20 dell'art. 1, legge n. 92/2012, che accoglie alla lettera l'art. 6 del d.D.L.⁵⁸ senza ulteriori correzioni né nella successiva proposta emendativa del c.d. 'pacchetto sviluppo', né nelle indicazioni operative della circolare n. 18 del 18 luglio 2012. La riforma modifica i commi 7 e 9 dell'art. 3, D.Lgs. n. 61/2000 (e successive modifiche e integrazioni) novellando, con piccoli ritocchi di *ordinaria manutenzione*, i due fuochi della disciplina di pattuizione delle flessibilità unilaterali di gestione dell'occupazione a tempo parziale: le clausole elastiche e flessibili di variazione della durata e della collocazione temporale della prestazione di lavoro rispetto all'orario pattuito. La novella prevede un riequilibrio delle regole sbilanciate sul fronte datoriale che, come si legge nella Relazione illustrativa, «mira ad incentivare l'impiego virtuoso» del lavoro a tempo parziale, «ostacolandone l'utilizzo quale copertura di utilizzi irregolari dei lavoratori».

Per cogliere la portata dell'ennesima *mini-riforma* del *part-time* è necessario ricostruire la disciplina vigente, nel lavoro privato, sino al 17 luglio 2012, come risulta a seguito della tormentata evoluzione, nella stagione del diritto del lavoro flessibile, delle condizioni d'uso dello *jus variandi* temporale di cui alla *maxi-riforma* del 2000.

Disciplina previgente: clausole flessibili ed elastiche

Il punto di partenza è dato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, di attuazione della direttiva n. 97/81/Ce del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro europeo sul lavoro a tempo parziale, che ha cancellato la scarna disciplina dell'art. 5, D.L. n. 726, conv. nella legge n. 863 del 1984⁵⁹. Il D.Lgs. n. 61/2000 ha previsto una regolamentazione organica (tendenzialmente comune al lavoro pubblico privatizzato) che sopravvive come normativa-base del contratto di lavoro a tempo parziale, nonostante i ripetuti *maquillage* (per il lavoro privato: del 2001, 2003, 2007 e 2011) allo scopo di incentivare l'uso del lavoro a tempo parziale; obiettivo tutt'ora mancato (come segnala il

⁵⁶ Per un primo commento sistematico sia permesso rinviare al M. Brollo, volume sesto, *Il mercato del lavoro, Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, in corso di pubblicazione.

⁵⁷ Con la sola eccezione del contratto d'inserimento, formalmente abrogato dal comma 14 dell'art. 1, legge n. 92/2012, ma nella sostanza sostituito da altri contratti o interventi.

⁵⁸ A.S. n. 3249 e A.C. n. 5256 del 2012. La riforma non ha coltivato l'iniziale proposta governativa (c.d. "Documento di *policy*") di obbligare il datore alla comunicazione amministrativa, contestuale al preavviso per il lavoratore, di ogni variazione di orario attuata in applicazione di clausole elastiche e flessibili nell'ambito del *part-time* verticale o misto (ritenuto la tipologia che maggiormente si presta ad abusi).

⁵⁹ Sul quale, a tutt'oggi, è ancorata la giurisprudenza edita in materia. Per una ricognizione aggiornata alla vigilia della novella v. A. Minervini, *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, 2009; A. Boscati, S. Ferrario, *Il lavoro a tempo parziale*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Il diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2010, 537; M. Brollo, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, per il *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2009, vol. 12, t. II, 1175.

confronto europeo), anche in quanto l'intervento pendolare del legislatore ha reso le regole di gestione di questo rapporto di lavoro altamente complesse e complicate e quindi incerte.

Come noto, le modifiche hanno delineato un andamento della disciplina legale di tipo sinuoidale, con oscillazioni vuoi verso la *flexibility*, vuoi verso la *security*: nel primo caso, in direzione di una flessibilità 'adattiva' a tutela dell'interesse del datore all'organizzazione aziendale secondo le esigenze tecnico-produttive, riconducibile al comma 1 dell'art. 41 Cost.; nel secondo, a tutela dell'interesse del lavoratore alla programmazione e/o prevedibilità del proprio tempo, quale corollario del comma 1 dell'art. 36 Cost.⁶⁰.

È altrettanto noto che, seppur nel contratto individuale di lavoro vadano indicate – in modo rigido (formale e puntuale) – la durata (ridotta) e la collocazione temporale dell'orario (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 61/2000), la legge prevede diverse forme di variabilità di questi elementi per una gestione più fluida dei tempi di lavoro. Fra queste, le forme più discusse sono date dalle clausole c.d. «flessibili», apponibili ad ogni tipologia negoziale di *part-time* (orizzontale, verticale e mista) per concedere al datore il potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale rispetto a quella inizialmente concordata, e dalle clausole c.d. «elastiche», stando alla lettera della legge, apponibili solo al *part-time* di tipo verticale o misto⁶¹, per attribuire al datore il potere di variare in aumento la durata concordata entro il limite del tempo pieno (art. 3, commi 7-12, D.Lgs. n. 61/2000)⁶².

Tali clausole accessorie, diverse per contenuti (di lavoro variabile o eccedente), risultano gemelle per quanto concerne le caratteristiche potenzialmente vessatorie dato che entrambe configurano un inasprimento del potere direttivo, con il riconoscimento in capo al datore di lavoro di un inedito *jus variandi* temporale e il conseguente obbligo per il lavoratore, una volta sottoscritte le clausole, di adeguarsi alla variazione (di turno o di orario aggiuntivo). Ne deriva una comune accentuazione dello squilibrio tra le parti, cioè della condizione di subordinazione del lavoratore, da qui l'esigenza del legislatore di predisporre vincoli e cautele omogenee contro i possibili abusi.

Si ricorda che la direttiva n. 97/81/Ce, seppur non si occupa direttamente di queste clausole, prevede che la flessibilità della prestazione deve tener conto sia degli interessi del lavoratore sia delle esigenze di competitività dell'impresa; allo stesso modo dispongono l'art. 9 della Convenzione Oil n. 175/1994 e la Raccomandazione Oil n. 182/1994.

Considerata la segnalata alterazione delle caratteristiche della subordinazione, il legislatore prevede, sin dall'inizio e senza ripensamenti, per la legittimità delle clausole elastiche e flessibili la necessità del consenso espresso del lavoratore⁶³. Viceversa, molto più tormentato e altalenante è il ruolo della contrattazione collettiva. La questione è cruciale anche in quanto il consenso sindacale, controllando il potere organizzativo del datore, indirettamente può rafforzare le tonalità di volontarietà del lavoro a tempo parziale sul lato del lavoratore, come richiesto dalla disciplina dell'Unione europea⁶⁴.

⁶⁰ In tema conserva importanza il monito di Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 731, con nota di P. Ichino, ripreso da Corte Cost., 15 luglio 2005 n. 283, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 2600, con nota di C. Alessi.

⁶¹ Nel *part-time* orizzontale, in teoria, sono sostituite dal lavoro supplementare, avente una differente regolamentazione.

⁶² V. il comma 7 dell'art. 3, D.Lgs. n. 61 novellato dall'art. 46 lett. j) D.Lgs. n. 276/2003. Ricordo che nella prima versione del D.Lgs. n. 61/2000 le clausole flessibili erano definite elastiche. Per una rassegna della giurisprudenza recente rinvio a M. Cottone, *Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di clausole elastiche e flessibili nel contratto di lavoro a tempo parziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, 917.

⁶³ Ai sensi del comma 7 dell'art. 3, D.Lgs. n. 61/2000, occorre uno «specifico patto scritto» (secondo l'interpretazione prevalente *ad substantiam*) concordato (seppur anche al momento dell'assunzione) dalle «parti del contratto di lavoro a tempo parziale», cioè dal singolo lavoratore e datore.

⁶⁴ Viceversa, si segnala che la legge italiana, probabilmente influenzata dai forti costi impliciti nella struttura produttiva del nostro Paese del *part-time* nella gestione tecnico-organizzativa del lavoro ad orario ri-

Dopo il 2011: aumento della *flexibility*

Il ricorso alle clausole elastiche e flessibili, nella versione originaria del D.Lgs. n. 61/2000, era sottoposto al regime del c.d. “doppio filtro” preventivo (accordo individuale *e* sindacale); tale regime è stato dapprima spezzato (accordo individuale *o* sindacale) dalla legge Biagi (art. 46, D.Lgs. n. 276/2003), seppur nell’ambigua ipotesi di «assenza di contratti collettivi»; il regime originario è stato poi recuperato, ma con una diversa selezione dei sindacati, dalla legge sul *welfare* (art. 1, comma 44, legge n. 247/2007). Infine, dal 1° dicembre 2011, il “filtro” raddoppiato è stato, quasi di soppiatto, dimezzato in modo netto (accordo individuale *o* sindacale, senza recuperare l’ambigua ipotesi cit. *supra*) con il comma 4 dell’art. 22, legge 12 novembre 2011, n. 183, c.d. ‘legge di stabilità’, che ha decretato una sorta di *resurrezione* delle pattuizioni individuali previste dalla riforma Biagi, attenuando la competenza e il ruolo dell’autonomia collettiva.

La novella del 2011 –oltre a cancellare l’obbligo di convalida davanti alla Dtl del passaggio dal *full-time* al *part-time*– ha, infatti, allargato la variabilità del *part-time*, resuscitando le disposizioni di cui ai commi 7 e 8 dell’art. 3, D.Lgs. n. 61/2000, che prevedono la negoziazione ‘secca’ fra le parti, datore e lavoratore, delle clausole elastiche e flessibili –già sperimentata dal 2003 al 2007– senza la necessità dell’‘autorizzazione’ sindacale.

Ricordo poi che la disponibilità del lavoratore al *part-time* variabile una volta data è a tempo indeterminato, con il rischio di restare permanentemente elastico e flessibile, visto che la riforma “Biagi” (art. 46, D.Lgs. n. 276/2003) ha cancellato il c.d. “diritto al ripensamento”, eliminando la possibilità per il lavoratore di recedere dal patto di variabilità per esigenze sopravvenute (art. 3, comma 9, D.Lgs. n. 61/2000)⁶⁵. Pertanto per recedere dal patto individuale di variabilità, dopo la novella del 2003, occorre un nuovo specifico accordo bilaterale di segno contrario.

Infine si rammenta che, a partire dal 2011, dosi ulteriori di flessibilità per il lavoro a tempo parziale –anche se non richiamato in modo puntuale⁶⁶– possono essere previste nell’ambito dei contratti collettivi c.d. “di prossimità”, cioè aziendali o territoriali, in virtù del discusso art. 8, D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, nella legge 14 settembre 2011, n. 148.

Tuttavia, la facoltà di detta negoziazione sindacale, per il settore privato, di derogare *in pejus* (non solo ai contratti collettivi nazionali di lavoro, ma anche) alle disposizioni di legge deve arrestarsi davanti ad alcune soglie invalicabili: il rispetto della Costituzione, i vincoli derivanti dalle normative dell’Unione europea e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, nonché le (non molto chiare) finalità indicate dallo stesso art. 8, D.L. n. 138/2011.

A conti fatti, nella regolamentazione del lavoro a tempo parziale, lo spazio a disposizione dei futuri contratti di prossimità, se ed in quanto vorranno percorrerlo, per introdurre deroghe *in pejus*, appare alquanto ristretto date le ampie flessibilità previste dal legislatore e la fitta trama dei vincoli appena tratteggiata.

Aumento della *security*

In questo contesto normativo sbilanciato sulle flessibilità *pro* datore, per riequilibrare la situazione, il comma 20 dell’art. 1, legge n. 92/2012, modifica l’art. 3, D.Lgs. n. 61/2000, relativa-

dotto, tende a declinare la volontarietà del tempo di lavoro per lo più sul fronte dell’impresa: M. Delfino, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, 2008; S. Brun, *Trasformazione dei tempi di lavoro ed esigenze organizzative dell’impresa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 259.

⁶⁵ L’esercizio del c.d. “diritto di ripensamento” era soggetto, nella versione originaria, a limiti temporali (almeno cinque mesi dalla data di stipulazione del patto) e di esigenze giustificatrici per lo più di rango costituzionale (di carattere familiare, di tutela della salute, di salvaguardia di altre attività lavorative).

⁶⁶ R. Voza, *Contratti ad orario ridotto, modulato o flessibile*, in F. Carinci (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Milano, 2012, 419.

mente a due dei tre commi dedicati alle clausole elastiche e flessibili⁶⁷. I ritocchi sono intimamente collegati nel ridimensionare le flessibilità gestionali del *part-time* attribuendo al lavoratore – in presenza di certe condizioni, individuate dalla legge o dal contratto collettivo – il diritto di modificare l’impegno temporale inizialmente concordato con il proprio datore, cioè di rifiutare il cambio di turno o il lavoro aggiuntivo. La novella del 2012, prevedendo le condizioni per un ripensamento del lavoratore circa la sua disponibilità ad essere flessibile ed elastico⁶⁸, salvaguarda la programmabilità e la prevedibilità del tempo di non lavoro rinforzando la *security* nel rapporto di lavoro, con ovvie differenze a seconda della fonte legale o contrattuale (anche se demandata dal legislatore).

Ampliamento della competenza dei Ccnl

Seguendo l’ordine cronologico della novella, la lett. *a*) del comma 20 dell’art. 1, legge n. 92/2012, modifica il *comma 7* dell’art. 3, D.Lgs. n. 61/2000, aggiungendo un punto *3-bis* (che nella redazione della norma poteva essere aggiunto progressivamente, evitando l’inutile peso del *bis*). Il nuovo punto amplia le competenze dei *contratti collettivi*⁶⁹ che «stabiliscono» non solo le condizioni e modalità delle clausole flessibili (n. 1) e delle clausole elastiche (n. 2), nonché i limiti massimi di variabilità in aumento di queste ultime (n. 3), ma pure le «condizioni e modalità che consentono al lavoratore di richiedere l’eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche» (nuovo n. *3-bis*).

La novella, coltivando una tendenza della negoziazione collettiva *post-riforma* Biagi di reintroduzione della facoltà di disdetta del patto di elasticità e di flessibilità, affida alla contrattazione la facoltà di modellare l’eventuale ripensamento del soggetto debole del rapporto di lavoro seppur compatibilmente con le esigenze organizzative dell’azienda. Inoltre la scelta di affidare tale compito alla negoziazione sindacale, seppur coerente con la promozione nella stessa riforma “Fornero” di forme di partecipazione come criterio utile per la gestione del rapporto di lavoro, sconta il limite dell’ambito di applicazione di un determinato contratto collettivo, nonché della quantità/qualità del nostro sistema di relazioni industriali.

Last, but not least si rammenta che nella trama normativa *post 2011* le clausole flessibili ed elastiche sono consentite *anche in mancanza di contratti collettivi*, da qui corposi dubbi sull’efficacia degli stimoli a promuovere l’azione sindacale. La novella del 2012 rinforza il ruolo della contrattazione collettiva per coltivare la volontarietà dello stare a disposizione del lavoratore, ma questo, oltre ai limiti naturali della via sindacale, è reso ambiguo dall’apertura ‘secca’ alla contrattazione individuale, al di fuori della mediazione sindacale.

Facoltà di revoca del consenso

La lett. *b*) del comma 20 dell’art. 1, legge n. 92/2012, modifica il *comma 9* dell’art. 3, D.Lgs. n. 61/2000, aggiungendo un periodo finale. La novella, per un verso, mantiene ferma la (fragile) via sindacale di ‘ripensamento’ delle clausole di variabilità per mezzo delle «ulteriori condizioni individuate dai contratti collettivi» appena richiamati (di cui al comma 3 dell’articolo 1); per altro verso, aggiunge –ma in questo caso con un riconoscimento legislativo– diverse ipotesi di eliminazione di tali clausole in situazioni specifiche in cui il lavoratore venga a trovarsi: la

⁶⁷ Sulla novella v. anche L. Calafà, *Il contratto di lavoro a tempo parziale*, in *Il mercato del lavoro*, cit., in corso di pubblicazione.

⁶⁸ Sulla complicata vicenda del ripensamento del datore pubblico circa la concessione del *part-time* e le prime applicazioni giurisprudenziali si rinvia a M. Brollo, *La revoca del part-time ‘trasformato’ tra legge, giurisprudenza e chiarimenti ministeriali*, in *Giur. it.*, 2011, I, 1125.

⁶⁹ Ai sensi dell’art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 61/2000: «i contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni di datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali di cui all’articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero dalle rappresentanze sindacali unitarie».

maggior parte racchiuse nell'art. 12-*bis*, dello stesso D.Lgs. n. 61/2000, relativo a ragioni di salute o di cura; ed altre elencate nel comma 1 dell'art. 10 dello statuto dei diritti dei lavoratori, relativo a ragioni di studio e di formazione. Vediamo più da vicino le diverse ipotesi di natura legale.

Condizioni per la revoca

La facoltà di revocare il consenso prestato nelle clausole elastiche e flessibili spetta al lavoratore *part-time* che si trovi in una delle quattro situazioni previste dall'art. 12 *bis*, D.Lgs. n. 61/2000, figlio di una tormentata evoluzione della materia (inserito dall'art. 46, D.Lgs. n. 276/2003 e novellato dall'art. 1, comma 44, lett. *d*), legge n. 247/2007), riconducibili a ragioni di salute proprie, dei familiari o dei conviventi, nonché di cura dei figli:

- ai sensi del *comma 1*, la facoltà di revoca del consenso spetta ai lavoratori «affetti da patologie oncologiche per i quali residui una capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti delle terapie salvavita», accertata da un'apposita commissione medica istituita presso l'Asl territorialmente competente;

- *ex comma 2*, la facoltà di revoca del consenso spetta al «lavoratore o (al)la lavoratrice» in caso di patologie oncologiche di «coniuge, figli o genitori» (senza richiedere la convivenza); assistenza continua di una «persona convivente» (escludendo che debba sussistere parentela) «con totale e permanente inabilità lavorativa che assuma connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, legge n. 104/1992, alla quale è stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100%, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti della vita quotidiana secondo quanto previsto dalla tabella di cui al D.M. del Ministro della sanità 5 febbraio 1992»;

- ai sensi del *comma 3*, la facoltà di revoca del consenso spetta al lavoratore con figlio convivente di età non superiore ai tredici anni o figlio convivente (senza limiti di età) portatore di *handicap* ai sensi dell'art. 3, legge n. 104/1992.

La facoltà di revocare il consenso prestato nelle clausole elastiche e flessibili è riconosciuta *ex lege* anche ai lavoratori *part-time* che si trovino nelle condizioni di cui al *comma 1 dell'art. 10*, legge n. 300 del 1970, cioè ai «lavoratori studenti, iscritti o frequentanti corsi regolari di studio in scuole di istruzione primaria, secondaria e di qualificazione professionale (...) abilitate al rilascio di titoli di studio legali». Ricordo che, ai sensi della norma citata, i lavoratori a tempo pieno «hanno diritto a turni di lavoro che agevolino la frequenza ai corsi e la preparazione agli esami e non sono obbligati a prestazioni di lavoro straordinario o durante i riposi settimanali». Il richiamo al solo comma 1 dell'art. 10 St. lav. pare inadeguato nel limitare l'ambito soggettivo della revoca del consenso, escludendo ad es. gli studenti universitari; ma anche qui l'estensione delle tutele potrà intervenire tramite la contrattazione collettiva⁷⁰, in coerenza con la promozione dell'apprendimento permanente (prevista dalla stessa riforma "Fornero").

Per le ipotesi "legali" su indicate va rilevato che il riconoscimento, a livello legislativo, delle condizioni soggettive del lavoratore per il recesso unilaterale dall'accordo sulle clausole elastiche/flessibili implica che il datore *non* può condizionarlo alla compatibilità con le esigenze organizzative dell'azienda. La legge non stabilisce l'obbligo di preavviso per esercitare il diritto di ripensamento, mentre lo prevede in capo al datore per esercitare lo *jus variandi* (riportato dalla novella del 2011 ad «almeno due giorni lavorativi», salvo diverse intese fra le parti, *ex comma 8*, art. 3, D.Lgs. n. 61/2000). Inoltre il legislatore non prevede requisiti formali, ma la formalizzazione della revoca di un consenso espresso in forma scritta risulta necessaria anche al fine di evitare dubbi sulle ragioni della modifica e quindi possibili contenziosi. Sui segnalati silenzi sarebbe opportuna una parola della contrattazione collettiva.

⁷⁰ Da ultimo v. A. Loffredo, *Lavoratori studenti*, in *Dir. lav. mercati*, 2010, 673.

Infine l'illegittima pretesa del datore di rideterminare unilateralmente quantità e collocazione dell'orario di lavoro determina una responsabilità contrattuale per violazione delle clausole elastiche/flessibili, con conseguente possibilità di richiesta di risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 8, comma 2-*bis*, D.Lgs. n. 61/2000. A conti fatti, il *fil rouge* del comma 20 dell'art. 1, legge n. 92/2012, è dato dal recupero, *ex lege* o per via di contrattazione collettiva, della 'sensibilità' originaria del D.Lgs. n. 61/2000 nei confronti della programmazione/conciliazione/condivisione dei tempi di lavoro con i tempi di cura, di studio e formazione della persona che lavora in un'ottica di sicurezza 'esistenziale'. Sicché nel *part-time* la sicurezza a beneficio del lavoratore è declinata in una dimensione doppia: per un verso, di garanzia economico-professionale *nel mercato* del lavoro, per altro verso, di garanzia economico-'esistenziale' *nel rapporto* del lavoro, con vistose (ed opportune) tracce di politiche *family-friendly*.

La riforma, quindi, mira a rendere più agevole, per il lavoratore (*rectius*, di fatto, soprattutto per la lavoratrice), la modifica del regime variabile di orario concordato. Ma l'ennesima novella del *part-time* alimenta il dubbio che lo stillicidio di correzioni, per lo più uguali e contrarie, delle regole del gioco rafforzi il clima e l'atteggiamento di diffidenza dei datori di lavoro nei suoi confronti, peraltro in una fase di crisi occupazionale in cui tale contratto potrebbe svolgere anche un ruolo alternativo, di disoccupazione parziale, quale strumento di flessibilità 'in uscita' in modo graduale o morbido.

Infine, sempre nell'ottica di combattere la flessibilità 'cattiva', la legge n. 92/2012 nel successivo *comma 32* dello stesso art. 1 – nel novellare il comma 1 dell'art. 70, D.Lgs. n. 276/2003 – ha soppresso le discipline sperimentali (previste dalla normativa vigente fino al 31 dicembre 2012) che consentivano ai lavoratori a tempo parziale di svolgere, presso datori diversi, in tutti i settori produttivi, prestazioni di lavoro occasionale accessorio (c.d. '*voucher*').

MATERNITÀ E PATERNITÀ

di Donata Gottardi – *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Verona*

Il “nuovo” congedo di paternità

A questa disposizione è stata dedicata molta enfasi nella presentazione alla stampa. Si è detto che finalmente nel nostro Paese, in anteprima rispetto al resto dell'Unione europea, è stato introdotto il congedo di paternità. Nei primissimi testi diffusi, quando ancora si era nella fase del tavolo sindacale, a dimostrazione della superficialità con cui la questione veniva trattata, si citava addirittura la direttiva europea sbagliata, quella sui congedi parentali, la cui nuova versione è ancora in attesa di recepimento nel nostro ordinamento (ma di questo ci occuperemo di seguito). Non risultano peraltro significative voci di dissenso dalle parti sociali su questa parte di riforma.

In realtà, il congedo di paternità esiste da tempo nel nostro ordinamento. Declinato per la prima volta come tale dal testo unico maternità – paternità del 2001, prevede il diritto del padre di astenersi dal lavoro nei casi gravi in cui la madre è morta o è gravemente malata oppure non ha riconosciuto il figlio, diritto che ha avuto origine da una ormai lontana e antesignana sentenza della Corte Costituzionale.

Questo “nuovo” – ulteriore e diverso – congedo di paternità, nel suo complesso, ammonta a tre giorni, integralmente compensati, distinti al loro interno in due mini-segmenti, l'uno di un giorno, l'altro di due, a composita qualificazione giuridica e con differenti condizioni di fruizione e di copertura finanziaria.

Nella versione modificata dal Senato, i tre giorni hanno, infatti, statuto giuridico distinto: il primo giorno appartiene alla categoria degli obblighi, gli altri due a quella – tipica dei congedi parentali, ma certo non solo – dei diritti potestativi.

Il periodo di tempo entro il quale il padre lavoratore subordinato ha l'obbligo di astenersi dal lavoro per un giorno e la facoltà di fruire degli ulteriori due giorni è di cinque mesi, a partire “dalla nascita del figlio”.

Dalla lettera della disposizione risulta che il primo giorno può essere fruito senza condizioni, gli ulteriori due solo “previo accordo con la madre e in sua sostituzione in relazione al periodo di astensione obbligatoria spettante a quest'ultima”.

Per i due giorni fruiti in sostituzione della madre l'indennità è pari al cento per cento della retribuzione ed è “a carico dell'Inps”; per il primo e unico giorno di cui il padre deve obbligatoriamente fruire l'indennità è analogamente pari al cento per cento, implicitamente posta a carico del datore di lavoro.

Sia per il primo giorno, sia per gli altri due di congedo di paternità, il padre lavoratore deve preventivamente comunicare al datore di lavoro per iscritto e con un preavviso di quindici giorni quando ritiene di astenersi dal lavoro.

L'onere – di due dei tre giorni (?) – è “valutato in 78 milioni di euro per ciascuno degli anni 2013, 2014 e 2015”, larga parte dei quali prelevati dal “Fondo per il finanziamento di interventi a favore dell'incremento in termini quantitativi e qualitativi dell'occupazione giovanile e delle donne”.

La disposizione presenta una sommatoria di criticità, larga parte delle quali legate alla tecnica legislativa e a un inquadramento sistematico ampiamente carente. Cosa non va? Non si sa da dove cominciare.

Innanzitutto tre giorni sono ben poca cosa rispetto al congedo di paternità di cui si discute in sede di istituzioni europee e che dovrebbe avere una durata pari a quindici giorni. Tre giorni, infatti, non rientrano nella categoria dei congedi, ma in quella dei permessi.

Inoltre non si comprende perché introdurre l'obbligo e non attribuire il diritto per i padri. Nei primi testi di questa riforma, erano qualificati come obbligo tutti e tre i giorni, ora, a seguito degli emendamenti del Senato, solo il primo. Nel dibattito italiano recente, in occasione della presentazione di alcune proposte di legge volte a introdurre il congedo di paternità di quindici giorni, sta prevalendo l'orientamento alla qualificazione come obbligo, al fine di proteggere i padri dal

rischio di discriminazioni o ritorsioni. A prescindere dal condividere o meno questa preoccupazione e la tecnica utilizzata per limitarne le ricadute in sede applicativa, non si può non osservare come il rischio appaia ben limitato data l'estrema esiguità del periodo di assenza. E' da riflettere se il giorno di obbligo è rimasto tale in quanto il corrispettivo è a carico del datore di lavoro e non dell'Inps, a conferma della scarsa percezione esistente nel nostro Paese per quanto riguarda gli oneri a carico della collettività.

Il riferimento alla nascita appare insufficiente, dato che dovrebbero spettare anche in caso di adozione o affidamento pre-adoitivo.

Discriminatorio sembra essere inoltre il diverso trattamento del congedo: quello di maternità fermo all'ottanta per cento della retribuzione – salvo migliori condizioni introdotte dalla contrattazione collettiva – e quello di paternità coperto integralmente.

Il giorno di congedo obbligatorio integralmente compensato con oneri a carico del datore di lavoro comporta un ulteriore aggravio per le imprese, che preoccuperà soprattutto le più piccole, che già da tempo segnalano costi eccessivi legati alla maternità.

Quanto alla contemporanea o disgiunta fruizione, si entra in un vero e proprio ginepraio. Mi limito a segnalare che i due giorni di congedo di paternità da godere in accordo con la madre e in sua sostituzione comportano la necessità del rientro di questa al lavoro. Con il che si limita la loro fruizione a un periodo di tempo molto limitato, che va da uno a due mesi e non i cinque enunciati. La madre lavoratrice subordinata, per rientrare al lavoro, deve aver completato il suo periodo di congedo di maternità. Nel caso in cui abbia fruito della flessibilità del congedo, questo momento si realizza al compimento dei quattro mesi del figlio. Solo se non avesse richiesto lo spostamento da prima a dopo la nascita di un mese di congedo – evento sempre meno ricorrente nella realtà – questo momento si verifica al compimento dei tre mesi. Ricordiamo che se la madre è in congedo di maternità (e potrebbe, appunto, esserlo fino ai quattro mesi di vita del figlio) non può tornare al lavoro, dato che durante questo congedo vige il divieto di lavoro, con sanzione penale a carico del datore di lavoro.

Ma chiediamoci anche cosa avviene durante il quinto mese del figlio. La madre lavoratrice può essere già tornata al lavoro oppure può avere chiesto di fruire di congedo parentale. Anche in questa seconda ipotesi, dovrà comunque tornare per due giorni al lavoro? Con quale utilità? Solo per spingere il padre a occuparsi 'da solo' del figlio, situazione che ovviamente non è dato verificare? E immaginiamo quanto questo 'gioco a incastro' sia bene accolto dal datore di lavoro e da chi si occupa di gestione organizzativa del personale.

Vi è di più. La necessità dello scambio di presenza per la cura del figlio tra padre e madre significa che, affinché il padre possa goderne è necessario che la madre sia una lavoratrice subordinata, ancorando ancora una volta l'esercizio di un diritto del padre alla peculiare condizione lavorativa della madre. Sembra di tornare alla penna del legislatore del 1977 (prima legge di parità e prima possibilità per il padre di goderne in alternativa alla madre dell'assenza facoltativa di maternità), le cui disposizioni sono state più volte riviste in chiave evolutiva dalla Corte Costituzionale.

Non serve alcuna dimostrazione, mi pare, per spiegare quanto sia da escludere che questo congedo possa essere ascritto agli interventi di redistribuzione dei ruoli familiari. Anche se questi tre giorni fossero fruiti non per festeggiare la nascita, ma per condividere la cura in un momento di difficoltà, sarebbero un periodo insufficiente per un aiuto effettivo.

Forse i settantotto milioni annui di euro avrebbero potuto avere migliore destinazione.

Voucher v. congedi parentali

La seconda parte della disposizione, se possibile, è ancora più ambigua e di difficile interpretazione, oltre che applicazione. Formalmente interviene, con una misura di carattere sperimentale, ad aiutare la madre lavoratrice sotto il profilo economico, ma in realtà ha come obiettivo quello di spingerla a tornare subito al lavoro, quando il figlio ha da tre a quattro mesi, al termine quindi del congedo di maternità, ottenendo in cambio, "per gli undici mesi successivi e in alterna-

tiva al congedo parentale”, la corresponsione di un *voucher* per l’acquisto di servizi di *baby-sitting* o “per fare fronte agli oneri della rete pubblica dei servizi per l’infanzia o dei servizi privati accreditati” (aggiunta questa frutto di emendamento accolto dal Senato), da richiedere al datore di lavoro.

È evidente la supremazia del mercato e la sudditanza all’imperativo della continuità del lavoro, che mette all’angolo la promozione dell’allattamento al seno, l’importanza del rapporto fisico ed affettivo nel primo anno di vita, il rientro al lavoro mediato dalla riduzione di orario.

Ma il *voucher* è in alternativa a cosa? Mentre nei primi testi, impropriamente si utilizzava la vecchia terminologia di “congedo facoltativo di maternità”, ora l’alternativa è, più propriamente sotto il profilo formale, il congedo parentale, di cui all’articolo espressamente richiamato (l’art. 32) del testo unico maternità - paternità.

Iniziamo da qui. Il congedo parentale, a seguito dell’intervento del primo accordo quadro/direttiva europea, è un diritto della madre e del padre. Ed è di undici mesi, distribuiti all’interno della coppia, in modo tale che il padre possa richiederlo per un massimo di sette mesi e la madre per un massimo di sei mesi.

Che la madre tornata immediatamente al lavoro e a seguito di rinuncia al congedo parentale possa percepire il sostegno in *voucher* per undici mesi rischia di confondere la durata massima nei confronti del figlio del congedo parentale con il periodo di assenza massima fruibile dalla madre lavoratrice. Il dubbio è fondato e la lettera della disposizione non aiuta, ma mi pare che l’unica interpretazione possibile è che si tratti dello scambio tra i sei mesi di congedo parentale della madre e il sostegno economico mediante *voucher* esteso per undici mesi. Se così non fosse, si tornerebbe indietro di decenni. Se così fosse, il padre lavoratore può fruire del suo congedo parentale. Ipotizzando che sia l’intero periodo a disposizione della madre ad essere scambiato con il sostegno economico, restano cinque mesi fruibili. Questo aspetto indiretto e nascosto potrebbe essere il vero tentativo di redistribuzione dei ruoli. Certo, al padre lavoratore ‘resterebbe’ il congedo parentale privo di alcuna copertura economica: né retribuzione, né indennità, con quanta probabilità che ne ricorra appare evidente.

Ma lo scambio, per la madre lavoratrice, è ammissibile? La risposta a mio avviso non può che essere negativa. La normativa europea considerai congedi parentali un diritto, non rinunciabile e in parte nemmeno trasferibile tra i due genitori lavoratori, a loro disposizione anche per una fruizione frazionata entro gli 8 anni di vita del figlio (e anche di più in caso di adozioni). La nostra normativa seguiva finora questo tracciato e dovrebbe continuare a seguirlo, una volta che si metta mano alla delega contenuta anche nell’ultima legge comunitaria in via di approvazione. Certo la madre non è costretta a scambiare tempo di congedo con parziale pagamento del servizio di *baby-sitting*, ma sappiamo bene cosa accadrà. Del resto, altrimenti non si spiegherebbe perché preoccuparsi di rendere obbligatorio il giorno (anche un solo giorno) pienamente retribuito del padre.

E il panorama comparato non ha ancora visto un Paese mettere in alternativa il diritto al congedo parentale con il sostegno ai servizi di assistenza dei figli. Il nostro Paese, del resto, è da decenni agli ultimi posti, vero e proprio fanalino di coda su questo secondo piano.

Le osservazioni fin qui svolte trovano ulteriore conferma nell’assenza di dati certi sul versante del finanziamento della misura che si intende introdurre.

Proviamo ad effettuare una simulazione. Immaginiamo una retribuzione mensile di 1.500 euro nette per 40 ore settimanali. Il congedo parentale di 6 mesi nell’arco dei primi 3 anni di vita del figlio (dai 3 agli 8 anni non è prevista di fatto copertura) darebbe diritto a circa 3.000 euro di indennità (6 mesi al 30% della retribuzione). Se il *voucher* da 10 euro coprisse un’ora di *baby-sitting*, una settimana porterebbe a 400 euro, che diventerebbero 1.600 al mese. Moltiplichiamo per 6 mesi (e non per tutti gli 11). Il risultato fa: 9.600 euro. Ogni commento è superfluo.

Non si dimentichi che il numero e l’importo dei *voucher* è legato non solo alla retribuzione della madre lavoratrice, ma anche all’indicatore ISEE del nucleo familiare, violando il principio dell’incardinamento del diritto in relazione alla persona che lavora.

Da ultimo, segnalo che questo intervento sul congedo parentale va in controtendenza rispetto alle esigenze di cambiamento da tempo rilevate di rendere la sua utilizzazione da parte di madri e di padri lavoratori: più equilibrata, dato che a fruirne sono ancora quasi sempre solo le madri; più conveniente, dato che l'indennità è bassa (30% della retribuzione) o addirittura inesistente (dopo 6 mesi); meno discriminatoria, soprattutto quando a fruirne sono i padri lavoratori; più effettiva nei lavori precari e instabili.

A ben vedere, la previsione della riforma potrebbe essere utile proprio nel caso delle lavoratrici con lavori precari e instabili e/o parasubordinati. Come sappiamo, in questi casi il riconoscimento, previsto dalla legislazione, del diritto al congedo parentale, non si traduce in effettiva possibilità di fruirne, per ovvie e intuitive ragioni. Ma allora non va citato l'articolo 32 (congedo parentale nel lavoro subordinato) del testo unico maternità – paternità.

Non sottovalutiamo la portata del cambiamento proposto, che interviene su un segmento importante, ma considerato marginale dalla maggior parte degli esperti di diritto del lavoro (si, anche della maggior parte dei miei colleghi e utilizzo il maschile in senso proprio), per affermare la primazia della continuità del lavoro su diritti sociali che stanno per essere o sono già considerati obsoleti o comunque possibili solo in tempi "di vacche grasse".

LAVORO INTERMITTENTE: USO IMPROPRIO E MISURE DI CONTRASTO

di Maria Giovanna Mattarolo - *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova*

Per contrastare “l’uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell’ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali” (art. 1, comma 1, lettera c) la legge n. 92/2012 è intervenuta - con l’art. 1, commi 21 e 22 - anche sulla disciplina del lavoro intermittente (o a chiamata) previsto e regolato dagli artt. 33-40 del D.Lgs. n. 276/2003.

La finalità esplicitata dal legislatore rivela come un istituto tanto controverso, oggetto di critiche anche molto pesanti, assunto a emblema delle scelte di politica del lavoro⁷¹ - e sul quale i diversi governi precedenti avevano avuto posizioni contrapposte⁷² - sia tuttora considerato strumento utile e rispondente a reali esigenze del mercato del lavoro⁷³; il legislatore ribadisce ora, peraltro, che esso deve essere usato per rispondere a tali esigenze e non in modo improprio e strumentale. Anche in questo caso dunque emerge - e la normativa lo riconosce - la doppia faccia della flessibilità: da un lato strumento utile per soddisfare particolari esigenze dell’impresa, d’altro lato strumento che può essere usato in funzione di un mero abbassamento delle tutele per il lavoratore o in frode alla normativa vincolistica o al fine di ‘coprire’ lavoro irregolare.

E il sospetto che il contratto in questione, dato il suo carattere estremamente flessibile, sia utilizzato per queste diverse finalità si fa, negli ultimi tempi, sempre più concreto. Secondo le statistiche, ad una partenza piuttosto lenta e limitata, si contrappone di recente una vera e propria impennata nel ricorso al lavoro a chiamata⁷⁴. I giovani costituiscono sempre la maggioranza dei soggetti interessati ma sta crescendo in misura consistente anche la quota di adulti coinvolti e vi sono evidenti segnali di diffusione anche al di fuori dei settori del commercio e turismo.

È dunque legittimo il dubbio (del resto confermato da ispettori e consulenti del lavoro) che lo strumento negoziale sia stato usato dalle aziende anche con la finalità di coprire rapporti di lavoro che potrebbero o dovrebbero essere inquadrati in altre, meno flessibili, tipologie contrattuali (come part-time e contratti a termine, se non addirittura come normali contratti di lavoro a tempo pieno), oppure per sfuggire facilmente a controlli in ordine alla effettiva durata delle prestazioni lavorative; insomma, non sempre si realizza nei fatti la finalità della normativa, individuata da alcuni autori nella necessità di ricondurre ad uno schema legale tipico rapporti di lavoro rispondenti

⁷¹ P. Fergola, *Lavoro a comando*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, 17, al quale si rinvia anche per una panoramica delle diverse posizioni della dottrina (spec. 23 ss.).

⁷² Come è noto gli artt. 33-40 del D.Lgs. n. 276/2003 voluti dal governo di centro-destra (e modificati dal D.Lgs. n. 251/2004 e dalla legge n. 80/2005), sono stati abrogati dall’articolo 1, comma 45, della legge 24 dicembre 2007, n. 247 per volontà del governo di centro-sinistra che aveva previsto, in sostituzione, una diversa tipologia limitata ai settori del turismo e dello spettacolo e subordinata all’intervento della contrattazione collettiva. La precedente disciplina è stata poi interamente ruscitata dal successivo governo di centro destra, a norma dell’articolo 39, comma 11, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, con contestuale abrogazione della relativa norma della 247/2007. Sulla vicenda sia consentito il rinvio a M.G. Mattarolo, *Lavoro intermittente e discontinuo nei settori del turismo e dello spettacolo*, in *Il collegato lavoro 2008*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, 2008, 307 ss.; Ead., *La riviviscenza del lavoro intermittente*, in *Commentario alla legge n. 133/2008*, a cura di M. Miscione e D. Garofalo, Milano, 2009.

⁷³ Il contratto a chiamata, infatti, semplifica le procedure di assunzione e di gestione dei rapporti di lavoro per le imprese che utilizzano, con anche rilevante discontinuità, i medesimi lavoratori e si pone come alternativa logica alle assunzioni giornaliero o per pochi giorni o al lavoro somministrato di brevissima durata.

⁷⁴ In Veneto, ad esempio, si sottolinea la straordinaria performance dei contratti di lavoro intermittente: nel primo trimestre 2012 le assunzioni con tale tipologia contrattuale sono aumentate di quasi il 60% rispetto al primo trimestre 2011, ma il dato è in irresistibile ascesa da qualche anno. Di straordinaria performance si parla anche nel primo trimestre 2011: ne sono stati stipulati oltre 14mila (+3.700 rispetto al primo trimestre 2010). In fase di forte ripresa anche il secondo trimestre 2010 rispetto al secondo semestre 2009 (17.000 a fronte di 12.000). Dati in *Veneto lavoro: Osservatorio & Ricerca* in www.venetolavoro.it.

ad esigenze non continuative (e non prevedibili) dell'impresa, che gravitano nell'area del lavoro nero o irregolare⁷⁵.

Giustamente dunque il contrasto dell'uso improprio e strumentale del contratto costituisce, come si è detto, la finalità dell'attuale intervento legislativo; di conseguenza, tale finalità dovrebbe fornire la chiave di lettura delle modifiche introdotte, il che impone tuttavia il non facile compito di definire quale sia, secondo il legislatore, l'uso proprio del contratto di lavoro a chiamata e quali ne dovrebbero essere, di conseguenza, le deviazioni da combattere, per verificare poi se effettivamente la nuova disciplina corrisponda agli intenti dichiarati. Ed è necessario avvertire subito che, mentre nel testo di iniziativa del governo le modifiche erano tali da restringere notevolmente l'utilizzo dell'istituto, nel testo definitivo esse sono state fortemente ridimensionate, tanto che i critici dell'attuale riforma, favorevoli al mantenimento di una ampia flessibilità nell'interesse dell'impresa, hanno salutato con plauso il 'salvataggio' del lavoro intermittente⁷⁶. L'unica vera novità sicuramente in funzione 'antifrode' si trova, a mio avviso, nel nuovo comma 3 *bis* dell'art. 35 del D.Lgs. n. 276/2003 che prevede l'obbligo del datore di lavoro di comunicare preventivamente, alla direzione territoriale, "la durata della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni".

Ma andiamo con ordine.

Casi di ricorso al lavoro intermittente

Come in precedenza, anche ora il contratto a chiamata è ammesso, con alcune modifiche, in tre ipotesi.

La prima ipotesi è espressamente collegata ad esigenze oggettive⁷⁷ "individuate dai contratti collettivi stipulati da associazione dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale o territoriale" (art. 34 del D.Lgs. n. 276/2003) o, in via provvisoria, in mancanza di contratto collettivo, dal decreto del Ministro del lavoro (art. 40).

Nel disegno di legge iniziale l'attuale governo intendeva, con l'abrogazione dell'art. 40, eliminare del tutto l'intervento suppletivo del Ministro, mentre nel testo definitivo esso permane senza alcuna modifica. Evidentemente sembra ancora opportuno non lasciare alcuni aspetti della regolazione dell'istituto unicamente all'iniziativa delle parti sociali, dato lo scarso interesse, se non il rifiuto manifestato, soprattutto in passato, da alcuni sindacati dei lavoratori verso un contratto che introduce comunque una flessibilità tanto spinta⁷⁸.

D'altra parte, si può dire che il legislatore ha perso una buona occasione per razionalizzare l'istituto, dato che, come è noto, con D.M. del 23 ottobre 2004 il Ministero ha utilizzato "quale parametro di riferimento oggettivo per la messa a regime dell'istituto del lavoro intermittente" la antica tabella di cui al R.D. n. 2657/1923 contenente l'elenco dei lavori discontinui o di semplice attesa o custodia rilevanti ai fini della disciplina dell'orario e della durata della prestazione lavora-

⁷⁵ Ma, per una critica a chi pensava che il contratto a chiamata avrebbe circondato di maggiori garanzie lavoratori di fatto esistenti, già P. Bellocchi, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 570.

⁷⁶ P. Rausei, R. Scolastici, *Fatto salvo (almeno) il contratto di lavoro intermittente*, in *Lavoro, una riforma sbagliata*, a cura di P. Rausei e M. Tiraboschi, Adapt, 2012, 89.

⁷⁷ In una delle rare sentenze in materia si afferma che l'insussistenza delle esigenze individuate dalla contrattazione collettiva (esigenze il cui onere probatorio grava sul datore di lavoro) determina la nullità del contratto e la conseguente costituzione di un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato; così Trib. Milano, 9 dicembre 2009 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 111.

⁷⁸ Esprime giustamente dubbi sulla lungimiranza della scelta delle parti sociali, che potrebbero invece intervenire a correggere in parte lo squilibrio contrattuale, R. Santucci, *Il lavoro intermittente, un modello contrattuale inutilizzato (e inutilizzabile) di lavoro iperflessibile*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, a cura di M. Rusciano, C. Zoli, L. Gaeta, Editoriale scientifica, 2006, p. 412.

tiva: una scelta, questa, dettata da una assonanza puramente lessicale⁷⁹ fra due istituti che nulla hanno in comune. Le critiche, a volte sarcastiche, di tutta la dottrina sono ampiamente motivate, tanto più che l'art. 34 del D.Lgs. n. 276/2003 richiede che siano individuate specifiche "esigenze" aziendali e non specifiche mansioni o tipologie di lavori; l'elenco del R.D., tra l'altro, è lunghissimo e in gran parte obsoleto. Non è all'orizzonte alcun intervento correttivo del Ministero, ma in alcuni settori anche importanti comincia a muoversi la contrattazione collettiva in funzione limitatrice e razionalizzatrice rispetto all'elencazione contenuta nel Regio decreto; ne risulta una regolazione a macchia di leopardo che tale rimarrà fino a quando le parti sociali non vorranno normalmente introdurre nella contrattazione nazionale anche la regolazione di questo particolare contratto⁸⁰.

La seconda ipotesi consente la stipulazione del contratto di lavoro intermittente, a prescindere da ogni causale oggettiva, "per periodi predeterminati nell'arco della settimana del mese o dell'anno"⁸¹, per l'individuazione dei quali il D.Lgs. n. 276/2003 rinviava all'art. 37.

Tale ultima norma prevedeva che "nel caso di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie o delle vacanze natalizie e pasquali, l'indennità di disponibilità di cui all'art. 36 è corrisposta al prestatore di lavoro solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro". La disposizione, fortemente criticata dalla dottrina in relazione alla limitazione della corresponsione della indennità di disponibilità (con ovvii problemi di costituzionalità), aveva tuttavia il pregio, se così si può dire, di determinare i periodi nell'arco della settimana, del mese o dell'anno nei quali poteva svolgersi questa tipologia di lavoro intermittente⁸² (ulteriori periodi predeterminati potevano essere stabiliti dai contratti collettivi). Ora tutto l'art. 37 è stato abrogato, ma con l'abrogazione della norma (del tutto condivisibile per certi aspetti) e con la conseguente necessaria abrogazione dell'inciso del comma 1 dell'art. 34 che ad essa faceva riferimento, il contratto di lavoro intermittente può essere concluso semplicemente "per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno", senza ulteriore specificazione. Dunque mentre prima, secondo la previsione dell'art. 37, i periodi erano predeterminati dalla legge (con possibile integrazione da parte dei contratti collettivi), ora non è chiaro a chi spettava tale predeterminazione.

Si potrebbe pensare al contratto individuale, ma in tal caso verrebbe riconosciuto alle parti un sostanziale potere di 'costruire' la terza ipotesi di lavoro a chiamata (ulteriore rispetto all'ipotesi 'causale' e a quella connessa all'età del lavoratore) solo che esse abbiano l'accortezza

⁷⁹ A. Vallebona, Lavoro "intermittente" e "discontinuo": i sinonimi e la norma "a orecchio", in *Dir. lav.*, 2004, I, 249. Sia consentito anche il rinvio a M.G. Mattarolo, *Casi di ricorso al lavoro intermittente e ipotesi vietate*, in *Il 'correttivo' alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Ipsoa, 2005, 117 ss:

⁸⁰ Si veda di recente, il Ccnl del commercio del 10 febbraio 2011, per il quale il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, per esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, per le quali non sia possibile stipulare contratti a tempo parziale, per l'impossibilità o comunque la difficoltà di predeterminare i periodi di prestazione lavorativa. Formula identica anche in altri contratti ad es., il Ccnl per la piccola e media industria alimentare del 6 maggio 2004. In altri si fa riferimento alle esigenze individuate per i casi di svolgimento del lavoro straordinario.

⁸¹ Si tratta senza dubbio di una tipologia autonoma dopo le modifiche apportate all'art. 34 dall'art. 10 del D.Lgs. n. 251/2004.

⁸² Periodi tuttavia estremamente ampliati dalla circolare ministeriale n. 4/2005 che con "irrefrenabile e arbitraria inventiva" (A. Bollani, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, a cura di M. Magnani e A. Varesi, Giappichelli, 2005, 432) aveva stabilito che per week end dovesse intendersi il periodo che va dal venerdì pomeriggio dopo le ore 13 fino alle ore 6 del lunedì mattina" per vacanze natalizie "il periodo che va dal 1° dicembre al 10 gennaio; per vacanze pasquali "il periodo che va dalla domenica delle palme al martedì successivo al lunedì dell'Angelo" e per "ferie estive" "i giorni compresi dal 1° giugno al 30 settembre", addirittura ben oltre la nozione astronomica d'estate.

di specificare che le prestazioni non possono essere chieste e rese durante tutto l'anno ma solo in periodi predeterminati; e poiché la legge non pone alcun limite temporale, i "periodi" potrebbero anche essere molto ampi (perché no i primi 6 giorni della settimana o i primi 28 giorni del mese o 11 mesi e mezzo all'anno?). Pare che si debba escludere che la mera volontà delle parti possa in sostanza individuare i confini della fattispecie, tanto più che il termine "predeterminazione" sembrerebbe forse comportare una determinazione preventiva - e dunque esterna - rispetto ai singoli contratti individuali.

Vi sono invece buone ragioni, anche testuali, per affermare che il potere in questione spetti alla contrattazione collettiva e, in via suppletiva, anche al Ministro del lavoro.

Si consideri che è stato mantenuto comunque in vigore l'art. 40 del D.Lgs. n. 276/2003 il quale rinvia alla contrattazione collettiva nazionale la determinazione dei "casi" di ricorso al lavoro intermittente "ai sensi dell'art. 34 comma 1", così come rinvia ad un decreto del Ministro qualora, e fino a quando, non intervenga la contrattazione. Non mi pare azzardato ritenere che l'attuale rinvio all'art. 34, comma 1 possa considerarsi riferito sia al "caso" di lavoro intermittente per particolari esigenze, sia al "caso" del lavoro intermittente per periodi predeterminati. In sostanza l'abrogazione dell'art. 37 sembra imporre una lettura dell'art. 40 nella quale la competenza della contrattazione collettiva (e del Ministro del lavoro) va ad espandersi comprendendo entrambe le ipotesi dell'art. 34, 1° comma. Escluderei, comunque, che si possa fare ancora riferimento ai periodi individuati dalla già menzionata circolare ministeriale n. 4/2005, sia perché in essa si volevano soltanto specificare i periodi già previsti nell'abrogato art. 37, sia perché l'art. 40 richiede l'emanazione di uno specifico decreto⁸³.

Resta fermo, ovviamente, che comunque si tratta di predeterminare i periodi nei quali è possibile la chiamata del lavoratore e non i periodi di effettiva prestazione, perché, in questo secondo caso (come si dirà meglio più avanti) si avrebbe un part-time e non un contratto di lavoro intermittente.

La terza ipotesi consente la stipulazione del contratto in questione per ragioni 'soggettive' legate all'età del lavoratore. Nella stesura iniziale del D.Lgs. n. 276/2003 tale possibilità riguardava solo i giovani con meno di 25 anni in stato di disoccupazione e i lavoratori con più di 45 anni espulsi dal ciclo produttivo o iscritti alle liste di mobilità e collocamento ed inoltre doveva avere carattere sperimentale; ma già con la legge n. 80/2005 si è eliminata tale caratteristica, del resto del tutto irrilevante e priva di riscontro o di analisi successiva, così come si è eliminato ogni riferimento allo stato di disoccupazione per i giovani e alle altre circostanze previste per gli ultra quarantacinquenni. Prima dell'attuale riforma, dunque, il contratto di lavoro intermittente poteva "in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età, ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età anche se pensionati" (art. 34, comma 2). Secondo il disegno di legge dell'attuale governo, tale 2° comma dell'art. 34 era abrogato, con il chiaro intento di evitare l'uso di contratti flessibili e meno gravosi per il datore come mera facilitazione per l'occupazione di soggetti considerati in astratto più deboli sul mercato e coerentemente all'intento di evitare un uso distorto del contratto.

Ora, invece, la norma riappare, nel testo in G.U., senza sostanziali modifiche rispetto al testo legislativo precedente: variano solo i limiti di età sia per la fascia più anziana (55 anni invece di 45)⁸⁴, sia per i giovani che devono avere meno di 24 anni al momento della stipula, ma che pos-

⁸³ *Contra*, P. Rausei, R. Scolastici, *op. cit.*, 90 i quali ritengono che l'individuazione dei periodi sia rimessa totalmente alle parti individuali potendosi "richiamare i contenuti della circolare ministeriale n. 4 del 2005 soltanto come parametro orientativo minimo garantito (?) ma non per questo obbligatorio e inderogabile".

⁸⁴ L'abolizione dell'inciso "anche se pensionati" non sembra avere alcuna conseguenza applicativa dato che non si vede perché i titolari di pensione dovrebbero essere esclusi dal lavoro intermittente dato che nessuna disposizione lo vieta.

sono comunque svolgere le loro prestazioni solo entro il 25° anno come in precedenza⁸⁵. In riferimento a tale tipologia di lavoro intermittente “per ragioni soggettive” si ricorda che il Ministero ha negato che la contrattazione collettiva abbia un potere preclusivo argomentando dal fatto che il secondo comma dell’art. 34 D.Lgs. n. 276/2003 prevede che esso possa “in ogni caso” essere concluso con riferimento a prestazioni di soggetti in determinate fasce d’età. L’argomentazione è a mio avviso errata sia quanto alla interpretazione letterale della norma sia da un punto di vista sistematico: letteralmente la locuzione “in ogni caso” significa soltanto che, a differenza di quanto previsto al primo comma dell’art. 34, il contratto di lavoro intermittente può essere stipulato anche in assenza di causali oggettive, ma certo un tale utilizzo non è imposto dalla legge. Dal punto di vista sistematico, non si vede perché il datore di lavoro non possa (anche attraverso la contrattazione collettiva) impegnarsi a non utilizzare il contratto di lavoro in questione, similmente a quanto avviene in caso di limitazione contrattata o di autolimitazione dei poteri imprenditoriali; non si vede perché le parti collettive non potrebbero concordare - naturalmente nell’ambito della efficacia soggettiva limitata della relativa contrattazione - che in determinati casi o settori non è necessario od opportuno ricorrere ad un rapporto di lavoro tanto flessibile. In conclusione, l’intervento della riforma sulle circostanze che legittimano la conclusione del contratto a chiamata, ha un impatto veramente limitato e non sembra nella direzione di una razionalizzazione dell’istituto o di una limitazione di un uso improprio.

Obbligo di comunicare la durata della prestazione lavorativa

Veniamo dunque alla vera novità, ossia alla previsione dell’obbligo per il datore di lavoro di comunicare alla Direzione territoriale la durata della prestazione lavorativa prima dell’inizio della prestazione stessa, “o di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a 30 giorni”. L’esatto significato di quest’ultima frase - introdotta tra gli emendamenti governativi al disegno di legge iniziale - non è chiaro: l’intento del legislatore sembra quello di evitare al datore il fastidio di comunicare ogni volta l’inizio di prestazioni anche molto ravvicinate in un ambito temporale precisato e derivanti, sembrerebbe, da una unica o perdurante (seppure intermittente) esigenza. La norma, nel suo complesso, è stata molto criticata da chi ne scorge un ulteriore aggravamento degli adempimenti burocratici da parte del datore di lavoro: si è detto addirittura che in tal modo si vuole ricacciare nel lavoro nero ciò che prima era emerso grazie alla precedente normativa. Forse tenendo conto di tali critiche, il testo finale della legge ha aggiunto alle modalità di comunicazione previste nel disegno di legge governativo (fax o posta elettronica) anche la possibilità di usare sms: sistema pratico e sicuro soprattutto se si volesse prevedere anche un sms di risposta automatica da parte della Direzione territoriale. Inoltre, nella prospettiva di una maggiore semplificazione della procedura, la legge già da ora prevede che futuri decreti ministeriali individuino “ulteriori modalità di comunicazione in funzione dello sviluppo delle tecnologie”. La violazione dell’obbligo di comunicazione non incide sul rapporto di lavoro, ma comporta una sanzione amministrativa pecuniaria da 400 a 2400 euro⁸⁶ “in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione” e non, dunque, in relazione a ciascuna chiamata dello stesso soggetto (ma la fissazione della sanzione tra un minimo e un massimo dovrà tener conto anche se non soprattutto della reiterazione dell’illecito anche nell’ambito dello stesso contratto, oltre, eventualmente, alla mancanza di dolo da parte del datore). Non si applica la procedura di diffida di cui

⁸⁵ Questo doveva essere il senso del precedente comma 2 dell’art. 34 del D.Lgs. n. 276/2003 ove disponeva che “il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a “prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni” ma il Ministero, con risposta ad interpello n. 48 del 3 giugno 2010, riteneva che il contratto potesse proseguire anche dopo il compimento del 25° anno di età.

⁸⁶ La sanzione prevista nel disegno di legge era ben superiore (da 1.000 a 6.000 euro) e aveva attirato pesanti critiche.

all'art. 13 del D.Lgs n. 124/2004, ossia la c.d. "diffida accertativa", che introduce la possibilità di una sorta di ravvedimento operoso per il datore, e dunque in caso di accertamento della mancata comunicazione scatta subito la sanzione.

Nel merito, l'obbligo di comunicare alla direzione del lavoro l'inizio di ogni prestazione e, soprattutto, la sua durata (anche per la prima chiamata e non solo per quelle successive, come è stato detto), determina, a mio avviso, una serie di ricadute positive non solo nella prospettiva di un controllo su un possibile uso improprio del contratto, ma anche, indirettamente, su una maggiore tutela del lavoratore nell'ambito di un uso sostanzialmente corretto del contratto medesimo.

Quanto al primo aspetto, si noti che la comunicazione non è diretta al centro per l'impiego - al quale va comunque sicuramente inviata la notizia della stipulazione del contratto a chiamata prima dell'inizio della "prima" prestazione - ma alla Direzione territoriale ossia al servizio ispettivo, che dunque avrà costante monitoraggio di come il contratto si svolge. In effetti, la sola comunicazione iniziale, non consentiva di sapere se e quanto il lavoratore avesse lavorato e quanto avesse guadagnato, sicché il sistema, in passato, poteva efficacemente coprire evasioni contributive e fiscali.

Quanto al secondo, si noti che la normativa precedente non imponeva al datore di lavoro di specificare in anticipo, neppure al lavoratore, al momento di ogni chiamata, la durata della singola prestazione, il che poteva rendere difficile l'applicazione delle tutele previste anche per il lavoratore intermittente in caso malattia, infortunio, maternità, congedi ecc.; in ipotesi di assenza per tali motivazioni il datore di lavoro avrebbe pur sempre potuto affermare che la prestazione, per quella chiamata era terminata, con conseguente applicazione dell'ultimo comma dell'art. 38 del D.Lgs. n. 276/2003 per il quale, nei periodi di non lavoro il lavoratore "non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati, né matura alcun trattamento economico e normativo"⁸⁷.

Con il controllo su ogni chiamata e sulla fissazione della relativa durata il lavoratore è tutelato, per tutto il periodo di volta in volta prefissato, nella applicazione degli istituti legislativi e contrattuali alla stessa stregua di ogni altro lavoratore.

Uso improprio del contratto

Viste rapidamente le modifiche introdotte dalla riforma, ritorna la domanda iniziale, se esse siano sufficienti per scongiurare un uso improprio del contratto in questione. Si consideri che esso è comunque molto vantaggioso per le aziende, non solo perché consente la massima flessibilità temporale dell'uso della forza lavoro, ma anche perché consente al datore di lavoro di aggirare o non applicare tutta la disciplina in tema di licenziamento, giacché per liberarsi del lavoratore non gradito o non più utile per l'azienda, è sufficiente che egli non proceda per il futuro ad alcuna chiamata⁸⁸. L'uso del contratto presenta dunque notevoli vantaggi, tali da renderlo tuttora fortemente appetibile da parte delle imprese. Naturalmente si parla qui del caso di lavoro intermittente

⁸⁷ Dato che poteva sorgere un forte dubbio sull'effettiva possibilità per il lavoratore di usufruire di diritti relativi alla sospensione del rapporto per i motivi anzidetti già al primo commento della disciplina sul lavoro intermittente avevo ritenuto che sarebbe stato equo imporre al datore di lavoro di fissare preventivamente, di volta in volta, la durata della chiamata; ciò avrebbe introdotto qualche rigidità in più, ma avrebbe garantito maggior chiarezza e soprattutto un minimo di effettiva tutela ai lavoratori. Sia consentito il rinvio a M.G. Mattarolo, *Lavoro intermittente*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di M. Broilo, M.G. Mattarolo, L. Menghini, Ipsoa, 2004, 65. Ma si veda *contra*, V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 783 ss. per il quale la predeterminazione della durata di ciascuna chiamata altererebbe la struttura e la funzione del contratto caratterizzato dalla "assoluta unilateralità e insindacabilità del potere di attribuire e sottrarre al lavoratore la condizione giuridica per la fruizione dei diritti del lavoro subordinato".

⁸⁸ Ma, *contra*, C. Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul Welfare*, in *WP Csdle "Massimo d'Antona.it*, n. 68/2008, 18 che ritiene che il lavoratore "maturi una legittima aspettativa, se non un diritto ad essere chiamato all'insorgenza delle esigenze individuate dal contratto" con conseguente necessità di licenziare il lavoratore ove il datore non intenda utilizzare ulteriormente le prestazioni.

senza obbligo di risposta e per il quale il datore non deve corrispondere alcuna indennità nei periodi non lavorati. Si tratta del resto, per la maggioranza della dottrina⁸⁹, della fattispecie *standard* di lavoro delineata dal legislatore, nonché dell'ipotesi di lavoro intermittente di fatto più usata nella pratica e al tempo stesso anche la più esposta ad un uso improprio. Il problema vero, e di non facile soluzione, sta allora nell'individuare quali siano le ipotesi di un uso improprio o frodatario del contratto stesso e quando la stipulazione del contratto possa essere oggetto di contestazione da parte degli organi ispettivi o dello stesso lavoratore e quali ne possano essere le conseguenze.

La soluzione investe delicate questioni relative al tipo contrattuale, e alla sua funzione o finalità.

Nei limiti di questo breve commento si può ricordare che l'art. 33 del D.Lgs n. 276/2003 definisce il contratto di lavoro intermittente come un contratto nel quale il lavoratore si "pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa" e il successivo art. 34 ne completa la definizione affermando che il contratto è concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente. La lettura integrata delle due disposizioni mette in evidenza l'aspetto caratteristico di questo contratto e del rapporto che ne deriva, che si svolge in due fasi che determinano anche due diverse situazioni giuridiche, ciascuna con una disciplina a sé: la fase, o meglio le fasi o i momenti di attesa e le fasi o momenti di lavoro. Corollario del "porsi a disposizione" è l'incertezza riguardo al se e soprattutto al quando della chiamata. Tale struttura deve necessariamente essere presente in ogni ipotesi di ricorso al lavoro intermittente⁹⁰ e non se ne può prescindere neppure con riferimento al secondo comma dell'art. 34, che afferma che "in ogni caso" il contratto può essere concluso con lavoratori di determinate fasce d'età; l'espressione deve significare che per tali lavoratori si prescinde dalle causali oggettive di cui si è detto, ma non evidentemente dal requisito dell'intermittenza. Con il che sembra anche fortemente svalutata la distinzione tra causali soggettive od oggettive, posto che in sostanza quello che conta è l'esigenza per l'impresa di un lavoro intermittente nel senso anzidetto⁹¹.

Se così è, il contratto in esame deve essere distinto da altre tipologie contrattuali di lavoro subordinato, seguendo la regola generale secondo la quale ciò che conta, ai fini della definizione della tipologia contrattuale, è l'effettivo atteggiarsi del rapporto.

Così si dovrà riconoscere la sussistenza di un normale rapporto di lavoro a tempo pieno (con le relative tutele anche in tema di licenziamento) qualora l'intermittenza sia del tutto episodica⁹²,

⁸⁹ A. Bollani, op. cit., 416; Fergola, op. cit., 23; M.G. Mattarolo, *Lavoro intermittente*, in *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, cit., 6 e 46.

⁹⁰ Sul "porsi a disposizione" quale *proprium* del contratto in questione, sia che si tratti di tipologia con obbligo di risposta alla chiamata, sia nell'ipotesi in cui il lavoratore non assuma detto obbligo, C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, cit., 4.

⁹¹ Cfr. anche R. Voza, *Lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro, Commentario*, diretto da F. Carinci, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Utet, 2007, 1400 il quale osservando che non vi è alcun criterio di misura dell'alternanza fra lavoro e non lavoro, ossia tra prestazione e disponibilità in grado di connotare la fattispecie, afferma che "l'intermittenza, più che un elemento costitutivo della nuova figura negoziale, rappresenta - semmai - una modalità di utilizzo della relativa prestazione".

⁹² Sulla necessità che la prestazione sia discontinua ed effettuata ad intervalli non regolari anche Fergola op. cit., p. 45. Si è discusso tuttavia in dottrina se il lavoro intermittente sia riconducibile al part-time o sia, come io penso, un tipo contrattuale a sé stante: in questo secondo senso, anche V. Bavaro, op. cit., 779 e R. Romei, *Commento agli artt. 33-40. Lavoro intermittente*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. Pedrazzoli Zanichelli, 2004, 418. Distingue le due tipologie anche P. Bellocchi, op. cit., p. 574. Più problematico A. Perulli, *Il lavoro intermittente in Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di A. Perulli, Giappichelli 2004, 136.

cosa che del resto la giurisprudenza già riconosce in ipotesi simili⁹³, come si dovrà dire che si tratta di un contratto part-time⁹⁴ e non intermittente se la prestazione lavorativa è richiesta sempre con continuità in giorni o periodi prestabiliti⁹⁵.

Da questo punto di vista l'informativa e dunque il monitoraggio di svolgimento del rapporto possono essere utili ad evitare la stipulazione di un contratto di lavoro intermittente quando la prestazione è sostanzialmente continuativa o risulti fissa o predeterminata nei tempi.

Certo, non vi è alcuna norma che indichi 'quanto' l'esecuzione del contratto debba essere intermittente, né che indichi una durata massima di ogni prestazione, sicché si tratterà a volte di risolvere una questione di fatto, con risultati certamente opinabili.

Impossibile, invece, sembra distinguere un uso improprio del contratto intermittente quale "sostitutivo" di più contratti a termine⁹⁶ più o meno ravvicinati⁹⁷, dato che entrambe le fattispecie rispondono ad esigenze non continuative dell'impresa e dato che nel primo caso legittimamente un solo contratto sostituisce una intera serie di contratti. Ciò non toglie che la struttura delle due tipologie contrattuali sia fortemente diversificata dato che dal contratto di lavoro intermittente discende, quale effetto giuridico tipico, la facoltà del datore di lavoro di utilizzare quando vuole il dipendente, nell'ambito di un contratto di lavoro già instaurato una volta per tutte, mentre nell'altra ipotesi vanno definiti di volta in volta tutti gli elementi dello scambio⁹⁸.

Ma se è vero, come molti commentatori affermano, che il contratto a chiamata ha la funzione di far emergere prestazioni lavorative di breve durata che in genere sfuggono (anche per questioni burocratiche) alla regolarizzazione, un uso improprio del contratto sarebbe stato meglio evitato dalla previsione di una durata massima per ogni chiamata⁹⁹, differenziando così le due fattispecie ed evitando o almeno limitando un uso sostanzialmente in frode al divieto di successione ravvicinata di contratti a termine

⁹³ Ad esempio la giurisprudenza qualifica il contratto come a tempo pieno e non part-time, nonostante la diversa qualificazione delle parti, ove sia stata dimostrata la costante effettuazione di un orario di lavoro proprio a quello stabilito per il lavoro a tempo pieno; così Cass. 28 ottobre 2008, n. 25891, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 287, con nota di Delfino. Nello stesso senso Cass. 13 ottobre 2010, n. 21160 in *Lav. giur.*, 2011, 283, con nota di Girardi; Cass., 19 luglio 2011, n. 15774.

⁹⁴ Vero è che anche nel part-time una certa flessibilità può essere introdotta dalle clausole flessibili o elastiche, peraltro con le possibilità di modifica o di revoca a richiesta del lavoratore secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 20 della presente legge e comunque con diritto del lavoratore a "specifiche compensazioni" (art. 3, comma 7, D.Lgs. n. 61/2000). Può forse dirsi che il part-time con clausole flessibili o elastiche non si differenzia molto dal lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata, ma come si è detto, non è questa la fattispecie che si riscontra generalmente nella realtà.

⁹⁵ In questo senso si veda la sentenza del Trib. Firenze, 25 gennaio 2011 (inedita) per la quale ciò che caratterizza il contratto di lavoro intermittente è "la mancanza della regolarità e della continuità della prestazione" e che ha quindi riconosciuto la sussistenza di un "contratto di lavoro a tempo indeterminato part-time, con ripartizione verticale delle prestazioni" in capo ad un lavoratore che prestava la propria attività secondo turni di lavoro prestabiliti e in giorni fissi.

⁹⁶ Cfr. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, 161 per il quale "l'assetto regolamentare del contratto di lavoro a chiamata legittima l'infinita reiterazione di contratti a termine all'interno di uno schema negoziale ad hoc avallando così talune forme di elusione della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato con particolare riferimento alla successione dei contratti" nonché al tetto massimo di durata complessiva di 36 mesi.

⁹⁷ Ora meno, dato l'allungamento del periodo tra un contratto e l'altro stabilito dall'art. 1, comma 9, lettera g) della legge in commento, il che sembra costituire un ulteriore incentivo, in certi casi, all'utilizzazione del contratto a chiamata.

⁹⁸ Sul punto Fergola, *op. cit.*, 32.

⁹⁹ La legge n. 247/2007 che demandava alla contrattazione collettiva la disciplina del lavoro intermittente limitatamente ai settori del turismo e dello spettacolo, sembrava imporre alla contrattazione stessa di fissare modalità e limiti temporali di ciascuna prestazione. Cfr. M.G. Mattarolo, *Lavoro intermittente e discontinuo nei settori del turismo e dello spettacolo*, cit., 327.

A tal proposito è necessario evitare confusioni: secondo quanto prevede l'art. 33 del D.Lgs. n. 276/2003 il contratto di lavoro a chiamata può essere stipulato anche a tempo determinato. Si discute se si applichi in tal caso il D.Lgs n. 368/2001, (la circolare del Ministero del lavoro n. 4/2005 ha 'chiarito' che non è applicabile), tuttavia è certo che il termine riguarda la delimitazione del tempo entro il quale è possibile la chiamata, ossia il tempo nel quale il lavoratore "si pone a disposizione" e non il termine della prestazione lavorativa, sicché mi pare che necessariamente all'interno di quel termine la prestazione debba essere intermittente altrimenti siamo al di fuori della tipologia in esame.

Norma transitoria

L'art. 1, comma 22, della legge n. 92/2012 contiene anche una opportuna disposizione transitoria per la quale "i contratti di lavoro intermittente già sottoscritti alla data di entrata in vigore della presente legge che non siano compatibili con le disposizioni di cui al comma 21, cessano di produrre effetti decorsi 12 mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge". Non è chiaro che cosa si debba intendere per compatibilità: se, come credo, ci si deve riferire alle ipotesi nelle quali il contratto può essere stipulato, la norma avrà sicuri (ma limitati) effetti sui rapporti in corso conclusi per ragioni soggettive legate all'età del lavoratore. Cesseranno infatti di produrre effetti, allo scadere dei 12 mesi, i contratti in corso con soggetti che hanno più di 45 e meno di 55 anni di età¹⁰⁰, mentre per i giovani nulla dovrebbe cambiare perché già in precedenza (nonostante il parere contrario del Ministero) si doveva ritenere che i 25 anni costituissero il limite oltre il quale non erano consentite prestazioni di lavoro intermittente. Cesseranno anche i (rari) contratti di cui all'abrogato art. 37, ossia conclusi per determinati periodi della settimana del mese o dell'anno con obbligo di risposta alla chiamata ma con limitazioni del diritto all'indennità di disponibilità. Dovrebbero conservare efficacia, invece, i contratti eventualmente già conclusi per i suddetti periodi ma senza obbligo di disponibilità, che rientrerebbero comunque nella seconda tipologia tuttora delineata, seppure in termini generici, dall'art. 34.

Infine, i contratti in corso devono ritenersi del tutto compatibili con l'obbligo di informativa ad ogni chiamata; se così non fosse tutti dovrebbero cessare allo scadere dei 12 mesi. Ne deriva che il suddetto obbligo scatta per ogni chiamata successiva all'entrata in vigore della legge (18 luglio 2012) anche se la stipulazione del contratto è precedente. La legge, inoltre, esclude che siano assolutamente necessarie ulteriori specificazioni o norme applicative ai fini dell'osservanza dell'obbligo, dato che è data mera facoltà al Ministro del lavoro di intervenire "con decreto non regolamentare" per individuare modalità applicative nonché ulteriori modalità di comunicazione. Nel frattempo spetterà al datore di lavoro (o ai suoi consulenti) scegliere, tra quelle indicate dalla legge, la modalità più sicura sia in relazione alla necessità di una "data certa", sia in riferimento alla certezza della provenienza.

¹⁰⁰ Resta dubbio se cessi di produrre effetti il contratto in essere con il lavoratore che dall'entrata in vigore della legge sia sotto i 55 anni ma che li compia nei 12 mesi successivi: tali contratti all'entrata in vigore della legge non sono compatibili con le attuali disposizioni, ma lo diventano nel corso dell'anno di "tolleranza": sembrerebbe irrazionale escludere la loro conservazione.

LE NOVITÀ NORMATIVE SUL LAVORO A PROGETTO E SULLE PRESTAZIONI DI LAVORO AUTONOMO RESE DALLE PARTITE IVA NELLA L. N. 92/2012 (ART. 1, COMMI 23-27)

di Giuseppe Santoro Passarelli – già *Professore ordinario di Diritto del lavoro all'Università "Sapienza" di Roma*

Premessa

La legge sulla riforma del lavoro, 28 giugno 2012, n. 92, come è noto, è costituita da tre parti, due intitolate rispettivamente alla flessibilità in entrata e in uscita, e la terza agli ammortizzatori sociali. E nell'iniziale intenzione del Governo il disegno di legge avrebbe dovuto introdurre criteri più restrittivi nell'uso di talune tipologie contrattuali per evitarne o meglio rendere più difficile l'uso fraudolento, e dall'altra parte avrebbe dovuto rendere più flessibile la disciplina del licenziamento abolendo la sanzione della reintegrazione per il licenziamento per motivo economico.

Nel corso dei lavori questo secondo obiettivo è stato in parte ridimensionato perché la sanzione della reintegrazione può essere irrogata anche quando il fatto posto a base del licenziamento sia manifestamente insussistente. Ovviamente questo inciso normativo ha creato già una pluralità di interpretazioni tra loro contrastanti, destinata inevitabilmente ad aumentare il contenzioso e quindi a diminuire la certezza del diritto. E soprattutto si tratterà di vedere se questa riforma sarà destinata ad attrarre maggiori investimenti dall'estero e quindi ad incrementare i posti di lavoro.

Il superamento della tripartizione progetto programma fase

Per quanto riguarda la flessibilità in entrata si può subito osservare che la legge 28 giugno 2012, n. 92 (art. 1 commi 23-25) contiene una serie di modifiche della disciplina del lavoro a progetto, tutte rivolte a ridurre l'uso fraudolento di questa tipologia contrattuale perché ha tradotto in disposizioni normative una serie di precisazioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza su alcuni nodi problematici, a cominciare dalla nozione di progetto. E infatti ha abolito in primo luogo la distinzione rivelatasi ridondante e in definitiva generatrice di confusione, tra progetto programma e fase¹⁰¹. Il riferimento normativo al progetto specifico al programma e alla fase aveva imposto agli interpreti e allo stesso Ministero del lavoro di attribuire a questi termini significati forzatamente diversi che per altro non producevano effetti normativi diversi. Basti pensare alla circolare del Ministero del Lavoro¹⁰² secondo la quale il progetto consisteva in un'attività produttiva ben identificabile e collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione" a differenza del programma, finalizzato ad un risultato solo parziale.

Come si è detto la pratica e la giurisprudenza hanno chiaramente dimostrato come questa tripartizione non sia di agevole applicazione e quindi l'abolizione da parte della legge n. 92 non può che essere giudicata positivamente.

Le precisazioni legislative concernenti la nozione di progetto specifico

Rimane così il progetto specifico che deve essere collegato funzionalmente ad un determinato risultato finale e non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale.

Se dunque il progetto deve essere specifico, tale specificità non ammette la standardizzazione di una serie di contratti a progetto in tutto e per tutto identici tra loro e identici altresì all'oggetto sociale.

Questa conclusione che ora trova un preciso riscontro normativo era stata per la verità già adombrata dalla dottrina che aveva ripetutamente affermato come il progetto non possa limitarsi

¹⁰¹ Proia, Aveva subito rilevato la difficoltà di distinguere tra progetto programma e fase, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 664 ss.

¹⁰² Cir. Min. lav. 8 gennaio 2004, n. 1

ad indicare un mansionario ma deve indicare anche un obiettivo o un risultato che non può coincidere con l'oggetto sociale del committente perché la realizzazione di quest'ultimo richiede un'organizzazione di cui è per definizione privo il lavoratore a progetto, che infatti deve eseguire il compito assegnatogli con un apporto lavorativo prevalentemente personale e in forma autonoma¹⁰³. È vero che il risultato finale contraddistingue il progetto e non la prestazione di lavoro in esso prevista, ma non v'è dubbio che nel contratto a progetto lo svolgimento della prestazione deve essere diretta alla realizzazione del risultato indicato dal progetto. Come ha cura di chiarire la stessa legge n. 92 quando modifica l'art. 62 lett. b) precisando che il contratto deve contenere la “*descrizione del progetto, con individuazione del suo contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire*”.

La legge n. 92, riprendendo anche in questo caso un'opinione già espressa da una parte della giurisprudenza, esclude che il progetto possa comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi: e non perché non si possa immaginare che un progetto possa indicare un obiettivo o un risultato rispetto allo svolgimento di compiti meramente esecutivi come ad esempio la ripulitura di una spiaggia o di un fabbricato, ma perché in questo caso la realizzazione del risultato finale eccede la capacità lavorativa del singolo collaboratore che invece deve eseguire il compito assegnatogli in modo prevalentemente personale. D'altra parte lo svolgimento di mansioni predeterminate a contenuto elementare e ripetitivo, secondo una recente giurisprudenza della Cassazione, non completamente persuasiva, integrerebbe necessariamente la natura subordinata del rapporto di lavoro.

Si noti che il legislatore abilita i contratti collettivi a indicare tali compiti, ma la preclusione legislativa a svolgere tali compiti sussiste anche in assenza di una elencazione dei contratti collettivi in tal senso. Questa previsione normativa quindi conferma l'orientamento di quella circolare ministeriale che elencava alcune attività a contenuto elementare (come la badante la parrucchiera) difficilmente riconducibili a progetto, e viceversa, contraddice quella giurisprudenza secondo la quale il lavoro a progetto era compatibile con attività lavorative semplici e ripetibili.

E tuttavia rimane aperta la questione del grado di specializzazione compatibile con una collaborazione a progetto perché è anche noto che l'art. 61 ha escluso dal suo ambito di applicazione le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione all'albo. E quindi tale esclusione da un lato porta a ritenere che un'elevata capacità specialistica non sia un requisito indefettibile delle collaborazioni a progetto e, d'altra parte, le stesse non possono avere ad oggetto prestazioni elementari e ripetitive. Ne consegue che le prestazioni indicate dal progetto possono essere professionalmente qualificate di medio livello o avere anche un elevato grado di specializzazione quando non siano riferite a professioni per le quali è necessaria l'iscrizione all'albo. Si pensi per esempio alle prestazioni degli addetti alla manutenzione dei computer o ai promotori finanziari. A questo proposito ritorna l'interrogativo se il contratto di lavoro a progetto possa essere concluso *per esigenze straordinarie rispetto al normale processo produttivo del committente o anche ordinarie*. Sul punto è condivisibile quella giurisprudenza secondo la quale il progetto in quanto specifico dovrebbe indicare esigenze organizzative di carattere straordinario, anche se non necessariamente uniche ed irripetibili e quindi potrebbe prevedere l'assunzione di personale a progetto per coprire esigenze di orario di servizio di determinate unità produttive.

La presunzione assoluta dell'art. 69, comma 1, e la presunzione relativa dell'art. 69, comma 2

Ormai la legge n. 92 del 2012 (art. 1 comma 24) con un'interpretazione autentica dell'art. 69 comma 1, che ha quindi effetto retroattivo, ha chiaramente stabilito che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del contratto la cui mancanza deter-

¹⁰³ G. Santoro-Passarelli, voce *Lavoro a progetto*, in *Enc. dir.*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011 pp. 667 ss. e in part. 672, 675.

mina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato¹⁰⁴. Ciò significa che cade la tesi della presunzione relativa¹⁰⁵, sostenuta anche da una circolare del Ministero¹⁰⁶, ed è accolta la tesi della presunzione assoluta¹⁰⁷. In altri termini, diversamente da quanto sostenevano talune dottrine sotto la previgente disciplina, il datore di lavoro non può provare l'esistenza di un rapporto di lavoro autonomo quando manchi il progetto o quando si sia di fronte ad un non progetto perché, magari, esso si è limitato ad indicare lo svolgimento e il termine finale di una prestazione di lavoro.

Viceversa l'art. 69 comma 2 ammette la prova contraria a carico del committente, quando le parti hanno dichiarato e concordato lo svolgimento di un lavoro a progetto e poi in concreto l'attività del collaboratore si è svolta con modalità analoghe a quelle svolte dai dipendenti dell'impresa committente. In questo caso ovviamente la prova documentale è agevole per il committente perché dal documento risulta che il contratto è autonomo e la prova per testimoni non sempre può essere di ausilio al collaboratore perché difficilmente i lavoratori dipendenti si presteranno a testimoniare contro il loro datore di lavoro. E in ogni caso la presunzione di subordinazione non vale per le prestazioni di elevata professionalità: che possono essere individuate dai contratti collettivi. E anche in questo caso la mancata previsione del contratto collettivo non comporta la presunzione di subordinazione per le prestazioni di elevata professionalità.

Il comma 25 infine stabilisce che la nuova disciplina si applica ai contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della legge.

La determinazione del corrispettivo da parte del contratto collettivo

In tema di corrispettivo l'art. 63 da un lato ha confermato che il compenso deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e quindi anche indipendentemente dalla realizzazione del risultato, ricalcando in parte il disposto dell'art. 2227 c.c. - purché ovviamente il lavoro eseguito abbia qualche utilità per il committente - e dall'altro lato ha segnato un forte assimilazione del corrispettivo alla retribuzione del lavoratore subordinato perché ha stabilito che tale compenso non può essere inferiore ai minimi stabiliti in modo specifico dal contratto collettivo rispetto alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati. E in assenza della contrattazione collettiva specifica si deve fare riferimento alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del lavoratore a progetto.

Si tratta ovviamente di una disposizione che rafforza e tutela in modo più incisivo il diritto del collaboratore a progetto ad avere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e attraverso il richiamo alla contrattazione collettiva applicabile direttamente o de relato, introduce di fatto anche per il collaboratore a progetto la nozione di retribuzione sufficiente determinata dal contratto collettivo. E tuttavia bisogna sottolineare che il ricorso allo strumento del contratto collettivo per realizzare questo obiettivo solleva qualche dubbio non solo e non tanto perché il collaboratore a progetto non è un lavoratore subordinato, ma perché c'è un totale difetto di rappresentanza di questi lavoratori autonomi da parte dei sindacati sia pure comparativamente rappresentativi che hanno sottoscritto tali contratti collettivi.

¹⁰⁴ Sul punto in termini v. già G. Santoro-Passarelli, *Lavoro a progetto*, voce cit., 671.

¹⁰⁵ A sostegno di questa tesi Vallebona, lavoro a progetto, incostituzionalità e circolare di pentimento in *Arg. dir. lav.*, 2004, 293.

¹⁰⁶ Circ. n. 1 del 2004.

¹⁰⁷ In questo senso già G. Santoro-Passarelli, *Lavoro a progetto* voce cit. 684.

Le novità in tema di recesso delle parti

Come è noto già il D.Lgs. n. 276 del 2003 aveva regolato il regime del recesso delle collaborazioni continuative e coordinate spesso a tempo indeterminato, attraverso la previsione di un termine .

Il vecchio test dell'art. 67 infatti prevedeva da un lato un rigido regime legale e cioè recesso prima della scadenza del termine solo per giusta causa, e tuttavia consentiva alle parti di stabilire un regime pattizio più flessibile secondo diverse causali che includevano anche il preavviso e cioè il recesso ad nutum.

In sostanza la legge ammetteva tre ipotesi di estinzione del rapporto, due stabilite direttamente dalla legge e cioè estinzione per realizzazione del progetto e per giusta causa prima della scadenza del termine e una di origine pattizia, e cioè la previsione di causali stabilite dalle parti compreso il recesso ad nutum, il quale , se previsto , può essere esercitato dalle parti in ogni momento prima della realizzazione del progetto con il solo obbligo del preavviso e senza pregiudizio delle prestazioni eseguite

È chiaro che il recesso avvenuto prima della scadenza del termine senza la giusta causa o al di fuori delle ipotesi stabilite dalle parti è illecito e obbliga il committente che ha receduto illecitamente al risarcimento del danno determinato secondo i criteri indicati dall'art. 2227 c.c. Se il recedente è il prestatore d'opera è comunque tenuto al risarcimento del danno subito e provato dal committente ex art. 1218 c.c.

Rispetto al recesso del committente il collegato lavoro 4 novembre 2010 pone ulteriori problemi. Infatti anche a questo recesso viene estesa la nuova disciplina dell'impugnazione e i termini di decadenza previsti per il licenziamento del lavoratore subordinato.

Ne consegue che anche il recesso del committente deve esser impugnato nel termine di sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi se non sono comunicati contestualmente.

Come è noto però secondo il D.Lgs. n. 276 il recesso del committente non deve essere necessariamente comunicato in forma scritta e resta ferma la possibilità di convenire il recesso con il solo obbligo del preavviso.

Sulla base di queste considerazioni e del combinato disposto dell'art. 67 comma 2 del D.Lgs. n. 276 del 2003 e dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010 . si può ritenere che, ferma restando l'eventuale validità del recesso *ad nutum* del committente non intimato per iscritto, e la conseguente idoneità dello stesso ad interrompere il rapporto, se così è previsto dalle parti, la mancata comunicazione in forma scritta impedisce la decorrenza dei ristretti termini di decadenza ai fini dell'impugnazione da parte del collaboratore.

Sulla disciplina appena illustrata per sommi capi interviene ora la legge n. 92 del 2012 integrando il regime di recesso del committente e limitando il regime pattizio.

Ferma infatti restando la facoltà di recesso di entrambe le parti prima della scadenza del termine per giusta causa, il committente può anche recedere nel caso in cui emergano oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto.

Viceversa il regime pattizio prevede soltanto che il collaboratore possa recedere *ad nutum* con il solo obbligo del preavviso e non prevede altre causali di estinzione del rapporto

Ben si può concludere quindi che il regime pattizio appare limitato dal punto di vista oggettivo (si può prevedere solo il licenziamento *ad nutum*) e dal punto di vista soggettivo (il recesso con preavviso spetta solo al collaboratore) con la conseguenza che in assenza di una previsione espressa del contratto in tale senso il collaboratore può recedere solo per giusta causa e non anche *ad nutum*.

La disciplina delle collaborazioni con i titolari di partita Iva

La legge 20 giugno 2012 n. 93 (art. 1 commi 26-27) ha aggiunto all'art. 69 l'art. 69 bis che regola le prestazioni di lavoro rese da persona titolare di partita Iva (si rinvia anche al commento di M. Miscione).

Questa disposizione considera rapporti di collaborazione continuativa e coordinata salva prova contraria del committente, i rapporti di lavoro, di regola di lavoro occasionale con i titolari di partita iva, quando ricorrano almeno due dei seguenti presupposti a) che la collaborazione abbia una durata complessivamente superiore ad otto mesi nell'arco dell'anno solare; b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80% dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco dello stesso anno solare c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa presso una delle sedi del committente. Il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. con modd. in L. 7 agosto 2012, n. 134) ha apportato alcune modifiche con l'art. 46-bis comma 1 lett. c), per cui i due requisiti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 20 D. Lgs. 276 (mod. dalla L. 92/2012) sono stati portati rispettivamente a) ad otto mesi per due anni consecutivi riguardo la collaborazione con il medesimo committente e b) in corrispettivi annui nell'arco di due anni solari consecutivi.

Questa disposizione trova immediata applicazione ai rapporti instaurati dopo l'entrata in vigore della legge, mentre per quelli già in essere è stabilita una moratoria di un anno al fine di consentire gli *opportuni adeguamenti*.

Si tratta di una motivazione invero singolare che da un lato sembra finalizzata a favorire la trasformazione di questo rapporto in uno più stabile, ma dall'altro lato non si può escludere che questa moratoria potrebbe spingere il committente ad usare gli opportuni adeguamenti al ribasso, e cioè ad eliminare due requisiti in modo da scongiurarne la compresenza per non fare scattare la presunzione di coordinazione.

La configurazione del rapporto in questione come rapporto di collaborazione coordinata e continuativa implica l'applicazione di tutte le norme che disciplinano tale contratto, incluse quelle relative al regime previdenziale e all'eventuale trasformazione della collaborazione in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato qualora sia instaurata senza l'individuazione di uno specifico progetto.

Ciò significa in concreto che in base ad una doppia presunzione il rapporto di lavoro di un titolare di partita iva può passare dal lavoro autonomo puro, ossia dal contratto d'opera al lavoro subordinato, attraverso la stazione fantasma della collaborazione continuativa e coordinata. E in questo caso risulta difficilmente applicabile il comma 3 del nuovo art. 69 bis che regola invece gli effetti previdenziali del passaggio dall'autonomia in senso pieno alla collaborazione continuativa e coordinata.

Il legislatore ha cura di precisare realisticamente che la prima presunzione, cioè quella che considera di collaborazione continuativa e coordinata il rapporto del titolare di partita iva, non opera 1) quando la prestazione lavorativa sia connotata da competenze tecniche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività; 2) quando la prestazione di lavoro sia svolta da soggetto titolare di un reddito di lavoro autonomo non inferiore ad una certa soglia; 3) quando la prestazione di lavoro sia resa nell'esercizio di attività professionali per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale .

E infine il comma 27 dell'art. 1 della legge n. 92 reca una norma di interpretazione autentica con effetto quindi retroattivo volta a chiarire che le norme su lavoro a progetto non si applicano alle sole prestazioni professionali per le quali è richiesto l'iscrizione all'albo, ferma restando la possibilità per i professionisti abilitati di svolgere, sotto forma di collaborazione coordinata e continuativa, attività diverse da quelle per le quali è necessaria l'iscrizione.

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

di Paolo Tosi – *Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Torino*

La qualificazione *ex lege* in caso di superamento del tetto numerico

La legge di riforma, nel contesto del complessivo disegno di incremento delle rigidità c.d. “in entrata” (*versus* la assorbente centralità del lavoro subordinato a tempo indeterminato), esprime il proprio sfavore nei confronti dell’associazione in partecipazione con apporto di lavoro essenzialmente ponendo, nel secondo comma aggiunto all’articolo 2549 cod. civ., il tetto numerico di 3 associati “impegnati in una medesima attività” e stabilendo che, “in caso di violazione del divieto di cui al presente comma, il rapporto con tutti gli associati si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato”.

La previsione appare di assai dubbia legittimità costituzionale già dal profilo della (irragionevole) limitazione delle scelte dell’imprenditore con riguardo alle forme mediante le quali svolgere la sua iniziativa economica, quindi anche privilegiando, in ipotesi, quella associativa. Le perplessità di ordine costituzionale derivano poi anche dalla qualificazione imposta *ex lege*, nell’ipotesi del superamento del tetto, a tutti i rapporti associativi con apporto di lavoro indipendentemente dai loro specifici caratteri.

La qualificazione *ope legis* integra la c.d. disposizione del “tipo” preclusa, nel nostro ordinamento costituzionale, al legislatore; il quale può solo indicare gli elementi della fattispecie astratta “lavoro subordinato” ma non può imporre al giudice di ricondurle una fattispecie concreta prescindendo dalla sussistenza in essa di tali elementi; non può cioè sottrarre al giudice il potere, che funzionalmente gli compete, di operare la qualificazione in relazione alle specificità di ogni concreto rapporto, sia pure con riferimento alle fattispecie legislativamente individuate¹⁰⁸.

A valle della questione di costituzionalità si pone la questione dell’interpretazione della formula “impegnati in una medesima attività”. Anzitutto, occorre chiedersi se ci si deve porre dall’angolazione del contenuto del rapporto lavorativo dell’associato ovvero dall’angolazione dell’oggetto dell’impresa. Probabilmente la norma è orientata nella seconda direzione. Ma il termine “attività” resta equivoco. In particolare, v’è da chiedersi se debba guardarsi alla complessiva attività dell’impresa o alle ramificazioni nelle quali eventualmente tale attività si scomponga. Ad esempio, nel caso di un’impresa che produce beni con un suo ramo e con un altro ramo cura la loro installazione presso i clienti resta dubbio se ci si trovi dinnanzi ad un’unica o a due attività.

La rivisitazione dei requisiti della fattispecie e la presunzione semplice di subordinazione

Il comma 30 dell’art. 1 torna a collocarsi sul terreno delle presunzioni stabilendo, nel primo periodo, che si presumono, salva prova contraria, di lavoro subordinato i rapporti di associazione “instaurati o attuati senza che vi sia stata una effettiva partecipazione agli utili dell’impresa o dell’affare, ovvero senza consegna del rendiconto previsto dall’art. 2552 del codice civile”.

¹⁰⁸ Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121 e 31 marzo 1994, n. 115. In proposito cfr. M. D’Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 63; R. Scognamiglio, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, pag. 95; E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, 2006, 323. Con particolare riguardo alla fattispecie “lavoro a progetto” cfr. A. Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare e circolare di pentimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 293 e ora, con specifico riguardo all’art. 1, comma 28, della legge di riforma e con accenti polemici, Id., *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 37.

Si tratta, in realtà, di elementi caratterizzanti della fattispecie codicistica¹⁰⁹. Tanto che la giurisprudenza, anche nel decennio novanta, allorché era orientata ad attribuire valore presuntivo al *nomen iuris* usato dalle parti¹¹⁰, nel collocare la concreta operazione ermeneutica sul terreno della ricerca dei tradizionali indici giurisprudenziali della subordinazione, in assenza di tali elementi propendeva per la qualificazione del rapporto formalmente associativo quale lavoro subordinato. Né può sorprendere, giacché nella pratica il lavoro portato in associazione presenta per lo più quasi tutti tali indici.

Rispetto al decennio novanta, a seguito dell'atteggiamento del legislatore nei primi anni del decennio scorso, gli anzidetti elementi della fattispecie sono stati prevalentemente assunti in accezione rigida e a fronte della loro assenza è stata largamente recuperata l'antica presunzione di subordinazione. La Suprema Corte per lo più pretende un controllo effettivo del rendiconto e la partecipazione al rischio dell'impresa non circoscritto al mancato guadagno ma esteso alle eventuali perdite¹¹¹. Tuttavia anche quando vengono considerati sufficienti la mera potenzialità di controllo del rendiconto ed il rischio del mancato guadagno ed è ammessa altresì l'adozione, per la partecipazione agli utili, del più favorevole criterio dei ricavi in luogo di quello degli utili netti, nondimeno è richiesto che sia svolta nel giudizio di merito l'indagine circa la ricorrenza o meno degli indici della subordinazione¹¹²; indagine destinata ad essere condotta alla stregua della presunzione di subordinazione; la quale, nelle zone di confine tra il lavoro subordinato e i suoi dintorni, finisce notoriamente per rivelarsi decisiva ai fini dell'esito del giudizio¹¹³.

Il primo periodo del comma 30 offre ora l'indicazione, conforme del resto all'opinione della prevalente dottrina civilistica¹¹⁴, che la partecipazione alle perdite non è requisito di fattispecie dell'associazione in partecipazione come invece affermato dalle restrittive sentenze sopra richiamate; le quali la desumono dal dato normativo del richiamo, nell'art. 2554 cod. civ., all'art. 2102, ove è fatta esclusiva menzione della partecipazione agli utili. In realtà il richiamo all'art. 2102 è diretto a stabilire, in mancanza di apposita convenzione, le modalità della partecipazione agli utili nel caso di apporto di lavoro ma non preclude alla convenzione di prevedere modalità diverse (quale, si è visto, la partecipazione ai ricavi) e neppure di escludere, ai sensi dell'art. 2553, la partecipazione alle perdite.

Il secondo periodo del comma 30, attraverso il richiamo dell'art. 69 *bis*, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 276/2003 introdotto dal precedente comma 26, estende la presunzione di subordinazione, pur nella ricorrenza degli elementi menzionati nel primo periodo, ai casi in cui non sia apportato lavoro qualificato e l'associato non raggiunga un determinato livello minimo di reddito

¹¹⁵

¹⁰⁹ In tema cfr., oltre il classico saggio di L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 369 e segg., Id., *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, pagg. 423 e F. Santoni, *L'associazione in partecipazione*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1985, vol. XVII, 528.

¹¹⁰ Si veda P. Tosi-F. Lunardon, voce *Subordinazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, Torino, 1998, 256 ss.

¹¹¹ Tra le più recenti, Cass. 28 maggio 2010, n. 13179; 24 febbraio 2011, n. 4524; 21 febbraio 2012, n. 2496.

¹¹² Si veda Cass., 8 ottobre 2008, n. 24871 seguita da Cass. 27 gennaio 2011, n. 1954.

¹¹³ Ciò, pur se è sempre fatto salvo il canone ermeneutico fondamentale secondo cui non può essere qualificato come subordinato un rapporto di lavoro se non risultano in concreto gli indici della subordinazione. Cfr. per tutte Cass. 8 febbraio 2010, n. 2728 (in *Arg. dir. lav.*, 2010, 943 ss. con nota di S. Caponetti, *Problemi qualificatori in tema di associazione in partecipazione con apporto di attività lavorativa*).

¹¹⁴ Si veda, anche per i richiami, G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da Busnelli, Milano, 2008, 457 e segg.

¹¹⁵ Anche questo periodo è entrato nel DDL con un emendamento dei relatori Treu e Castro.

La rilevanza, *a contrario*, della qualificazione delle parti

Questa politica legislativa delle presunzioni, come per la fattispecie regolata dall'art. 1, comma 26, della legge di riforma (*Altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo*), ha tuttavia un necessitato ed importante "rovescio della medaglia": in presenza di tutti i requisiti postulati dal comma 30 (1° e 2° periodo), non operando la presunzione di subordinazione, l'ordinaria distribuzione dell'onere della prova implica che fino a quando non è fornita appunto la prova contraria deve ritenersi la corrispondenza del contenuto del rapporto alla forma associativa formalmente adottata dalle parti; prova contraria assai problematica in una situazione in cui l'assetto del rapporto rispetta i rigidi requisiti voluti dal legislatore per la deducibilità nella fattispecie dell'associazione in partecipazione di un'attività lavorativa funzionalmente destinata ad essere organizzata nell'ambito della compagine associativa.

L'art. 1, comma 31, della legge abroga l'art. 86, 2° comma, del D.Lgs. n. 276/2003, ove "in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza un'effettiva partecipazione ed adeguata erogazione a chi lavora" era sancito in capo al lavoratore il "diritto ai trattamenti contributivi economici e normativi stabiliti dalla legge e dei contratti collettivi per il lavoro subordinato" determinati alla stregua del contratto collettivo del medesimo settore di attività o di settore analogo, ferma restando la possibilità di prova per l'associante della riconducibilità del lavoro ad una tipologia diversa dal lavoro subordinato o al lavoro autonomo.

In realtà la norma è rimasta priva di pratica utilizzazione non tanto per la sua indecifrabile formulazione ("effettiva partecipazione" agli utili o alla gestione? Adeguata erogazione sganciata dai risultati d'impresa?) quanto perché la giurisprudenza non si è mai limitata al riconoscimento dell'anzidetto diritto ma, nel contesto delle operazioni ermeneutiche sopra descritte, a fronte di requisiti di fattispecie sbiaditi e di indici della subordinazione prevalenti, ha sempre direttamente operato la qualificazione del rapporto formalmente associativo come di lavoro subordinato.

ASSUNZIONI DI DISABILI: RAFFORZAMENTO DELLE NORME

di Francesca Limena – *Ricercatrice dell'Università di Padova*

La legge n. 92/2012 recante “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, meglio noto come “*riforma Fornero*”¹¹⁶), contiene tra le sue disposizioni una norma volta a rafforzare, almeno nelle dichiarazioni d’intenti¹¹⁷, l’inserimento e l’integrazione nel mondo del lavoro delle persone affette da disabilità. Tale obiettivo è perseguito attraverso alcune modifiche e integrazioni alla normativa sul collocamento mirato, legge 12 marzo 1999, n. 68, con la volontà di estenderne il campo di applicazione.

Criteri di computo delle quote di riserva

In particolare le modifiche sono contenute nel comma 27 dell’art. 4 (intitolato “*Ulteriori disposizioni in materia di mercato del lavoro*”)¹¹⁸.

La prima modifica [lettera a)] riguarda l’art. 4 della legge n. 68/1999, che disciplina i criteri di computo delle quote di riserva. Più precisamente, la norma fornisce indicazioni sui criteri per definire la dimensione aziendale, ai fini poi di quantificare il numero di soggetti disabili da assumere, numero che varia per l’appunto a seconda di tale dimensione.

L’articolo *de quo* prevede attualmente che «Agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, non sono computabili tra i dipendenti i lavoratori occupati ai sensi della presente legge ovvero con contratto a tempo determinato di durata non superiore a nove mesi, i soci di cooperative di produzione e lavoro, nonché i dirigenti».

La nuova norma risulta ora così formulata: «Agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, sono computati di norma tra i dipendenti tutti i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato. Ai medesimi effetti, non sono computabili: i lavoratori occupati ai sensi della presente legge, i soci di cooperative di produzione e lavoro, i dirigenti, i lavoratori assunti con contratto di inserimento, i lavoratori occupati con contratto di somministrazione presso l’utilizzatore, i lavoratori assunti per attività da svolgersi all’estero per la durata di tale attività, i soggetti impegnati in lavori socialmente utili assunti ai sensi dell’articolo 7 del decreto legislativo 28 febbraio 2000, n. 81, i lavoratori a domicilio, i lavoratori che aderiscono al programma di emersione, ai sensi dell’articolo 1, comma 4-bis, della legge 18 ottobre 2001, n. 383, e successive modificazioni. Restano salve le ulteriori esclusioni previste dalle discipline di settore».

¹¹⁶ Per un primo commento, si veda *Lavoro: una riforma sbagliata*, a cura di Rausei, Tiraboschi, *Adapt Labour Studies*, 2, 2012.

¹¹⁷ Si legge nella Relazione illustrativa al Ddl A.S. 3249 presentato inizialmente alla Camera che «L’articolo 57 (Efficace attuazione del diritto al lavoro dei disabili) è volto a favorire maggiormente l’inserimento e l’integrazione nel mondo del lavoro delle persone con disabilità. A tal fine sono previsti interventi che incidono sulla vigente normativa (legge 12 marzo 1999, n. 68, recante “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”), estendendone il campo di applicazione. In particolare, il primo comma prevede l’inclusione nel numero di lavoratori utilizzato quale base per il calcolo della quota di riserva per l’assunzione dei disabili, di cui all’articolo 3 della citata legge n. 68 del 1999, di tutti i lavoratori assunti con vincolo di subordinazione. Restano escluse le categorie già individuate dal vigente articolo 4, comma 1, (ovvero i disabili già in forza, i soci di cooperative di produzione e lavoro e i dirigenti), i lavoratori con contratto di inserimento già esclusi dall’applicazione dell’articolo 20 della legge n. 223 del 1991, i lavoratori occupati con contratto di somministrazione presso l’utilizzatore, anch’essi già non computati ai sensi dell’articolo 22, comma 5, del decreto legislativo n. 276 del 2003, i lavoratori assunti per attività da svolgersi all’estero, i soggetti impegnati in lavori socialmente utili assunti, i lavoratori a domicilio, i lavoratori che aderiscono al programma di emersione».

¹¹⁸ In commento alla norma, Giovannone, Lonero, Sorci, *Lavoratori disabili: inclusività e contrasto agli abusi*, in *Lavoro: una riforma sbagliata*, a cura di P. Rausei, M. Tiraboschi, *Adapt Labour Studies*, 2, 2012, 303 e ss. Si segnala, peraltro, che il commento da ultimo citato sembra non tenere conto delle disposizioni del D.P.R. n. 333/2000, che integrano l’art. 4 della l. n. 68/1999, anche nella sua nuova versione.

Se l'obiettivo di questa prima disposizione è quello di ampliare la base di calcolo su cui computare la quota di riserva per l'assunzione di disabili (il che significa conteggiare nell'organico aziendale una serie di contratti di lavoro attualmente non calcolabili), tale risultato non è di immediata intellegibilità. Un raffronto letterale tra l'art. 4 originario e la sua nuova formulazione sembra, al contrario, mostrare un allargamento delle esclusioni, più che delle inclusioni, dalla base di calcolo (il che comporterebbe una restrizione delle quote di riserva).

Occorre però fare un'ulteriore considerazione, alla luce della quale il suddetto effetto di ampliamento risulta apprezzabile.

Oltre alle tipologie elencate nel succitato art. 4, comma 1, dalla base di computo occorre escludere anche altre tipologie di lavoratori, secondo quanto previsto da ulteriori previsioni normative.

Ciò, innanzitutto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, D.P.R. n. 333/2000 (Regolamento di esecuzione della legge 12 marzo 1999, n. 68, recante norme per il diritto al lavoro dei disabili), secondo il quale «Accanto ai lavoratori che non costituiscono base di computo per la determinazione della quota di riserva, sono parimenti esclusi, ai fini di cui all'art. 4, comma 1, della citata legge n. 68 del 1999, i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, con contratto di apprendistato, con contratto di reinserimento, con contratto di lavoro temporaneo presso l'impresa utilizzatrice, e con contratto di lavoro a domicilio. Sono altresì esclusi dalla base di computo i lavoratori assunti per attività lavorativa da svolgersi esclusivamente all'estero, per la durata di tale attività, e i soggetti di cui all'art. 18, comma 2, della legge n. 68 del 1999, nei limiti della percentuale ivi prevista».

Come si può facilmente constatare, oltre a ribadire le esclusioni dei lavoratori assunti ai sensi della legge n. 68/1999, dei soci di cooperativa e dei dirigenti, come nell'originario art. 4, la norma riformata elenca una serie di rapporti che attualmente sono già citati nel D.P.R. n. 333/2000: la somministrazione, il lavoro a domicilio, i lavoratori assunti per attività da svolgersi all'estero, per la durata delle attività. Questo potrebbe essere letto come intento di fornire un elenco esaustivo (e, quindi, anche sostitutivo)¹¹⁹ dei contratti di lavoro non computabili nella base di calcolo, secondo quanto ricavabile dal combinato disposto degli art. 4 della legge n. 68/1999 e 3 del D.P.R. n. 333/2000¹²⁰.

Tuttavia non è proprio così.

Nel testo riformato dell'art. 4, infatti, da un lato troviamo delle «espunzioni», rispetto alla versione del 1999, dall'altro delle integrazioni (rispetto alla disciplina ricavabile dal raccordo della legge n. 68/1999 e del suo Regolamento di esecuzione). Restano invece delle esclusioni dalla base di computo ricavabili ancora ed esclusivamente dal D.P.R. n. 333/2000. Ma procediamo con ordine.

Innanzitutto scompariva il riferimento ai contratti a tempo determinato, di durata non superiore a nove mesi: pertanto i contratti a termine dovevano fare numero, restando assorbiti nella dicitura «*lavoratori assunti con contratto subordinato*», indipendentemente dalla loro durata, quantomeno per ora. La norma è stata però modificata dal «Decreto sviluppo» (art. 46-*bis*, comma 1 lett. l) del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modd. dalla L. 7 agosto 2012, n. 134), per cui ora non sono computabili «i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata fino a

¹¹⁹ Sebbene non tassativo, dato il rinvio alle ulteriori esclusioni previste dalle discipline di settore, come già ricordato.

¹²⁰ Si potrebbe anche pensare ad un'implicita abrogazione della norma del d.P.R. n. 333/2000, tuttavia mi pare che tale conclusione non sia accettabile: il legislatore avrebbe dovuto dichiarare espressamente una simile volontà, data la delicatezza della materia, ai fini della determinazione delle quote di riserva.

sei mesi»¹²¹. Sembra pertanto che qualcuno si sia accorto dell'eccessività della modifica normativa.

L'inclusione dei contratti a termine nella base di computo, senza limiti di durata, rappresenta infatti, al momento la più vistosa e sostanziale novità contenuta nella norma e si tratta di una novità che, *rebus sic stantibus*, certamente creerà problemi dal punto di vista applicativo, soprattutto nei casi di assunzioni di breve termine e di frequenti mutamenti d'organico. Si pone, infatti, il problema di quando conteggiare i contratti a termine, rispetto al momento in cui l'azienda è chiamata ad adempiere agli obblighi di assunzione¹²². Altro problema che creerà poi non poco scompiglio, è la mancanza di una norma che regoli, magari temporaneamente, le situazioni già in essere: a partire dall'entrata in vigore della riforma, anche le aziende che hanno alle proprie dipendenze lavoratori a termine fino ad ora non computati saranno costretti a ricalcolare le quote di riserva e ad adeguarsi alle nuove disposizioni.

Occorre segnalare che la circolare ministeriale, n. 18 del 18 luglio 2012, conferma innanzitutto l'esclusione implicita e chiarisce come il computo ai fini della base occupazionale vada però fatto *pro quota*. Analoghi dubbi sui problemi applicativi, in particolare per realtà caratterizzate da forte *turn over*, trovano conferma nel richiamo fatto dal Ministero alla giurisprudenza maggioritaria sul computo dei lavoratori a termine: si legge infatti che «vadano computati nel novero dei dipendenti qualora il loro inserimento sia indispensabile per la realizzazione del ciclo produttivo; sicché non andrebbero considerati i lavoratori assunti a tempo determinato per ragioni sostitutive». Sul punto, i servizi ispettivi sono invitati ad adottare la massima cautela nel rispetto degli obblighi di assunzione e nell'irrogazione di eventuali sanzioni nell'attesa dell'approvazione delle modifiche al momento in discussione al Senato.

Risultano ora non computabili, grazie ad un'integrazione dell'originario testo dell'art. 4, i lavoratori impegnati in lavori socialmente utili, di cui all'art. 7, D.Lgs. n. 81/2000 e i lavoratori che aderiscono al programma di emersione, ai sensi dell'art. 1, comma 4-*bis*, legge n. 383/2001. Si tratta di ipotesi non menzionate nemmeno nel D.P.R. n. 333/2000.

Quanto ai lavoratori socialmente utili, la riforma si limita tuttavia a ribadire la non computabilità che già discende proprio dalla norma in esso citata, cioè l'art. 7, comma 7, D.Lgs. n. 81/2000, a mente del quale «Nei casi di assunzione di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, trova applicazione

¹²¹ La modifica deriva dall'emendamento AC5312 (presentato a nome Moffa, Damiano, Cazzola, Antonino Foti, Bellanova, Poli, Muro, Berretta, Pelino, Bobba, Lulli, Saglia, Causi, Del Tenno), che prevede l'inserimento nel D.L. 83/2012 di un nuovo articolo 46-bis, (Modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92, e misure in materia di accordi di lavoro), ddl S.3426 al Senato.

¹²² Si può forse ipotizzare il ricorso al criterio del numero dei dipendenti occupati da un'impresa (elaborato dalla giurisprudenza di legittimità ai fini dell'operatività del regime di stabilità reale disciplinato dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori), secondo cui «vanno considerati i lavoratori in servizio alla stregua delle medie e normali esigenze produttive dell'azienda, in riferimento non già alla data della intimazione del licenziamento, ma anche ad un periodo antecedente ad essa» (*ex plurimis*, Cass. 20 gennaio 2000, n. 609, in *Notiz. giur. lav.* 2000, 356). Anche nel criterio così formulato, manca peraltro la definizione del periodo di riferimento su cui conteggiare la media.

Si segnala poi che, con riferimento alle aziende con un organico compreso tra 15 e 35 dipendenti, le quali sono soggette all'obbligo di assumere disabili solo a partire dalle «nuove assunzioni», l'art. 2, 3° comma, del D.P.R. n. 333/2000 prevede che «Non sono considerate nuove assunzioni quelle effettuate per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, per la durata dell'assenza, e quelle dei lavoratori che sono cessati dal servizio qualora siano sostituiti entro 60 giorni dalla predetta cessazione, nonché le assunzioni effettuate ai sensi della legge n. 68 del 1999».

Il successivo art. 3, comma 6, del Regolamento di esecuzione prevede poi che per i datori di lavoro che svolgono attività stagionale, il periodo di 9 mesi di durata del contratto a termine (di cui all'originario testo dell'art. 4, comma 1°, della l. n. 68/1999), si calcola sulla base delle corrispondenti giornate lavorative effettivamente prestate nell'arco dell'anno solare, anche non continuative.

l'art. 20, comma 4, della citata legge n. 223 del 1991»¹²³. Tale ultima norma, più specificamente, asserisce che «I lavoratori assunti con contratto di reinserimento sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative ed istituti».

Quanto invece ai lavoratori che aderiscono al programma di emersione¹²⁴, qui la legge si limita a rafforzare una regola anch'essa già contenuta nell'ordinamento. Si tratta dell'art. 1, comma 4-bis, legge n. 383/2001, a mente del quale «I lavoratori che aderiscono al programma di emersione e che non risultano già dipendenti dell'imprenditore sono esclusi, per il periodo antecedente nonché per il triennio di emersione, dal computo dei limiti numerici di unità di personale previsti da leggi e contratti collettivi di lavoro ai fini dell'applicazione di specifiche normative ed istituti, ad eccezione delle disposizioni in materia di licenziamenti individuali e collettivi».

Occorre invece continuare ad escludere dalla base di computo, in ossequio al solo D.P.R. n. 333/2000, i contratti di formazione e lavoro, non citati dalla nuova disciplina (che esclude espressamente dal computo il solo contratto di inserimento, ma senza che questo cambi nulla nella sostanza), e il contratto di apprendistato. Il contratto di formazione e lavoro risultava peraltro non computabile (e continuerà ad esserlo) anche in applicazione dell'art. 3, comma 10, D.L. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge n. 863/1984, ai sensi del quale «I lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti». Il D.P.R. n. 333/2000 aveva quindi ribadito una regola già esistente nell'ordinamento e che rimane¹²⁵.

Quanto all'apprendistato, anche qui nulla cambia dal punto di vista sostanziale, dato che il D.P.R. non viene toccato dalla riforma, come già anticipato, e dato che comunque si tratta di un contratto non computabile anche in virtù dell'art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 167/2011 (T.U. sull'apprendistato)¹²⁶.

Le novità sostanziali, come si può vedere, non sono molte, rispetto a quello che si potrebbe dedurre ad un primo sguardo. Dal punto di vista sistematico sarebbe stato certamente meglio, da parte del legislatore del 2012, elencare complessivamente in una sola norma tutte le tipologie di contratti di lavoro subordinato che non vanno incluse nella base di calcolo per la determinazione delle quote di riserva, senza costringere – come spesso accade – l'interprete a 'saltellare' tra le normative per ricostruire un quadro completo della disciplina. Ciò è vero soprattutto in questa circostanza, in cui poca fatica sarebbe costata al legislatore, che ha tralasciato di includere nell'art. 4, legge n. 68/1999, solo due delle altre tipologie contrattuali elencate nel D.P.R. n. 333/2000, oggi invece racchiuse nella legge n. 92/2012. Ciò detto, nulla cambia dal punto di vista sostanziale. Si trattava di compiere un'operazione 'pulita'.

Va infine ricordato che, pur non trattandosi di tipologie contrattuali specifiche, sempre in virtù del medesimo art. 3, D.P.R. n. 333/2000, (commi 2 e 4), vanno esclusi anche i lavoratori divenuti inabili allo svolgimento delle proprie mansioni per infortunio o malattia, e che abbiano su-

¹²³ Si tratta delle assunzioni a tempo indeterminato, di quelle a termine e delle assunzioni part-time relative a lavoratori socialmente utili.

¹²⁴ Si tratta di quelle situazioni in cui gli imprenditori che hanno fatto ricorso a lavoro irregolare, non adempiendo in tutto o in parte agli obblighi previsti dalla normativa vigente in materia fiscale e previdenziale, possono farlo emergere, tramite apposita dichiarazione di emersione (art. 1, legge 18 ottobre 2001, n. 383)

¹²⁵ Si rammenti, peraltro, che i cfl sopravvivono con riferimento esclusivo al settore del Pubblico Impiego, ai sensi dell'art. 86, comma 9, D.Lgs. n. 276/2003.

¹²⁶ Con una previsione tralasciata, il T.U. afferma che «Fatte salve specifiche previsioni di legge o di contratto collettivo, i lavoratori assunti con contratto di apprendistato sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti».

bito una riduzione della capacità lavorativa in misura pari o superiore al sessanta per cento ¹²⁷, nonché i lavoratori che si sono invalidati successivamente all'assunzione per infortunio sul lavoro o malattia professionale ¹²⁸, qualora abbiano acquisito un grado di invalidità superiore al trentatré per cento. Inoltre non sono toccati dalla riforma e, quindi, resteranno in ogni caso non computabili, le assunzioni di soggetti di cui all'art. 18, comma 2, legge n. 68/1999 ¹²⁹.

Esclusioni, esoneri parziali e contributi esonerativi

La nuova legge prosegue poi [art. 4, 27° comma, lettera b)] con una modifica dell'art. 5 della legge n. 68/1999 ¹³⁰: modifica il comma 2 e introduce il comma 8-*quinquies*. Ma procediamo con ordine.

L'art. 5 ¹³¹, comma 2, della legge n. 68/1999, che disciplina la materia delle esclusioni, degli esoneri parziali e dei contributi esonerativi, dispone che «I datori di lavoro pubblici e privati che operano nel settore del trasporto aereo, marittimo e terrestre non sono tenuti, per quanto concerne il personale viaggiante e navigante, all'osservanza dell'obbligo di cui all'articolo 3. Non sono inoltre tenuti all'osservanza dell'obbligo di cui all'articolo 3 i datori di lavoro del settore edile per quanto concerne il personale di cantiere e gli addetti al trasporto del settore. Sono altresì esentati dal predetto obbligo i datori di lavoro pubblici e privati del solo settore degli impianti a fune, in relazione al personale direttamente adibito alle aree operative di esercizio e regolarità dell'attività di trasporto. Per consentire al comparto dell'autotrasporto nazionale di evolvere verso modalità di servizio più evolute e competitive e per favorire un maggiore grado di sicurezza nella circolazione stradale di mezzi, ai sensi del comma 1 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1997, n. 454, i datori di lavoro pubblici e privati che operano nel settore dell'autotrasporto non sono tenuti, per quanto concerne il personale viaggiante, all'osservanza dell'obbligo di cui all'articolo 3. Fermo restando l'obbligo del versamento del contributo di cui al comma 3 al Fondo regionale per l'occupazione dei disabili, per le aziende che occupano addetti impegnati in lavorazioni che comportano il pagamento di un tasso di premio ai fini Inail pari o superiore al 60 per cento, la procedura di esonero prevista dal presente articolo è sostituita da un'autocertificazione del datore di lavoro che attesta l'esclusione dei lavoratori interessati dalla base di computo».

Dopo il secondo periodo del comma 2, viene introdotta la seguente disposizione: «Indipendentemente dall'inquadramento previdenziale dei lavoratori è considerato personale di cantiere

¹²⁷ Essi sono anche computabili nella percentuale di riserva, a meno che l'inabilità non sia stata determinata da violazione, da parte del datore di lavoro pubblico o privato delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro, accertato in sede giudiziale.

¹²⁸ Si veda l'art. 1, comma 7, della legge n. 68 del 1999.

¹²⁹ Si tratta delle categorie degli «orfani e dei coniugi superstiti di coloro che siano deceduti per causa di lavoro, di guerra o di servizio, ovvero in conseguenza dell'aggravarsi dell'invalidità riportata per tali cause, nonché dei coniugi e dei figli di soggetti riconosciuti grandi invalidi per causa di guerra, di servizio e di lavoro e dei profughi italiani rimpatriati, il cui status è riconosciuto ai sensi della legge 26 dicembre 1981, n. 763», cui si aggiungono i soggetti individuati dalla legge 407 del 1998 (vittime del terrorismo e della criminalità organizzata), non abrogata dalla l. n. 68/1999 (sul tema specifico, si rinvia a Limena, *La guerra dei poveri: disabili contro "vittime nel collocamento mirato" (l. 11 marzo 2011, n. 25)*, in questa rivista, 7/2011, 660). Ad essi è assegnata una quota di riserva, sul numero di dipendenti dei datori di lavoro pubblici e privati che occupano più di cinquanta dipendenti, pari a un punto percentuale e pari ad una sola unità, nel caso di datori di lavoro che occupano tra 51 e 150 dipendenti.

¹³⁰ Si tratta dell'ennesimo ritocco alla norma; già l'art. 9 del D.L. n. 138/2011, poi convertito nella l. n. 148/2011, l'aveva modificata, con riferimento al regime delle compensazioni.

¹³¹ Come modificato dall'articolo 2 bis, comma 1, del D.L. 20 dicembre 1999, n. 484 (convertito, con modificazioni, in legge 18 febbraio 2000, n. 27), dall'art. 78, comma 9, l. 23 dicembre 2000, n. 388, dall'articolo 1, comma 53, della legge 24 dicembre 2007, n. 247 e, da ultimo, dall'articolo 6, comma 2-ter del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106).

anche quello direttamente operante nei montaggi industriali o impiantistici e nelle relative opere di manutenzione svolte in cantiere».

Va subito rilevato che tale specifica previsione procede in una direzione esattamente opposta al rafforzamento della normativa sul collocamento dei disabili, poiché si tratta di una disposizione che consente di ampliare l'area del «non adempimento» degli obblighi assuntivi, attraverso la dilatazione della nozione di «personale di cantiere».

Su tale nozione era intervenuto, a suo tempo, il Ministero del lavoro, con una nota esplicativa¹³², ai sensi della quale «Relativamente all'espressione "personale di cantiere" usata dal legislatore, si rappresenta che la stessa, non individuando specifiche mansioni e/o profili di lavoratori, debba intendersi riferita alla generalità dei dipendenti che operano all'interno del luogo in cui si effettuano i lavori del settore edile. Ne consegue che i datori di lavoro del settore edile, con esclusivo riferimento al periodo di attività del 'cantiere', escluderanno dalla base di computo i dipendenti che sono adibiti ad attività lavorativa all'interno del cantiere includendo, invece, nella base di computo i dipendenti che operano in luoghi diversi da quello del 'cantiere'».

Come precedentemente detto, l'art. 4 della legge n. 92/2012 prevede poi l'introduzione di un nuovo comma, l'8-*quinquies*, sempre all'art. 5 della legge n. 68/1999. Il nuovo comma prevede che «Al fine di evitare abusi nel ricorso all'istituto dell'esonerazione dagli obblighi di cui all'articolo 3 e di garantire il rispetto delle quote di riserva, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da emanare, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro due mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sono ridefiniti i procedimenti relativi agli esonerati, i criteri e le modalità per la loro concessione e sono stabilite norme volte al potenziamento delle attività di controllo». Rispetto ad una prima versione della norma (contenuta nell'originario disegno di legge), il testo finale uscito dalla lettura al Senato e poi divenuto legge dello Stato, introduce l'obbligo di acquisire il parere della Conferenza unificata¹³³.

¹³² Nota della Direzione generale del mercato del lavoro - Divisione III, del 29 gennaio 2008, Prot. n. n. 13/III/002256, avente ad oggetto «Legge 12 marzo 1999, n. 68. Esclusioni per il settore edile previste dall'art. 1, comma 53, della Legge 24 dicembre 2007, n. 247 recante «Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale». Con l'ulteriore Nota del 2 aprile 2008, Prot. n. 12/III/7167, della medesima Direzione generale, sempre informalmente il Ministero del Lavoro ha chiarito che, al fine di individuare chi siano i datori di lavoro appartenenti al settore edile, «si ritiene di poter utilizzare il contenuto del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 494 che effettua nell'allegato I° l'elencazione dei lavori edili o di ingegneria civile svolti nei cantieri. Pertanto potrà rientrare nel campo di applicazione della norma di cui all'art. 1, comma 53, della citata legge 24/7/2007, il datore di lavoro che svolge, nell'ambito dei cantieri edili, quelle attività individuate nell'allegato I° del citato D.Lgs. n. 494/96, che risulta iscritto in qualità di impresa edile nel registro delle imprese di cui all'art. 2188 del codice civile e che sia inquadrato ai fini previdenziali e assistenziali sempre come impresa edile. Si fa, infatti, presente che solamente l'atto di iscrizione nel registro delle imprese ha valore di pubblicità legale e testimonia l'esistenza dell'impresa, l'attività esercitata e gli eventi che durante la sua sopravvivenza hanno rilievo giuridico. Pertanto, il datore di lavoro, così come individuato, dimostrerà l'appartenenza al settore edile, ai fini dell'esclusione di cui trattasi, solamente se si trova nella condizione di cui sopra, non rilevando fattispecie diverse quali ad esempio: il possesso dei codici Ateco relativi alle costruzioni (a meno che gli stessi non corrispondano alle medesime attività di cui al predetto allegato I°), l'applicazione del C.C.N.L. dell'edilizia, l'iscrizione alla cassa edile. Relativamente alla definizione di cantiere si fa rinvio alla definizione contenuta nel citato D.Lgs. n. 494/96 di cui all'art. 2, comma 1, lettera a) intendendo per cantiere "qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile il cui elenco è riportato all'allegato I°» [...].

¹³³ Si tratta della Conferenza risultante dall'unificazione della Conferenza Stato-città ed autonomie locali, con la Conferenza Stato-regioni, che l'art. 8 del D.Lgs. n. 281/1997 prevede in composizione unificata per le materie e i compiti di interesse comune delle regioni, delle province, dei comuni e delle comunità montane.

Si rammenta che l'attuale disciplina sui procedimenti relativi agli esoneri parziali e sui criteri e le modalità per la concessione degli stessi è attualmente contenuta nel regolamento di cui al D.M. 7 luglio 2000, n. 357¹³⁴.

La modifica non contiene disposizioni di particolare interesse o difficoltà, se non per l'intenzione – ancora una volta ribadita dal legislatore – di evitare abusi, da parte delle aziende, dell'istituto dell'esonero; si dovrà invece attendere l'adozione del decreto ministeriale, cui la norma rinvia per definire i procedimenti relativi agli esoneri, i criteri e le modalità per la loro concessione, oltre che le norme volte al potenziamento delle attività di controllo.

Rafforzamento del sistema di controlli

La lettera *d*) del comma 27, infine, aggiunge un periodo all'art. 6 della legge n. 68/1999 (*Servizi per l'inserimento lavorativo dei disabili e modifiche al decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469*)¹³⁵: «I medesimi organismi sono tenuti a comunicare, anche in via telematica, con cadenza almeno mensile, alla competente Direzione territoriale del lavoro, il mancato rispetto degli obblighi di cui all'articolo 3, nonché il ricorso agli esoneri, ai fini della attivazione degli eventuali accertamenti».

Con riferimento alle ultime due disposizioni, la Relazione illustrativa al disegno di legge precisa che «Al fine di evitare l'abuso dell'istituto degli esoneri, totale o parziale – che a legislazione vigente consente ad alcuni datori di lavoro che operano in particolari settori o per le speciali condizioni della loro attività e, nel caso delle attività svolte dalle amministrazioni pubbliche e dagli enti pubblici non economici, per determinate mansioni, l'esclusione totale dall'obbligo di assunzione delle persone con disabilità o l'esonero parziale con occupazione dei disabili in misura ridotta – si è ritenuto di potenziare i controlli. Ciò, da un lato, mediante la previsione, al comma 2, in capo ai Centri per l'impiego dell'obbligo di comunicazione alle competenti Direzioni territoriali del lavoro del mancato rispetto delle quote di riserva o dei vincoli previsti dalla disposizione in materia di esoneri, al fine di consentire l'attivazione degli strumenti di verifica ed eventualmente dei meccanismi sanzionatori. Dall'altro lato, invece, il comma 3 ha previsto per le medesime finalità l'adozione, nel termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del provvedimento in questione, di un decreto di natura regolamentare che ridefinisca i procedimenti relativi agli esoneri, in un'ottica di prevenzione dei possibili abusi, anche attraverso il miglioramento dell'efficacia dei controlli».

Conclusioni

Appare certamente apprezzabile l'intento di migliorare lo stato di applicazione della legge n. 68/1999 e di rafforzare quindi i meccanismi di inserimento al lavoro dei disabili. Tuttavia, al di là delle dichiarazioni forse un po' 'propagandistiche' di impegno a potenziare il mercato del lavoro per i disabili, i provvedimenti adottati vanno valutati in un'ottica più ampia, che purtroppo porta a smorzare, almeno in parte, gli entusiasmi.

Innanzitutto occorre tenere presente che le manovre finanziarie degli ultimi due governi, incluso il Governo Monti, hanno inciso in maniera drammatica sui fondi per i disabili: una macchina, per quanto perfetta o perfezionata, senza benzina non è in grado comunque di camminare. Ma

¹³⁴ «Disciplina dei procedimenti relativi agli esoneri parziali dagli obblighi occupazionali di cui alla L. 12 marzo 1999, n. 68».

¹³⁵ Ai sensi della norma, «Gli organismi individuati dalle regioni ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, di seguito denominati "uffici competenti", provvedono, in raccordo con i servizi sociali, sanitari, educativi e formativi del territorio, secondo le specifiche competenze loro attribuite, alla programmazione, all'attuazione, alla verifica degli interventi volti a favorire l'inserimento dei soggetti di cui alla presente legge nonché all'avviamento lavorativo, alla tenuta delle liste, al rilascio delle autorizzazioni, degli esoneri e delle compensazioni territoriali, alla stipula delle convenzioni e all'attuazione del collocamento mirato».

a parte questa considerazione, e per restare sui provvedimenti che più tecnicamente riguardano i profili del lavoro, si può sottolineare che nella riforma Fornero sparisce il contratto di inserimento, che è uno degli strumenti destinati ad agevolare l'assunzione anche dei disabili¹³⁶. L'art. 1, comma 14, della nuova disciplina del Mercato del lavoro prevede infatti l'abrogazione, fra l'altro, degli articoli da 54 a 59 del D.Lgs. n. 276/2003. Il successivo comma 15 prevede poi che «Nei confronti delle assunzioni effettuate fino al 31 dicembre 2012 continuano ad applicarsi le disposizioni abrogate ai sensi del comma 14, nella formulazione vigente anteriormente all'entrata in vigore della presente legge».

A fronte di tale provvedimento, risulta poco congruente l'esplicita conferma dell'esclusione, dal computo dell'organico aziendale, ai fini della determinazione delle quote di riserva a favore dei disabili, proprio dei contratti di inserimento, come precedentemente evidenziato.

In una lettura sistematica si deve probabilmente concludere che la non computabilità dei contratti di inserimento sia riferibile solo al periodo transitorio che andrà dall'eventuale entrata in vigore della legge fino al 31 dicembre 2012, o a quella diversa che, in sede di conversione in legge, dovesse eventualmente essere definita.

In una visione più ampia, poi, pare che si sia persa una buona occasione per fare maggiore chiarezza sui criteri di computo delle quote di riserva, cosa che sarebbe stata più agevole se il legislatore avesse formulato una norma completa, che non richiedesse una ricostruzione integrata da altri provvedimenti (in particolare il D.P.R. n. 333/2000); ma questo è un difetto che già era imputabile alla legge n. 68/1999.

L'intervento probabilmente più difficile da comprendere, appare ad ogni modo l'inclusione dei contratti a termine, di qualunque durata, nella base di computo degli organici aziendali. Oltre a comportare un'obiettivo difficoltà nelle modalità concrete di computo – visto che non sono fornite le minime indicazioni in proposito – risulta francamente eccessivo costringere le aziende al computo di contratti che non abbiano un minimo di stabilità, come è accaduto sino ad ora con l'inclusione dei soli contratti che durassero almeno 9 mesi. Analoghe perplessità trovano parziale risposta nella citata circolare ministeriale. Forse, tra i vari interventi che si potevano fare per rafforzare il sistema di assunzioni dei disabili, questo è quello meno sensato.

Ma di questo pare che il legislatore si sia accorto e stia cercando di rimediare, attraverso il summenzionato emendamento alla legge contenuto nella proposta di modifica del D.L. n. 83/2012.

¹³⁶ Ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. n. 276/2003 il contratto di inserimento era rivolto a: a) soggetti compresi tra 18 e 29 anni; b) soggetti compresi tra 29 e 32 anni disoccupati di lunga durata; c) soggetti con più di 50 anni privi di posto di lavoro; d) soggetti che desiderino riprendere un'attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni; e) donne residenti in aree geografiche in cui il tasso di occupazione femminile sia inferiore almeno del 20% di quello maschile, ovvero di disoccupazione sia superiore del 10% di quello maschile; f) soggetti disabili.

LE DIMISSIONI DEL LAVORATORE DALLA L. 188/2007 ALLA RIFORMA DEL 2012

di Maurizio Del Conte - *Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi "Bocconi" di Milano*

Libertà di forma

Il principio di libertà di forma, da sempre applicato alla dichiarazione di volontà del lavoratore di risolvere il contratto di lavoro¹³⁷, era stato intaccato dalla legge n. 186 del 2007 che aveva posto uno speciale vincolo invalidante laddove la forma scelta dal lavoratore fosse stata la “lettera di dimissioni volontarie”.

L’“obiettivo limitato” della normativa inquadrava, per contrastarla, l’illecita pratica delle “dimissioni in bianco”, materializzate in una “lettera” in mano al datore di lavoro¹³⁸, tale da consentirgli di eludere le limitazioni al potere di licenziare. La legge non conteneva una disciplina delle dimissioni volontarie, ma si limitava a stabilire che la “lettera di dimissioni”, quando fosse stata esibita dal datore di lavoro, dovesse avere caratteristiche che ne garantissero la provenienza dalla libera determinazione del prestatore di lavoro.

L’involontaria ambiguità della formula derivante dall’uso della parola “lettera”, aveva favorito un’opzione interpretativa - subito rilevata e condivisa dai primi commenti - consistente nel ritenere istituita una “forma tipica” per le dimissioni del lavoratore¹³⁹.

Prevalse, infatti, l’opinione che il legislatore avesse ritenuto di vincolare la validità delle dimissioni volontarie alla forma prescritta¹⁴⁰.

A regolamentare questa scelta intervennero i decreti ministeriali istitutivi dei “moduli predisposti” per la comunicazione del recesso del lavoratore, cui si aggiunsero circolari ministeriali che, anziché chiarirne il senso, rendevano incerta la portata dei primi, dando così spazio a contrasti interpretativi sull’effettivo ambito di applicazione della nuova disciplina.

La confusione che ne seguiva era evidente¹⁴¹ e le proposte formulate per superarla, volendo tenere fermo il generale vincolo di forma, non fornivano soluzioni soddisfacenti¹⁴². La tenuta della nuova disciplina delle dimissioni era fatalmente compromessa. Da qui l’abrogazione disposta dall’art. 39, 1° comma D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

¹³⁷ Per la più recente trattazione dei profili teorici e problematici delle dimissioni prima della riforma, ci si permette di rinviare, da ultimo, a Del Conte, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Milano, 2012. Si vedano, più risalenti, Altavilla, *Le dimissioni del lavoratore*, Milano, 1987, 58 ss; Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale*, in: AA.VV., *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, Torino, 2007, pag. 21 ss. In giurisprudenza si veda Cass. 12 giugno 1998 n. 5922; Cass. 13 luglio 2001 n. 9554, in *Foro It.*, 2001, I, col. 2793; Cass. 15 novembre 2001 n. 14217, in *Riv. giur. lav.* 2002, II, pag. 483 con nota di Valente.

¹³⁸ Sul tema Vallebona, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, pag. 862; Id. *Dimissioni orali: un caso di scuola prima del divieto*, ivi 2008, 158; Id. *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, 6° ed., Padova 2008, 562 ss.; Pellacani, *La disciplina delle dimissioni volontarie: considerazioni critiche e prime indicazioni*, in *Guida lav.*, 2008, 10, 17; Massi, *Dimissioni volontarie: nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 2007, 2701.

¹³⁹ Ballistrero, *Dimissioni volontarie?* Relazione al convegno del centro studi Napolitano, Genova 14 dicembre 2007, id. *Recesso on-line, ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie. La stabilità nel diritto vigente – Saggi su licenziamenti e dintorni* (2007-2009); id., *Dir. e lav.*, 2008, 511.

¹⁴⁰ Senza toccare l’istituto della risoluzione consensuale che restava libera da vincoli di forma e poteva essere realizzata anche oralmente o per fatti concludenti.

¹⁴¹ Barraco, *Dimissioni: la caotica attuazione della l. n. 188/2007 giustifica l’abrogazione?*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 626; Alvaro, *La disciplina delle dimissioni: una legge nata male, applicata peggio e subito abrogata*, *ibidem*, 632.

¹⁴² Si vedano le osservazioni di Vallebona, *Dimissioni orali: un caso di scuola prima del divieto*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 158, cit.

Speciali regole vigevano, invece, per le dimissioni della lavoratrice nel periodo dalla richiesta della pubblicazione di matrimonio ad un anno dopo da celebrazione e per le dimissioni della lavoratrice gestante, dei genitori naturali, adottivi o affidatari per un anno dalla nascita o dall'ingresso del bambino in famiglia per le quali era imposta, a pena di nullità, la conferma dell'ufficio provinciale del lavoro.

Con la legge n. 92 del 28 giugno 2012 la disciplina delle dimissioni della gestante e degli altri soggetti tutelati è stata estesa alla risoluzione consensuale e prolungata fino a 3 anni. L'efficacia è stata subordinata alla convalida da parte del servizio ispettivo della direzione territoriale del lavoro, in mancanza della quale non si ha nullità, ma sospensione dell'efficacia (art. 4 p. 16).

Con analoghe misure è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento una disciplina generale delle dimissioni, con estensione delle stesse regole alla risoluzione consensuale, la cui efficacia è stata "sospensivamente condizionata alla convalida" da effettuare secondo modalità individuate con decreto non regolamentare del Ministero del Lavoro, presso la Direzione territoriale del lavoro o il Centro per l'impiego territorialmente competenti, ovvero presso le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

In alternativa a tale procedura, l'efficacia delle dimissioni e della risoluzione consensuale è "sospensivamente condizionata ad apposita dichiarazione del lavoratore in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro che il datore di lavoro è tenuto a fare alla Direzione Provinciale del lavoro", entro cinque giorni dalla comunicazione amministrativa di cessazione (art. 4 c. 18).

È anche prevista la possibilità di ulteriori forme procedurali per accertare la veridicità della data e la autenticità della manifestazione di volontà del lavoratore, in funzione dello sviluppo dei sistemi informatici e della evoluzione della disciplina in materia di comunicazioni obbligatorie¹⁴³.

Con le due alternative proposte al lavoratore che si è licenziato o ha convenuto col datore di lavoro lo scioglimento del rapporto, la legge intende, in via di massima, provvedere, mediante la procedura di convalida, alle situazioni nelle quali il recesso non è stato libero da condizionamenti psicologici interni o da fattori esterni o, comunque, per il caso in cui insorga nel lavoratore un pentimento per l'atto compiuto.

Per contro la condizione che prevede la sola sottoscrizione della dichiarazione apposta in calce alla ricevuta di cui al comma 18, tende, in via di massima, alla semplice conferma della veridicità della data e autenticità dell'esercizio del diritto potestativo di recesso.

La convalida

Con l'adozione dell'istituto della convalida la nuova normativa si uniforma alle modalità proprie di quella che era stata definita dalla giurisprudenza "*la procedura per garantire la spontaneità delle dimissioni della lavoratrice madre*"¹⁴⁴, la cui tutela, come previsto dall'art. 55, 4 comma legge 151/2001, si basa, infatti, sempre secondo l'interpretazione giurisprudenziale, sulla "*presunzione di non spontaneità*" delle dimissioni¹⁴⁵.

La riforma conferisce al lavoratore la facoltà di ritornare sulla decisione presa (di dimettersi o risolvere consensualmente il rapporto), con modalità procedurali che sono analoghe a quelle poste in favore della gestante. E poiché queste hanno, sempre secondo l'interpretazione giurisprudenziale, la finalità di provvedere "*alla riparazione di un danno prodotto dal suo stesso compor-*

¹⁴³ Vallebona, *La riforma del lavoro*, 2012, Giappichelli Ed., 2012, 78/81.

¹⁴⁴ Trib. Milano, 24 gennaio 1996, in *O.G.L.*, 1996, 213.

¹⁴⁵ Cass. 4 febbraio 1992 n. 1159, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 217 e *Giust. civ.* 1992, I, 2123 e *O.G.L.*, 1992, 369.

*tamento volontario in apparente contrasto col principio di auto responsabilità*¹⁴⁶ la riforma, di fatto, generalizza la specialità della tutela istituita dalla legge 151/2001 che ha riguardo a stati soggettivi effettivamente speciali della lavoratrice. Inoltre, attribuendo al lavoratore la facoltà di revoca (art. 4 c. 21) l'oggetto del giudizio di convalida finisce per ampliarsi ben oltre "la valutazione della effettiva volontà del soggetto al momento della presentazione delle sue dimissioni" onde accertare "la spontaneità di tale atto"¹⁴⁷, com'era inteso in relazione alla richiesta di dimissioni presentate dalla lavoratrice durante il periodo di gravidanza, e può, perciò, concludersi con la ratifica della volontà contraria a quella liberamente e autenticamente manifestata al datore di lavoro.

La sottoscrizione dell'“apposita dichiarazione” del lavoratore

Condizione sospensiva dell'efficacia delle dimissioni, alternativa alla convalida secondo quanto dispone il comma 18 del citato art. 4, è la “sottoscrizione di apposita dichiarazione della lavoratrice o del lavoratore apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 21 legge 29 aprile 1949 n. 264 e, successive modificazioni”.

Il fine, raggiunto mediante un comportamento del tutto autonomo del lavoratore, è quello di "accertare la veridicità della data e la autenticità della manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in relazione alle dimissioni o alla risoluzione consensuale del rapporto.

Essendo questo il fine, non è impensabile che la prova possa venire offerta anche dal datore di lavoro, con diversi mezzi documentali aventi efficacia probatoria non inferiore alla “apposita dichiarazione” prevista dalla legge quale, ad esempio una lettera raccomandata proveniente dal lavoratore.

L'inerzia del lavoratore. L'invito del datore di lavoro. L'inosservanza.

La revoca

Nell'ipotesi in cui la lavoratrice o il lavoratore non provveda ad attivare alcuna delle alternative, il rapporto di lavoro si intende risolto per il verificarsi della condizione sospensiva qualora la lavoratrice o il lavoratore non aderisca, entro sette giorni dalla ricezione, all'invito rivoltogli dal datore di lavoro, tramite comunicazione scritta, a presentarsi presso le sedi deputate alla convalida ovvero ad apporre la sottoscrizione all'“apposita dichiarazione” copia della quale deve essere allegata all'invito stesso (art. 4 c. 19)¹⁴⁸.

Nello stesso termine, che può sovrapporsi con il periodo di preavviso, il lavoratore può revocare sia le dimissioni che la risoluzione consensuale. Una facoltà, quest'ultima, che la nuova norma attribuisce al lavoratore in deroga alla disciplina generale dei contratti che non l'ammette fra le cause estintive dei negozi bilaterali.

L'istituto della revoca, introdotta a correzione della formula barocca del disegno di legge che prevedeva un' indefinita “contestazione” del lavoratore con offerta delle proprie prestazioni, con-

¹⁴⁶ Cass. 19 agosto 2000 n. 10994 in materia di dimissioni volontarie nel periodo di divieto del licenziamento della lavoratrice madre, *Foro It.* 2000, I, 3118; *Dir e Giust.* 2000, fasc. 32, 9; Cass. 4 febbraio 1992, n. 1159 cit. che individua nella necessità della convalida delle dimissioni della gestante la "presunzione di non spontaneità".

In dottrina: Altavilla *Le dimissioni del lavoratore*, Milano, 1987, 88. Secondo l'autrice la legge sul divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio realizza una tutela dello stato di soggezione psicologica. Mainardi, *Dimissioni e risoluzione consensuale in Trattato di diritto privato*, diretto da M. Besone, a cura di F. Carinci, Tomo III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Torino, 2007, 35.

¹⁴⁷ Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale 4 giugno 2007, prot. 25/1/0007001.

¹⁴⁸ L'effetto risolutivo del rapporto non impedisce, peraltro, al lavoratore di eccepire il licenziamento orale.

serva dell'originario impianto la regola della decadenza: entro 7 giorni dall'invito. È perciò ragionevole supporre che la revoca possa essere esercitata anche prima del ricevimento dell'invito.

Per l'art. 4 comma 21 "La revoca può essere comunicata in forma scritta".

Poiché è impensabile una revoca orale¹⁴⁹, nella formula legislativa è sottinteso il periodo ipotetico: "se il lavoratore intende comunicare la revoca può farlo con la forma scritta".

Dal giorno successivo alla comunicazione della revoca il contratto di lavoro torna ad avere corso normale. Per il periodo intercorso tra il recesso e la revoca, qualora la prestazione lavorativa non sia stata svolta, il prestatore non matura alcun diritto retributivo.

Alla revoca del recesso conseguono la cessazione di ogni effetto delle eventuali pattuizioni ad esso connesse e l'obbligo in capo al lavoratore di restituire tutto quanto eventualmente percepito in forza di essa. Non diverse conseguenze produce l'inefficacia per omesso invito o per mancata convalida o conferma.

L'inerzia delle parti

Qualora, in mancanza della convalida ovvero della sottoscrizione a conferma, il datore di lavoro non provveda a trasmettere alla lavoratrice o al lavoratore la comunicazione contenente l'invito entro il termine di trenta giorni dalla data delle dimissioni o della risoluzione consensuale, le dimissioni si considerano definitivamente prive di effetto (art. 4 c. 22).

La fissazione dei precisi termini della procedura ne esclude l'applicabilità ai comportamenti significativi sul piano contrattuale, in particolare alla protratta assenza del lavoratore dal posto di lavoro.

In detta situazione il datore di lavoro che intende eliminare l'incertezza può procedere col licenziamento per assenza ingiustificata o, in via alternativa, invitare il lavoratore a presentarsi agli enti deputati alla convalida delle dimissioni ovvero a sottoscrivere la dichiarazione ai sensi del comma 18 dell'art. 4.

In quest'ultimo caso, se il lavoratore non aderisce all'invito, decorso il termine di sette giorni il rapporto deve ritenersi risolto, salvo che comunichi per iscritto la revoca delle dimissioni.

Anche la perdurante assenza del lavoratore successiva alla revoca delle dimissioni o della risoluzione consensuale, ovvero alla mancata convalida, configura assenza ingiustificata sanzionabile disciplinarmente dal datore di lavoro.

La lettera delle dimissioni in bianco

La lettera di dimissioni in bianco, obbiettivo primario o, meglio, unico, quantomeno nell'intento dei proponenti della legge n. 188/2007 e dei successivi disegni di legge, inserita per contrastarla nelle nuove disposizioni della riforma, ha ricevuto da queste l'attribuzione di un ruolo decisamente secondario, se non irrilevante, in confronto alla parte innovativa costituita dall'istituzione della procedura di convalida o di conferma con estensione della disciplina alla risoluzione consensuale.

Mancano, del resto, evidenze statistiche sulla effettiva diffusione del fenomeno e rarissimi sono i casi di dimissioni in bianco trattati dalla giurisprudenza. Dalla legge n. 188/2007 ad oggi un solo caso risulta segnalato dai repertori della giurisprudenza del lavoro¹⁵⁰; e, in un altro, singolare caso, risulta la condanna per estorsione del datore di lavoro che aveva fatto sottoscrivere la lettera di dimissioni in bianco, sotto minaccia di mancata assunzione¹⁵¹. Solo in contesti del tutto

¹⁴⁹ Vallebona, op. cit., 80.

¹⁵⁰ Trib. Arezzo, 21 ottobre 2008, *Lav. giur.*, 2009, 398 che ha giudicato nulle per difetto di causa le dimissioni prive di data, cui ha parificato la data aggiunta a penna e ha quindi precisato: "va valutata l'assenza di fatti concludenti idonei a svelare la volontà del lavoratore di dimettersi: infatti al lavoratore, per palesare la volontà di dimettersi, sarebbe bastata l'ingiustificata assenza dal lavoro dopo il periodo di malattia".

¹⁵¹ Cass. pen., Sez. VI, 1° luglio 2010, n. 32525, in *Foro it.*, 2011, II, 100 e in *Riv. pen.*, 2010, 978 e *Lav. giur.*, 2010, 1085.

singolari è, infatti, ipotizzabile, oggi, che un datore di lavoro, esibita la lettera preconfezionata, estrometta il lavoratore dall'azienda: troppo elevato essendo il rischio dell'imputazione di condotta fraudolenta ed estorsiva.

Anziché licenziamento in tronco, ammantato dalla finzione di volontarie dimissioni, l'utilizzazione di una lettera di dimissioni in bianco costituisce, dunque, fattispecie riconosciuta di reato, peraltro configurabile solo in presenza di inconsapevole, passiva inerzia del lavoratore.

La nuova normativa, ispirata a un forte spirito protettivo suscitato da ritenute condizioni di speciale debolezza del prestatore di lavoro, istituisce per tutti un complesso regolamento di tutela che sorpassa e marginalizza il contrasto alle dimissioni in bianco.

Con prescrizione residuale la legge ne punisce, in via amministrativa, il possesso in mano al datore di lavoro e, in via penale, l'uso fraudolento (art. 4 comma 23).

APPALTO DI OPERE O DI SERVIZI E SOLIDARIETÀ

di Paolo Tosi – Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Torino

Dalla legge n. 1369/1960 all'art. 29 D.Lgs. n. 276/2003

La responsabilità solidale del committente nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore ha la sua prima fonte nella legge n. 1369/1960 ove, all'art. 3, 1° comma, è stabilito che “gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo ed ad assicurare un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti”. Il 3° comma aggiunge che “gli imprenditori sono altresì tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza”.

Questa disciplina per più di un quarantennio ha alimentato una *querelle* dottrinale e una giurisprudenza spesso contraddittoria attorno alle due questioni cardine: il significato della locuzione “interno delle aziende” (significato topografico o funzionale, cioè riferito allo svolgimento delle attività all'interno del perimetro dei locali aziendali o alla loro inerenza al ciclo produttivo, e, nel secondo caso, ambito del ciclo produttivo)¹⁵² e il significato della locuzione “trattamento minimo inderogabile retributivo” (se quello di fatto praticato, o quello del Ccnl, o quello risultante anche dagli accordi aziendali)¹⁵³.

La decadenza, testualmente sancita in capo ai lavoratori dall'art. 4 (“I diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente potranno essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto”), è stata ritenuta inapplicabile agli enti previdenziali ed assicurativi per orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato¹⁵⁴.

Le ulteriori questioni affrontate e uniformemente risolte dalla giurisprudenza riguardano da un lato l'insussistenza di un litisconsorzio necessario con l'appaltatore nella controversia promos-

¹⁵² “Con il tramonto della grande impresa di tipo fordista e l'avvento delle nuove tecnologie, che consentono ... il coordinamento di tipo informatico e telematico”, al criterio topografico è stato affiancato il criterio funzionale, poi divenuto, in dottrina ed in giurisprudenza, prevalente: cfr. P. Ichino, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione alle Giornate Aiddass (Trento, 4-5 giugno 1999) sul tema *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*. Come puntualizzato dalla giurisprudenza, “nell'interpretazione della legge n. 1369/1960, art. 3, l'espressione «nell'interno delle aziende» non va intesa come mero riferimento topografico nel senso che l'attività dell'appaltatore debba necessariamente svolgersi nell'interno dello stabilimento dove ha sede l'attività produttiva dell'appaltante, bensì nel senso che debba riguardare un settore dell'organizzazione tecnica propria dell'impresa concedente l'appalto, ossia del suo ciclo produttivo” (così, *ex multis*, Cass. 5 aprile 2000, n. 4237; Cass., 17 novembre 2003, n. 17400; Cass. 19 marzo 2008, n. 7384; in precedenza v. Cass. 25 gennaio 1993, n. 814, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, pag. 334). Anche in dottrina il criterio funzionale ha avuto, fin dall'inizio degli anni '60, numerosi sostenitori: v., anche per i riferimenti, L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, spec. 180-186. I risultati si sono però spesso rivelati insoddisfacenti in ragione della difficoltà di distinguere *in rerum natura* quale sia la struttura “tipica” dell'impresa, o meglio quali siano le sue funzioni essenziali e quali le accessorie; difficoltà che ha impedito una ricostruzione in chiave unitaria del concetto di appalto “interno”: cfr. R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, 72 ss (anche in *Studi in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999, 383 ss).

¹⁵³ Cfr., variamente, E. Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965, 171 e ss; L. Mariucci, *Il lavoro decentrato*, cit. Per la giurisprudenza v. Cass. 22 aprile 2000, n. 5296 (di fronte al problema della comparazione tra i diversi contratti collettivi e le diverse attività). Da ultimo Cass. 22 novembre 2010, n. 23619.

¹⁵⁴ Cfr., *ex pluribus*, Cass. 17 gennaio 2007, n. 996.

sa dai dipendenti di questo per ottenere dal committente il trattamento *ex art. 3*¹⁵⁵, dall'altro la competenza del giudice del lavoro¹⁵⁶.

Il D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (c.d. Legge Biagi) abroga l'intera legge del 1960, incluso ovviamente il suo art. 3, e introduce all'art. 29 una nuova disciplina della solidarietà negli appalti; art. 29 che, come vedremo, subirà una lunga serie di interventi modificativi ed integrativi fino all'attuale legge di riforma.

Il 2° comma dell'art. 29 nel testo originario stabilisce che “in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro i limiti di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”.

Le modifiche recate dal D.Lgs. n. 251/2004 e dalla legge n. 296/2006

La prima revisione di questa norma è dell'anno seguente, con l'art. 6, D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251. Il legislatore sostituisce il comma 2° dell'art. 29 con il seguente testo: “Salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti” e, con il successivo comma 3-ter, esclude dall'ambito di applicazione della solidarietà il committente “persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale”.

Il decreto del 2004, all'art. 9, 1° comma, modifica inoltre, tramite l'art. 32, 2° comma, D.Lgs. n. 276/2003, l'art. 2112 c.c. prevedendo che “nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione” operi il regime di solidarietà *ex art. 29* in esame anziché quello di cui all'art. 1676 (come disposto originariamente dall'art. 32, 2° comma citato).

La modifica più significativa recata all'art. 29 – facoltà per la contrattazione collettiva di escludere la solidarietà – viene però eliminata, poco dopo, con l'art. 1, comma 911, L. 27 dicembre 2006, n. 296, che nuovamente sostituisce il comma 2° elevando altresì a due anni il limite temporale della responsabilità solidale¹⁵⁷.

La norma non ricomprende nel regime di solidarietà i dipendenti dei subappaltatori e pone alcuni delicati problemi esecutivi. Si è cominciato così a discutere se nei trattamenti retributivi rientrino gli accantonamenti di TFR, se nei contributi previdenziali rientrino le sanzioni nonché i premi assicurativi¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Cfr. Cass. 21 agosto 2003, n. 12300. In termini analoghi, la giurisprudenza ha negato la sussistenza di un litisconsorzio necessario anche con riferimento all'interposizione di manodopera di cui all'art. 1 della citata legge n. 1369 (cfr. Cass., sez. un., 6 novembre 2002, n. 15564) nonché alla fattispecie dell'art. 1676 c.c. che consente agli ausiliari degli appaltatori di agire direttamente nei confronti del committente «per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda» (cfr. Cass. 4 settembre 2000, n. 11607).

¹⁵⁶ Cass., sez. lav., 21 agosto 2003, n. 12300.

¹⁵⁷ L'art. 29, comma 2, nella versione introdotta con la legge n. 296/2006 ha il seguente tenore “In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”.

¹⁵⁸ Relativamente alla prima questione, la giurisprudenza ha ritenuto che la responsabilità solidale del committente comprenda il TFR (cfr. Trib. Milano, sez. lav., 27 aprile 2012; Trib. Torino, sez. lav., 17 aprile 2012 e Trib. Genova, sez. lav., 6 aprile 2012) mentre non constano pronunce relativamente alla seconda questione. Sul punto si è però espresso il Ministero del Lavoro, con nota del 2 aprile 2010 n. 25/1/0006201, ritenendo incluse nella responsabilità solidale del committente “le somme dovute a titolo di interesse sui debiti previdenziali (o fiscali) e le somme dovute a titolo di sanzioni civili”.

Le questioni di preminente rilievo, teorico e pratico, si sono tuttavia poste (e si pongono tuttora) con riguardo all'ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo, della responsabilità solidale.

Così, sul versante soggettivo, si è posta la questione se la responsabilità solidale sancita dall'art. 29, 2° comma, sia o meno invocabile nei confronti della committente pubblica amministrazione stante l'espressa sua esclusione dall'ambito di applicazione del decreto (come disposto dall'art. 1, 2° comma). L'orientamento giurisprudenziale prevalente è in senso affermativo in forza del rilievo secondo cui l'esclusione disposta dal citato art. 1 si riferisce esclusivamente ai rapporti tra la pubblica amministrazione ed il proprio personale¹⁵⁹.

Sul versante oggettivo, si è posta la questione se la responsabilità solidale sancita dall'art. 29, 2° comma sia o meno invocabile con riferimento a contratti atipici, misti o, comunque, diversi da quelli di appalto, in particolare con riferimento al contratto di trasporto, con soluzioni, espresse dalla prassi amministrativa¹⁶⁰ e dalla giurisprudenza¹⁶¹, teoricamente e praticamente suscettibili di estensione ad altri settori produttivi e tipologie contrattuali (dalla subfornitura dell'indotto manifatturiero alla logistica industriale).

Il D.L. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani) e la responsabilità solidale dell'appaltatore

Poco prima della modifica dell'art. 29, 2° comma, ad opera della legge n. 296/2006, il D. L. 4 luglio 2006 n. 223 (c.d. Decreto Bersani), convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248, all'art. 35, comma 28, introduce un regime di solidarietà tra appaltatori e subappaltatori relativamente alle ritenute fiscali ed ai contributi previdenziali e assicurativi nell'ambito di una disciplina (commi 29-33) che prevede da un lato, al comma 29, il venir meno della solidarietà stessa "se l'appaltatore verifica, acquisendo la relativa documentazione prima del pagamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al comma 28 connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore" ed il diritto dell'appaltatore di sospendere il pagamento fino alla ricezione della documentazione, dall'altro, al comma 30, il limite della solidarietà nell'ammontare del corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore. In capo al committente è posto solo l'obbligo, corredato di una sanzione amministrativa, di procedere al "pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della documentazione attestante" l'adempimento delle dovute prestazioni. L'efficacia delle disposizioni limitative della solidarietà e di quelle relative all'anzidetto obbligo del committente è rinviata (dal comma 34) all'adozione di un decreto ministeriale incaricato di stabilire la disciplina di dettaglio relativa alla documentazione richiesta per l'esenzione dalla solidarietà.

¹⁵⁹ Cfr. C. App. Genova, sez. IV, 7 ottobre 2011; Trib. Ivrea, sez. lav., 30 giugno 2011; Trib. Torino, sez. lav., 17 maggio 2011 e Trib. Lamezia Terme, 21 ottobre 2009.

¹⁶⁰ Sul punto è registrabile un orientamento non perfettamente allineato tra i Ministeri competenti: con la nota prot. n. 0002513 del 13 gennaio 2010 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha ritenuto non applicabile ai contratti di trasporto la responsabilità solidale sancita dall'art. 29, comma 2, mentre con la recente circolare n. 17/2012 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha notevolmente limitato, pur non negandola, la distinzione tra le tipologie contrattuali dell'appalto e del trasporto, affermando la sussistenza della responsabilità solidale se oggetto del contratto è "una serie di trasporti collegati al raggiungimento di un risultato complessivo", ovvero se sono previste prestazioni eccedenti quelle proprie del contratto di trasporto come nella fattispecie atipica del contratto di logistica.

¹⁶¹ Una recente sentenza di merito ha escluso la responsabilità solidale rilevando che "l'obbligazione del vettore è individuata nel trasporto merci e nelle obbligazioni accessorie, quali il controllo dei colli e la firma dei DDT" e non può quindi essere assimilata alla diversa fattispecie dell'appalto (Trib. Padova, 25 maggio 2012, n. 329).

Il D. Min. Ec. Fin. attuativo viene emanato il 25 febbraio 2008, ma il D. L. 3 giugno 2008, n. 97, convertito in legge 2 agosto 2008, n. 129, abroga i commi da 29 a 34 del decreto lasciando in vita solo il comma 28.

Continua così ad essere prevista, senza limitazioni, la responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore per i contributi previdenziali ed assicurativi e le ritenute fiscali fin quando, come vedremo meglio più avanti, il comma 28 sarà novellato prima dall'art. 2, comma 5-*bis*, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in legge 26 aprile 2012, che manterrà solo la responsabilità solidale in materia fiscale e poi dall'art. 13 ter del D.L. n. 83/2012, introdotto in sede di conversione grazie ad un emendamento di maggioranza, che tornerà ad escludere la responsabilità solidale del committente, recuperando, a suo carico, l'obbligo previsto dal decreto Bersani. Infine l'art. 13-*ter* del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. con modd. in L. 7 agosto 2012, n. 134) ha modificato di nuovo il regime di solidarietà dell'appaltatore (di questa nuova normativa non si è potuto tener conto, in quanto emanata dopo che il presente commento era già in bozza).

La responsabilità solidale per danni

La già citata legge finanziaria per il 2007 (n. 296/2006), all'art. 1, comma 910, procede altresì alla modifica dell'art. 7 del T.U. sulla sicurezza (D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626) aggiungendo un comma 3-*bis* secondo cui "l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro".

Il D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 – che abroga e sostituisce integralmente il T.U. del 1994 - all'art. 26, 4° comma, nel reiterare la disposizione del comma 3-*bis* le premette la formula "ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali ed assicurativi" ed aggiunge (oltre alla menzione dell'Ipsema) l'esclusione dalla solidarietà dei "danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici".

La premessa dà per acquisito che la responsabilità solidale disciplinata dall'art. 29 del D.Lgs. 276/2003 includa anche i contributi assicurativi e viene letta come una implicita interpretazione autentica di tale norma, mentre la limitazione della responsabilità pone la delicata questione della demarcazione fra rischi generici e rischi specifici dell'attività dell'appaltatore e del subappaltatore.

Gli interventi sull'art. 29 del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5

Si giunge nel descritto quadro normativo alla serie di interventi che si succedono nel 2012.

Il D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35, all'art. 21, comma 1, torna a modificare ed integrare l'art. 29, 2° comma, del D.Lgs. n. 276/2003. Pur senza dichiarare di intervenire sul punto in via di interpretazione autentica, include nei trattamenti retributivi i ratei di TFR, aggiunge ai contributi previdenziali i premi assicurativi ed esclude dagli uni e dagli altri le sanzioni. Resta la questione circa l'incidenza delle modificazioni sul contenzioso in corso, prestandosi l'assenza di dichiarazione espressa della natura interpretativa della norma ad essere ricostruita come confermativa della opposta interpretazione, sulla base del noto, seppur fragile, canone ermeneutico della inutilità, diversamente, della norma stessa.

Il decreto stabilisce poi una caotica disciplina del beneficio di preventiva escussione a favore del committente distinguendo due ipotesi: a) se l'imprenditore è convenuto in giudizio unitamente all'appaltatore, il primo può eccepire, nella prima difesa, tale beneficio nei confronti del patrimonio del secondo con la conseguenza, esplicitata dal legislatore, che "il giudice accerta la responsabilità solidale di entrambi gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore"; b) se l'appaltatore non è stato convenuto in giudizio, il committente può sì invocare il beneficio della preventiva escussione ma "deve indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi".

La norma novellata precisa che il committente o datore di lavoro che ha eseguito il pagamento “può esercitare l’azione di regresso nei confronti del co-obbligato secondo le regole generali”. La precisazione, stando al diritto processuale comune, è pleonastica, e non risolve la questione circa la ammissibilità della chiamata in garanzia da parte del committente non convenuto¹⁶².

Gli interventi sull’art. 29 della legge di riforma

Su siffatta questione come su quelle sollevate dalla descritta disciplina sul beneficio di preventiva escussione non mette però conto di fermare l’attenzione a fronte delle integrazioni e modificazioni recate all’art. 29 dall’art. 4, comma 31, della legge di riforma. Alla quale va ascritta, al riguardo, una innegabile operazione chiarificazione e semplificazione.

La lettera *b*) dell’art. 4, comma 31, frutto di un emendamento di provenienza PD, sostituisce i periodi dal 2° al 5° dell’art. 29, comma 2, stabilendo un litisconsorzio necessario fra il committente e l’appaltatore e gli eventuali ulteriori subappaltatori (“Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all’appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori”) e prevedendo che il committente può eccepire nella prima difesa il beneficio della preventiva escussione senza alcun onere probatorio. “In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l’azione esecutiva può essere intentata nei confronti dell’imprenditore o datore di lavoro committente solo dopo l’infruttuosa escussione del patrimonio dell’appaltatore e degli eventuali subappaltatori”.

Viene altresì ribadita la precisazione secondo cui il committente che ha pagato può rivalersi sull’obbligato principale; precisazione, s’è detto, pleonastica, senza aggiungere che a valle della infruttuosa escussione del patrimonio del debitore principale l’azione di regresso nei suoi confronti appare nella sostanza “platonica”.

Le modifiche contenute nella legge di riforma hanno il merito di eliminare il dubbio che il beneficio di escussione preventiva non sia accordato per i contributi previdenziali ed assicurativi atteso il riferimento, operato nell’ipotesi sub *b*) di cui al D.L. n. 5/2012, solo all’azione esecutiva del lavoratore. L’indistinto riferimento, nella nuova formulazione, a tutti i crediti oggetto di responsabilità solidale non consente di dubitare che il beneficio riguardi anche i contributi previdenziali ed assicurativi richiesti dagli Enti.

Dal nuovo testo dell’art. 29 si evince con evidenza che, coerentemente del resto con l’imposizione ai dipendenti del subappaltatore e agli Enti di chiamarlo in causa, il committente può eccepire il beneficio di preventiva escussione anche del patrimonio dell’appaltatore: “il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell’appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori”. Per coerenza sistematica deve poi ritenersi che anche l’appaltatore, se non altro perché nel subappalto si atteggia come committente, possa eccepire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio del subappaltatore.

Poiché il litisconsorzio è stabilito nell’interesse dei responsabili solidali, il creditore del subappaltatore può peraltro rinunciare a valersi della solidarietà nei confronti del committente chiamando in causa solo l’appaltatore.

Il tenore letterale della norma, la quale da un lato prevede che l’eccezione di preventiva escussione sia proposta già nel giudizio di merito e dall’altro fa espresso ed unico riferimento, in punto di solidarietà, ad una sentenza di accertamento, impone di ritenere che in tale giudizio non

¹⁶² Il panorama giurisprudenziale sul punto non è uniforme avendo alcune sentenze consentito la chiamata in causa dell’appaltatore (Trib. Genova, sez. lav., 4 aprile 2012 e Trib. Milano, sez. lav., 14 luglio 2011) ed altre negato tale facoltà qualificando la manleva nei confronti dell’appaltatore come garanzia impropria per la quale non opera la connessione *ex art.* 40, comma 3, c.p.c. (Trib. Milano, sez. lav., 10 marzo 2011).

possa essere emessa nei confronti del committente (ed eventualmente dell'appaltatore) una sentenza di condanna bensì una mera sentenza di accertamento della responsabilità solidale.

Ciò trova conferma nella *ratio* di evitare separate azioni nei confronti del committente nonché indebite procedure esecutive a suo carico – prima dell'escussione negativa del patrimonio di appaltatore e subappaltatore – che darebbero luogo ad una proliferazione irragionevole del contenzioso.

Del resto, se si considera che la sentenza di condanna è immediatamente esecutiva, la soluzione è processualmente inevitabile e discende dalla disposta trattazione del beneficio di escussione in sede di merito (anziché in sede esecutiva).

Il legislatore ha voluto quindi che la sentenza emessa nei confronti del committente non costituisca di per sé e da sola titolo esecutivo – come sarebbe stato laddove la questione del beneficio di escussione fosse stata rimessa alla fase esecutiva – ma debba invece essere corredata dalla prova dell'intervenuta escussione negativa del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.

L'art. 4, comma 31, lettera *a*), oggetto di emendamento di provenienza PDL, aggiunge al primo periodo dell'art. 29, comma 2, una premessa a tenore della quale la responsabilità solidale ivi regolata opera “salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti”.

E' sostanzialmente la medesima logica retrostante l'esenzione dalla responsabilità solidale prevista dall'art. 35, commi 29-33, del Decreto Bersani e, con riguardo alle ritenute erariali, dal superstite comma 28 nel nuovo testo (introdotto dal D.L. n. 16/2012 che ha previsto la responsabilità solidale del committente con l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori per le ritenute sui redditi di lavoro dipendente e per l'imposta sul valore aggiunto relativa alle fatture inerenti alle prestazioni effettuate nell'ambito dell'appalto “ove non dimostri di avere messo in atto tutte le cautele possibili per evitare l'inadempimento”).

Come si è visto, nel primo caso sussisteva una disciplina di dettaglio contenuta nei commi da 29 a 33 dell'art. 35 e nel decreto ministeriale previsto dal comma 34 mentre nel secondo caso si ha una clausola generale che sostanzialmente impone al committente di decidere autonomamente quali cautele possano considerarsi idonee a scongiurare il sorgere della responsabilità contrattuale; con il rischio che esse non siano ritenute tali in sede contenziosa. La legge di riforma affida al contratto collettivo nazionale il compito di stabilire le cautele che devono considerarsi a tal fine idonee.

La formulazione è però ampia e generica al tempo stesso nel suo riferimento a cautele volte al controllo ed alla verifica della regolarità complessiva degli appalti, mentre nelle ipotesi prima considerate il riferimento è alla specifica documentazione del pagamento ai lavoratori dei trattamenti retributivi e agli enti dei contributi e dei premi dovuti nonché dei versamenti all'erario.

L'inattuazione, *ratione temporis*, del decreto Bersani sul versante dei trattamenti retributivi e dei contributi ha fatto sì che non sia emersa una questione che ora appare nodale; questione che non è invece emersa per la solidarietà erariale perché questa è limitata alle somme di fatto erogate, e la questione può quindi porsi solo con riguardo ad eventuali erogazioni “in nero” (se emergono, il committente è solidalmente responsabile?).

L'Inps ha invece titolo a pretendere i contributi non già in relazione alle retribuzioni corrisposte e alla tipologia di rapporto denunciata, ma alle retribuzioni dovute e alla tipologia corretta. Così, il lavoratore può avanzare pretese di differenze retributive ai più svariati titoli (dal lavoro straordinario al superiore inquadramento al diverso tipo di rapporto).

L'ampiezza e genericità della formulazione possono dunque spiegarsi con la circostanza che ai contratti collettivi è attribuito il potere di esonerare il committente dalla responsabilità solidale *tout court*, cioè non solo con riguardo a quanto risultante dalla documentazione ufficiale dell'appaltatore o del subappaltatore, ma anche con riguardo a quanto effettivamente dovuto. Co-

si, sul versante dei trattamenti retributivi, dalle differenze retributive derivanti da diversità tra orario ufficiale ed orario effettivo, tra retribuzione corrisposta e retribuzione discendente dalla contrattazione collettiva, ovvero dallo scarto tra la qualifica attribuita e quella spettante al lavoratore e, sul versante degli enti previdenziali, dalla differenza fra i contributi risultanti dai libri e quelli dovuti sia per l'applicazione della corretta disciplina di contrattazione collettiva sia per la corretta qualificazione del rapporto.

È lecito dunque nutrire perplessità circa la capacità della contrattazione collettiva di assolvere il compito affidatole dal legislatore, con il rischio comunque che la congruità dei “metodi e procedure di controllo e verifica” eventualmente individuati sia messa in discussione in sede contenziosa.

La solidarietà erariale: le modifiche all'art. 35, comma 28, del decreto Bersani recate dal D.L. n. 16/2012 e dal D.L. n. 83/2012

Come anticipato, il D.L. 2 marzo 2012, n. 16, novella l'art. 35, comma 28, del Decreto Bersani estendendo, entro i limiti di due anni dalla cessazione dell'appalto, la responsabilità solidale dell'appaltatore (e del subappaltatore) al committente, ma limitatamente alle “ritenute sui redditi di lavoro dipendente” e alla “imposta sul valore aggiunto scaturente dalle fatture inerenti alle prestazioni effettuate nell'ambito dell'appalto”.

Questa disciplina si differenzia da quella sulla responsabilità solidale per i trattamenti retributivi e contributivi sul versante sostanziale e su quello processuale.

Dal lato sostanziale, il novello comma 28 consente l'immediato esonero dalla responsabilità solidale del committente (e, deve ritenersi, dell'appaltatore) che “dimostri di avere messo in atto tutte le cautele possibili per evitare l'inadempimento” rimettendo la questione da un lato all'autonomia contrattuale privata – dovendosi supporre che le cautele atte ad evitare l'inadempimento debbano essere formalizzate nei contratti di appalto (e di subappalto), quanto meno al fine di darne prova nell'eventuale contenzioso – dall'altra all'amministrazione finanziaria in sede di accertamento ispettivo e, in ultima istanza, all'autorità giudiziaria competente (giudice tributario).

Dal lato processuale, il comma 28 non dispone il litisconsorzio necessario tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori né concede al committente il beneficio di escussione del patrimonio dei medesimi.

Come pure anticipato, l'estensione della responsabilità solidale al committente operata dal D.L. n. 16/2012 è però soppressa dalla riscrittura del comma 28 contenuta nell'art. 13 *ter* del D.L. n. 83/2012.

La nuova versione recupera in larga misura l'originaria impostazione del decreto Bersani, dal quale si differenzia tuttavia perché, con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo, da un lato include, quanto alla responsabilità amministrativa, i committenti non esercenti attività commerciale e dall'altro esclude le stazioni appaltanti pubbliche¹⁶³; e d'altro lato, con riguardo all'ambito di applicazione oggettivo, non ricomprende i “contributi previdenziali e assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali”.

Per il resto la novella, come precedentemente l'art. 35 del decreto Bersani, limita la responsabilità dell'appaltatore all'ammontare del corrispettivo dovuto al subappaltatore (già comma 30); esime comunque l'appaltatore che verifichi, prima di procedere al pagamento, la corretta esecuzione degli adempimenti fiscali da parte del subappaltatore, consentendogli di sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione da parte del subappaltatore della predetta documentazione (già comma 29); condiziona altresì l'obbligo del committente di provvedere al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore alla previa esibizione della documentazione attestante la corretta esecuzione degli adempimenti fiscali (già comma 32).

¹⁶³ Di cui all'art. 3, comma 33, D.Lgs. n. 163/2006.

Ancora, la novella estende l'onere di notifica, entro il termine di decadenza del subappaltatore, anche al responsabile in solido (già comma 31) e prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 200.000 a carico del committente in caso di inosservanza dell'anzidetta prescrizione.

Le attestazioni della corretta esecuzione degli adempimenti fiscali sono rilasciate mediante asseverazione dei soggetti di cui all'art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 241/1997¹⁶⁴ e di cui all'art. 3, comma 3, lettera a), D.P.R. n. 322/1998¹⁶⁵ (già previsto dall'art. 2, comma 2, D.M. n. 74/2008 di attuazione del decreto legge n. 223/2006).

Rispetto all'impianto della "manovra" Bersani l'art. 13 *ter* snellisce la procedura di controllo documentale gravante su appaltatore e committente.

¹⁶⁴ La citata norma si riferisce al responsabile dei centri di assistenza fiscale che possono essere costituiti, tra l'altro, dalle associazioni sindacali.

¹⁶⁵ Tale norma si riferisce agli iscritti negli albi dei dottori commercialisti, dei ragionieri e dei periti commerciali e dei consulenti del lavoro.

GLI AMMORTIZZATORI SOCIALI

di Domenico Garofalo - *Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Bari*

La riforma degli ammortizzatori sociali nella norma delega del 2007

La legge 28 giugno 2012, n. 92 (d.D.L. 3249 AS, poi C-5256), rifiuta una nozione onnicomprensiva di ammortizzatori sociali, come si è venuta formando nel corso dell'ultimo quindicennio, optando per una tripartizione in ammortizzatori sociali, tutele in costanza di rapporto di lavoro e protezione dei lavoratori anziani, che già costituiva il titolo del Capo IV dell'originario articolato, diviso in tre sezioni, una per ciascuna misura. In realtà la tripartizione riprende la bipartizione, cara a Mattia Persiani, tra sostegno alla disoccupazione parziale, in costanza di rapporto di lavoro, e sostegno alla disoccupazione totale, conseguente alla cessazione del rapporto di lavoro¹⁶⁶, cui fa da appendice l'intervento in favore dei lavoratori anziani. Questa parte della riforma Fornero sembra portare a compimento un processo durato circa vent'anni ed iniziato praticamente all'indomani del varo della legge n. 223/1991¹⁶⁷, un provvedimento quest'ultimo che, per la parte riguardante gli ammortizzatori sociali, secondo autorevole opinione «forse, è nato morto o comunque molto gracile»¹⁶⁸, come dimostra il noto fenomeno degli ammortizzatori in deroga, ovviamente alla legge n. 223/1991.

Le tappe di siffatto lungo processo possono così riassumersi:

- 1997: proposta di riforma della c.d. Commissione Onofri¹⁶⁹;
- 1999: legge n. 144/1999 (I^a delega al Governo);
- 2003: d.D.L. n. 848 bis, mai approvato (II^a delega al Governo);
- 2007: legge n. 247 (III^a delega al Governo);
- 2010: legge n. 183 (IV^a delega al Governo).

Ad onor del vero, quest'ultima non contiene una nuova delega, limitandosi a riattivare quella del 2007, e scadrà alla fine di quest'anno, considerato che l'articolato in esame non ne costituisce, almeno sul piano formale, l'attuazione.

Ma pur in assenza di un rapporto di filiazione normativa, non può farsi a meno di verificare se un tale rapporto sussista in via di fatto, come a dire se il Governo Monti abbia tenuto presenti i criteri direttivi della delega del Governo Prodi, fatta propria e riattivata dal Governo Berlusconi.

I criteri direttivi sono quelli contenuti nel comma 29 dell'articolo unico della legge n. 247/2007, con l'obiettivo, enunciato nel precedente comma 28, di «garantire l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali».

Si tratta di ben otto criteri direttivi così sintetizzabili:

¹⁶⁶ M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2005, 318.

¹⁶⁷ Sulla riproposizione da parte della legge n. 92/2012 delle finalità che caratterizzavano la legge n. 223/1991 cfr. Sigillò Massara, *La tutela del reddito nel d.D.L. di riforma del mercato del lavoro. Uno sguardo di insieme*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 587 ss, spec. 595. Meno convinto è M. Cinelli, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 34 (dattilo), che conclude la sua riflessione sulla riforma affermando: «Per l'oggi, una riforma ancora rinviata, in sostanza; o, se si preferisce, "una ricostruzione" ancora ferma alle premesse».

¹⁶⁸ Cfr. F. Liso, *La gestione del mercato del lavoro: un primo commento alla l. n. 223 del 1991*, in *Lav. inf.*, 1992, suppl. n. 12, spec. 5.

¹⁶⁹ Critico è il giudizio di G. Ferraro (*Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 488 ss, spec. 492-493) che definisce inattuabile il modello di riforma del sistema di welfare delineato dalla Commissione Onofri oltre che connotato da un'impostazione «semplificatrice non immune da spinte assistenzialistiche».

- *sub* lett. a): graduale armonizzazione dei trattamenti di disoccupazione e creazione di uno strumento unico indirizzato al sostegno al reddito e al reinserimento lavorativo dei disoccupati, senza distinzione di: 1) qualifica; 2) appartenenza settoriale; 3) dimensione d'impresa; 4) tipologia di contratti di lavoro.
Lo strumento unico ed indifferenziato dovrebbe essere l'ASpI.
- *sub* lett. b): modulazione dei trattamenti collegati all'età anagrafica dei lavoratori e alle condizioni occupazionali più difficili del Sud, con particolare riguardo alla condizione femminile.
La modulazione in relazione all'età anagrafica è prevista per l'ASpI.
- *sub* lett. c): contribuzione figurativa per i periodi di godimento dei trattamenti di disoccupazione.
Anche il periodo di godimento dell'ASpI è coperto da contribuzione figurativa.
- *sub* lett. d): progressiva estensione e armonizzazione della Cigo e della Cigs.
Ribadendosi la distinzione tra i due interventi, l'estensione è affidata tutta al bilateralismo.
- *Sub* lett. e): coinvolgimento delle aziende nella ricollocazione dei lavoratori.
Il coinvolgimento riguarda essenzialmente l'incremento del costo degli ammortizzatori a carico dell'azienda.
- *sub* lett. f): valorizzazione del bilateralismo anche per prestazioni aggiuntive rispetto a quelle di sistema.
L'intervento c'è, ma non è solo aggiuntivo, bensì prevalentemente sostitutivo e con costi a carico delle imprese e in parte dei lavoratori.
- *sub* lett. g): connessione degli ammortizzatori con politiche attive per il lavoro, favorendo: 1) la stabilizzazione dei rapporti di lavoro; 2) l'occupazione soprattutto di giovani e donne; 3) l'inserimento lavorativo degli svantaggiati, specie giovani e anziani.
Il collegamento viene attuato più con l'inasprimento della condizionalità, che non con concrete misure di politica attiva del lavoro¹⁷⁰.
- *sub* lett. h): potenziamento dei servizi pubblici per l'impiego e coordinamento dell'attività di questi ultimi con gli enti previdenziali, attraverso meccanismi informativi di comunicazione dei dati ai fini della condizionalità.
Vale la stessa considerazione fatta in relazione al criterio direttivo precedente.

Dunque, una riforma del sistema di sostegno alla disoccupazione che ha tenuto sicuramente presente la norma delega e i principi direttivi che la sostanziano, ma curvandosi al vero obiettivo perseguito dal Governo Monti, sintetizzabile in tre punti:

- a) ridurre drasticamente la spesa pubblica per gli ammortizzatori sociali;
- b) incrementare in misura non lieve la partecipazione delle imprese al finanziamento del sistema;
- c) accentuare il ruolo del *welfare* negoziale, privandolo della sua connotazione volontaristica e integrativa e trasformandolo in un sistema sostitutivo di quello pubblico generale, obbligatorio nell'area della tutela reale, e cioè per le imprese che occupano mediamente più di quindici dipendenti (art. 3, comma 10)¹⁷¹.

Come a dire che la maggiore flessibilità in uscita è stata in un certo qual modo controbilanciata, in primo luogo, da una serie di limitazioni alla flessibilità in entrata, specie nell'area del la-

¹⁷⁰ Per l'insufficienza del raccordo tra disciplina degli ammortizzatori sociali e politiche attive v. M. Cinelli, *op. cit.*, 5.

¹⁷¹ Dopo aver sottolineato che l'obbligatorietà della istituzione dei fondi bilaterali configura non un vincolo per le organizzazioni sindacali bensì la "doverosità dello strumento", M. Cinelli, *op. cit.*, 22, solleva dubbi sulla legittimità costituzionale della normativa sui fondi rispetto ai precetti di cui agli artt. 3 e 38 Cost., sotto molteplici profili.

voro non subordinato; in secondo luogo, dal maggior costo addossato alle imprese per fronteggiare la disoccupazione: fino ad oggi le imprese, specie le PMI, hanno temuto l'art. 18; da oggi dovranno forse temere, insieme ai lavoratori, la sospensione dell'attività o la cessazione dei rapporti di lavoro¹⁷².

Conclusione che richiede un riscontro attraverso l'analisi dell'articolato, sviluppata essenzialmente su tre piani e cioè: i soggetti tutelati; i livelli di tutela e la strumentazione; il finanziamento del sistema di sostegno al reddito, ai quali se ne aggiunge un quarto, sul collegamento tra sostegno al reddito e quello alla ricollocazione dei percettori, ovvero tra politiche passive e attive del lavoro.

I soggetti tutelati

Si diceva in premessa che la riforma ha una dichiarata vocazione "universalistica", nel senso di assicurare il sostegno al reddito nelle ipotesi di disoccupazione sia parziale (sospensione del rapporto) sia totale (cessazione del rapporto), a tutti i lavoratori subordinati (con l'unica esclusione dei dipendenti pubblici contrattualizzati a tempo indeterminato e dei lavoratori con part time verticale), azzerando così il dualismo tra area della disoccupazione protetta e non, che caratterizza l'attuale sistema¹⁷³.

Se si va a ricostruire quest'ultimo emerge però una realtà ben diversa, dovendosi operare a tale riguardo un distinguo tra disoccupazione parziale e totale. Con riferimento alla prima esiste, in effetti, il precitato dualismo e cioè, un'area protetta attraverso la CIG ed un'area totalmente scoperta, nella quale quest'ultima non è operante.

Le uniche eccezioni sono rappresentate a livello strutturale dalla solidarietà difensiva ex art. 5, commi 5 - 8, legge n. 236/1993 e dal trattamento previsto dall'art. 19, comma 1, lett. a), b), c), D.L. n. 185/2008; peraltro, in entrambi i casi il trattamento di sostegno al reddito è "condizionato", nel senso che è subordinato ad un intervento degli enti bilaterali.

Con riferimento, invece, alla disoccupazione totale, più che il dualismo (area protetta sì / area protetta no) sussiste una forte differenziazione di tutela tra la massima (indennità di mobilità e disoccupazione speciale edile) e la minima (disoccupazione ordinaria con requisiti ridotti), con quella ordinaria con requisiti normali in posizione mediana.

Persino le categorie storicamente escluse, e cioè i dirigenti e gli apprendisti, godono oggi di una qualche tutela, si pensi alla tutela ex art. 19, comma 1, lett. c), D.L. n. 185/2008, per gli apprendisti¹⁷⁴ e a quella introdotta dal Ccnl D.A.I. per i dirigenti.

È opportuno, pertanto, procedere alla esatta individuazione dell'area protetta, con riferimento ad entrambi gli eventi.

Disoccupazione totale

Per la generalità dei lavoratori

Il nuovo trattamento di disoccupazione, denominato ASpl (assicurazione sociale per l'impiego) spetta, a certe condizioni, a tutti i lavoratori dipendenti compresi gli apprendisti e i soci lavoratori subordinati di cooperativa, con l'unica esclusione dei dipendenti pubblici contrattualiz-

¹⁷² Si condivide in toto l'ipotesi paventata da G. Ferraro (*op. cit.*, 493) che l'eliminazione dell'indennità di mobilità inciderà sui processi di espulsione degli esuberanti, «rendendoli più rigidi e in parte impraticabili (il che evocherebbe l'antico slogan sui "licenziamenti impossibili)».

¹⁷³ *Contra* M. Cinelli, *op. cit.*, 12, che esclude la realizzazione dell'obiettivo universalistico in ragione della limitazione della copertura ai soli soggetti che perdono il lavoro e non anche a quelli che lo ricercano senza successo.

¹⁷⁴ L'unica vera novità della legge n. 92/2012 in materia di ammortizzatori sociali secondo M. Cinelli, *op. cit.*, 12, consisterebbe proprio nell'estensione della copertura dell'ASpl agli apprendisti.

zati a tempo indeterminato (art. 2, comma 2). Permane, inoltre, l'esclusione dei lavoratori con contratto part time verticale, per i quali difetterebbe il requisito della disoccupazione involontaria.

Ai precari compete un trattamento di durata più ridotta, denominato «mini ASpl» (art. 2, comma 20). Per «precario» si intende nella legge n. 92 il lavoratore che non possieda il requisito previsto per godere dell'ASpl (52 settimane di contribuzione negli ultimi due anni), ma possa far valere almeno 13 settimane di contribuzione effettiva negli ultimi 12 mesi, a condizione che siano stati versati o siano dovuti i contributi per l'assicurazione obbligatoria¹⁷⁵.

Quindi un trattamento che lungi dall'essere il sostituto dell'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, costituisce un'anticipazione di quello *maior* che è usufruibile una volta maturati i requisiti assicurativi e contributivi, deducendo quello *minor* già goduto.

Ai co.co.co. disoccupati compete, a certe condizioni analiticamente indicate (art. 2, comma 51), una indennità *una tantum*, sulla falsa riga di quanto già previsto nel pacchetto anticrisi del 2008/2009 (art. 19, comma 2, D.L. n. 185/2008).

Ai lavoratori anziani (per tali intendendosi quelli che raggiungono i requisiti minimi per il pensionamento di vecchiaia o anticipato ai sensi dell'art. 24, D.L. n. 201/2011, nei quattro anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro), nei casi di eccedenza di personale in aziende che impieghino mediamente più di 15 dipendenti e previo accordo aziendale, può essere erogata, per incentivarne l'esodo, una prestazione a totale carico del datore di lavoro, ivi compresa la contribuzione (art. 4, comma 1).

Ai lavoratori destinatari di prestazioni a sostegno del reddito da parte dei Fondi di solidarietà bilaterali *ex art. 3, comma 2*, possono essere corrisposte tutele integrative dell'ASpl, ovvero assegni straordinari per agevolare l'esodo ove raggiungano i requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei successivi cinque anni (art. 3, comma 11). A tale ultimo riguardo va segnalata la diversa misura del periodo di prossimità alla pensione, e cioè cinque anni nell'art. 3, comma 11, lett. b), e quattro anni nell'art. 4, comma 2. Fermo restando tale diversa misura, va escluso il concorso delle due forme di sostegno al reddito.

Come si vede una platea decisamente ampia, che sembra corroborare la tesi della vocazione universalistica della riforma.

Però tale valutazione va verificata, da un lato, alla luce del livello di tutela (*id est* entità delle varie prestazioni - *infra*), dall'altro lato, tenendo presenti le condizioni per ottenere, ma anche per mantenere, le prestazioni di disoccupazione, a non voler considerare i costi posti a carico dei datori di lavoro e in parte dei lavoratori (*infra*).

Con riferimento alle condizioni per ottenere e per mantenere le prestazioni di disoccupazione, che più direttamente attengono al profilo soggettivo in esame, si registrano rispetto all'assetto attuale alcune conferme e alcune novità.

Le conferme riguardano:

1. l'involontarietà dello stato di disoccupazione, escludendosi le ipotesi di dimissioni e di risoluzione consensuale (salvo che non sia intervenuta nell'ambito della procedura *ex art. 7, legge n. 604/1966, novellato dall'art. 1, comma 40*);
2. il possesso dello stato di disoccupazione;
3. un'anzianità assicurativa di due anni e contributiva di un anno nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione¹⁷⁶;

¹⁷⁵ Invero, non tutti i precari sono tali ai fini previdenziali, come evidenzia M. Cinelli, *op. cit.*, 15, visto che dalla mini-ASpl «è destinata a restare esclusa una vasta fascia di precari».

¹⁷⁶ G. Sigillò Massara, *La tutela del reddito nel d.D.L. di riforma del mercato del lavoro. Uno sguardo di insieme*, cit. 589, ritiene che i requisiti di contribuzione «rischiano di vanificare quell'intento, pur espresso più volte dal Ministro del Lavoro, di estensione della platea di destinatari del nuovo trattamento di disoccupazione. L'imposizione di un requisito assicurativo, infatti, rischia di escludere proprio i lavoratori impiegati con

(segue)

4. la presentazione della domanda entro 67 giorni dall'inizio del periodo di disoccupazione;
5. la permanenza dello stato di disoccupazione;
6. le quattro ipotesi di decadenza¹⁷⁷.

Le novità riguardano in speciale modo le condizioni per mantenere i trattamenti di disoccupazione, invertendosi decisamente rotta rispetto all'impostazione del 2000 (D.Lgs. n. 181/2000), che incentivava il disoccupato a ricollocarsi anche in occupazioni precarie, mantenendo lo stato di disoccupazione o al più prevedendosene la sospensione (art. 4).

Prima novità: viene abrogata la norma (art. 4, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 181/2000) che consente il mantenimento dello stato di disoccupazione a fronte di occupazioni precarie [art. 4, comma 33, lett. c), n. 1]¹⁷⁸.

Seconda novità: viene ridotto a 6 mesi meno un giorno («lavoro subordinato di durata inferiore a sei mesi») il periodo di occupazione che consente la sospensione dello stato di disoccupazione [art. 4, comma 33, lett. c), n. 3, che modifica l'art. 4, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 181/2000].

Terza novità: in connessione con le prime due, è prevista la sospensione dell'indennità ASpl fino ad un massimo di sei mesi in caso di nuova occupazione subordinata (art. 2, comma 15).

Non si comprende la previsione sull'occupazione autonoma con reddito inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione, vista l'abrogazione della norma che la disciplina (art. 2, comma 17).

Quarta novità: l'erogazione della mini ASpl perde il carattere dell'automaticità, che connota l'attuale indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, corrisposta in unica soluzione l'anno successivo a quello di maturazione dei requisiti, e soggiace alle medesime condizioni dell'ASpl (l'art. 2, comma 22, rinvia alle disposizioni di cui ai commi 3, 4, lett. a), e da 5 a 19, escluso il comma 11). Anzi il periodo di occupazione, che consente la sospensione dell'indennità nonostante il rinvio al comma 15, è ridotto a 5 giorni.

Quinta novità: i percettori di ASpl possono presentare la DID all'Inps (art. 4, comma 38)¹⁷⁹.

Sesta novità: ampliamento della nozione di offerta di lavoro congrua, che il percettore deve accettare, pena in caso contrario la decadenza dai trattamenti. Tale è quella di un lavoro inquadrato in un livello retributivo superiore almeno del 20% rispetto all'importo lordo dell'indennità cui il lavoratore ha diritto (art. 4, comma 41, lett. b)¹⁸⁰.

contratti flessibili, che subiscono maggiormente la frammentazione del rapporto giuridico previdenziale, anche se i soggetti in parola potrebbero, almeno parzialmente, essere «recuperati» grazie alla mini a.s.p.i.».

¹⁷⁷ Ai sensi dell'art. 2, comma 40, la decadenza riferita ad entrambe le indennità di disoccupazione, e cioè ASpl e mini ASpl, si verifica nei casi di perdita dello stato di disoccupazione; inizio di una attività autonoma senza la comunicazione all'INPS prevista dall'art. 2, comma 17; raggiungimento dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato; acquisizione del diritto all'assegno ordinario di invalidità, salvo opzione per l'ASpl.

¹⁷⁸ Una parziale temporanea sopravvivenza (per l'anno 2013) del mantenimento dello stato di disoccupazione a fronte di occupazioni precarie è deducibile dalla previsione introdotta in sede di conversione del D.L. n. 83/2012, (c.d. decreto sviluppo), con l'aggiunta dell'art. 46-bis (*Modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92*), che modifica l'art. 70, comma 4, D.Lgs. n. 276/2003, già modificato dall'art. 1, comma 32, legge n. 92/2012; secondo tale modifica è consentito ai percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito effettuare prestazioni di lavoro accessorio nel limite massimo di 3.000 euro di corrispettivo per anno solare.

¹⁷⁹ Con riferimento alla analoga previsione contenuta nel D.M. n. 46441, attuativo dell'art. 19, comma 3, D.L. n. 185/2008, Franco Liso parla di sistema «inpscentrico».

¹⁸⁰ Secondo A.L. Fraioli, *Le tutele contro la disoccupazione*, in A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 97 ss., spec. 110, «per la prima volta il legislatore assegna un significato alla “congruità” dell'offerta di lavoro, utilizzando il parametro economico della sostanziale “equivalenza” (20% di differenza verso il basso) della nuova retribuzione rispetto al trattamento di cui agli ammortizzatori sociali. Si deve rilevare come non sia presente alcun riferimento alla professionalità del lavoratore e cioè alla qualità del lavoro, con dubbi di compatibilità con l'art. 2103 del codice civile (in costanza di rapporto) e con l'art. 4

(segue)

Quindi, con riferimento ai trattamenti di disoccupazione totale (ASpI e Mini ASpI) le novità sono essenzialmente due, e cioè una contrazione delle ipotesi di sospensione dell'indennità e un aggravamento della condizionalità.

La tutela dei “lavoratori anziani”

La legge n. 92 qualifica «lavoratori anziani» coloro «che raggiungono i requisiti minimi per il pensionamento di vecchiaia o anticipato nei quattro anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro» (art. 4, comma 1).

Ai sensi dell'art. 24, D.L. n. 201/2011 (c.d. riforma Monti del sistema pensionistico), il requisito anagrafico per il pensionamento di vecchiaia, a partire dal 1° gennaio 2012, è di sessantasei anni per gli uomini e di sessantadue per le donne, con progressiva elevazione fino a raggiungere i sessantasei anni dal primo gennaio 2018; dal 1° gennaio 2021 il requisito lieviterà a sessantasette anni per ambo i sessi (commi da 6 a 9).

Per il pensionamento anticipato il requisito a partire dal 1° gennaio 2012 varia a seconda che l'assicurato opti per la misura piena o per quella ridotta, con penalizzazioni; nel primo caso occorre il requisito anagrafico dei sessantadue anni e quello contributivo dei quarantadue anni e un mese per gli uomini e dei quarantuno anni e un mese per le donne, con incremento di un ulteriore mese per entrambi a partire dal 2013. Per la misura ridotta v'è una penalizzazione pari ad un punto percentuale per ogni anno di anticipo nell'accesso al pensionamento rispetto all'età di 62 anni, percentuale annua elevata a due punti per ogni anno ulteriore di anticipo rispetto a due anni.

Altra ipotesi di pensionamento anticipato è quella consentita ai lavoratori in regime contributivo pieno al raggiungimento di 63 anni di età e venti anni di contribuzione effettiva, a condizione che il trattamento pensionistico sia pari a 2,8 volte l'assegno sociale¹⁸¹.

Gli antecedenti storici di tale misura di sostegno al reddito sono i prepensionamenti e la mobilità lunga onerosi, intendendosi per tali quelli il cui costo è a totale carico del datore di lavoro; volendo individuare a quale dei due istituti più si avvicina quello in esame, si opta per la mobilità lunga¹⁸², pur se il trattamento è ragguagliato alla pensione maturata dal lavoratore.

Le condizioni per accedere a tale misura di sostegno sono numerose; in primo luogo è riservata ai lavoratori anziani dipendenti da datori di lavoro che impiegano più di quindici lavoratori; in secondo luogo, condizione per l'accesso è la stipula di un accordo con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative; in terzo luogo, il requisito di prossimità alla pensione è fissato in quattro anni; in quarto luogo, l'accordo deve essere validato da parte dell'Inps, che verifica la presenza dei requisiti previsti dalla legge in capo al datore di lavoro ed ai lavoratori; in quinto ed ultimo luogo, il datore di lavoro deve fornire una fideiussione bancaria, che l'Inps può escutere in caso di inadempimento da parte del datore di lavoro nel pagamento della somma necessaria a coprire sia la prestazione di disoccupazione, sia la contribuzione figurativa.

Contrasta con quest'ultima condizione la previsione dell'esonero dell'Inps dall'erogazione delle prestazioni («l'Inps è tenuto a non erogare le prestazioni») ove il datore non effettui mensilmente il versamento della provvista finanziaria (art. 4, comma 5), non comprendendosi a questo punto a cosa serva la fideiussione bancaria (art. 4, comma 3). L'operatività di quest'ultima dovrebbe suggerire una soluzione diversa e cioè il pagamento della prestazione, con addebito a carico del datore di lavoro delle sanzioni previste in caso di mancato versamento della contribuzione, calcolate fino al momento di escussione della fideiussione.

della Costituzione (in generale), laddove stabilisce il dovere di ogni cittadino a svolgere un'attività od una funzione “secondo le proprie possibilità e la propria scelta”».

¹⁸¹ Giustamente G. Ferraro (*op. cit.*, 493) evidenzia come l'equilibrio interno alla legge n. 223/1991 che salda mobilità e pensionamento viene compromesso dalla riforma Fornero intersecandosi l'eliminazione dell'indennità di mobilità con la crescente elevazione dell'età pensionabile.

¹⁸² G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, in A. Vallebona, *op. cit.*, 94.

L'indennità una tantum per i co.co.co. disoccupati

La previsione di una indennità *una tantum* in favore dei co.co.co. disoccupati costituisce, più che una novità, la stabilizzazione della misura sperimentale introdotta con l'art. 19, comma 2, D.L. n. 185/2008, che viene abrogato (art. 2, comma 69)¹⁸³. Anche le risorse sono quelle previste dall'art. 19, comma 1, D.L. n. 185/2008, integrate da altre.

Destinatari, a partire dal 1° gennaio 2013, sono i co.co.co. ex art. 61, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, iscritti in via esclusiva alla gestione separata, con esclusione dei soggetti di cui all'art. 1, comma 212, legge n. 662/1996, e cioè tutti quelli percettori dei redditi da lavoro autonomo previsti dall'art. 49 Tuir.

Numerose sono le condizioni per ottenere la prestazione, tutte, eccetto una, riferite all'anno precedente a quello di corresponsione della *una tantum* (art. 2, comma 51).

L'eccezione, riguarda il possesso di un numero di mensilità accreditate presso la gestione separata non inferiore a uno, con riguardo all'anno di riferimento.

Viceversa, sono tutte riferite all'anno precedente le condizioni di aver operato in regime di monocommittenza; di aver conseguito un reddito lordo complessivo imponibile non superiore a 20.000 euro con rivalutazione del limite annuale in base all'indice Istat; di aver avuto un periodo di disoccupazione ininterrotta e certificata di almeno due mesi; ed infine, di aver conseguito l'accredito presso la gestione separata di almeno quattro mensilità, ridotte a tre nel triennio 2013-2015.

L'indennità ammonta al 5% (7% per il triennio 2013-2015) del minimale annuo di reddito previsto dall'art. 1, comma 3, legge n. 233/1990, moltiplicato per il minor numero tra le mensilità accreditate nell'anno precedente e quelle non coperte da contribuzione. Quanto alle modalità di corresponsione è prevista l'erogazione *una tantum* fino a 1.000 euro e in rate mensili pari o inferiori a 1.000 euro ove l'indennità superi la prima misura.

L'indennità è sottoposta a monitoraggio per verificarne l'idoneità rispetto alle finalità di tutela perseguite, non escludendosi all'esito una sua sostituzione con la mini ASpl.

Disoccupazione parziale

La tutela della disoccupazione parziale, cioè di quella connessa non alla cessazione del rapporto, bensì alla sospensione dell'attività lavorativa, è affidata, com'è noto, all'istituto della Cig, ordinaria e straordinaria, alla quale si sono affiancati a partire dal 2008 due nuovi strumenti, e cioè la Cig in deroga e il trattamento di disoccupazione per massimo novanta giornate, previsto dall'art. 19, comma 1, D.L. n. 185/2008.

Vi sono poi delle tutele di matrice negoziale, a carico dei fondi bilaterali (edilizia), ovvero dei fondi ex art. 2, comma 28, legge n. 662/1996.

Il nuovo sistema delineato dalla legge n. 92/2012 si caratterizza per un restringimento della tutela pubblica e per un ampliamento di quella negoziale, di cui mutano però le sembianze, passando da un sistema volontaristico – integrativo, ad uno obbligatorio – sostitutivo (art. 3, commi 4-47).

Partendo dall'intervento sulla tutela pubblica, sono individuabili sei novità¹⁸⁴.

La prima riguarda l'eliminazione a partire dal 2016 dell'intervento Cigs in presenza di cessazione di attività. Una delle anomalie dell'attuale sistema di tutela del reddito in costanza di rapporto di lavoro è sicuramente rappresentato dall'intervento CIGS in presenza di cessazione di attività, previsto per la prima volta nel 1991 per le aziende assoggettate a procedure concorsuali (art. 3, legge n. 223/1991) ed esteso nel 2004 alle aziende in crisi (art. 1, D.L. n. 249/2004)¹⁸⁵.

¹⁸³ Di identico avviso è M. Cinelli, *op. cit.*, 16.

¹⁸⁴ Minimale è l'intervento della riforma sulla Cig a parere di G. Ferraro (*op. cit.*, 490).

¹⁸⁵ Critico sull'abrogazione dell'art. 3, legge n. 223/1991 è G. Ferraro (*op. cit.*, 490), secondo cui il legislatore della riforma non ha tenuto conto della funzione fisiologica riconnessa a tale causale di intervento (che

(segue)

L'art. 3, legge n. 223/1991 viene abrogato a decorrere dal 1° gennaio 2016 (art. 2, comma 70). Tale decorrenza si ricollega con tutta evidenza al regime transitorio dell'indennità di mobilità (art. 2, comma 46), il cui regime andrà decrementandosi nel biennio 2015-2016¹⁸⁶, con una drastica riduzione nel 2016, il che giustifica l'eliminazione dell'intervento ex art. 3, a decorrere dal 1° gennaio 2016, in quanto ai lavoratori converrà godere subito della mobilità, piuttosto che della Cigs ex art. 3, nel 2015.

L'abrogazione dell'art. 3 pone due interrogativi.

Il primo è se sopravvive l'intervento per le grandi imprese in amministrazione straordinaria, previsto dall'art. 7, comma 10-ter, legge n. 236/1993. La risposta è affermativa per due ordini di motivi; il primo è che di tale norma non è prevista l'abrogazione; peraltro, nell'art. 7, comma 10-ter, non v'è alcun rinvio all'abrogando art. 3, legge n. 223/1991. Il secondo ordine di motivi è che nella amministrazione straordinaria, a differenza delle altre procedure concorsuali richiamate nell'art. 3, l'attività non cessa, anzi deve proseguire per il salvataggio dell'impresa in crisi e insolvente, mediante prosecuzione, riattivazione, o riconversione delle attività (art. 1, D.Lgs. n. 270/1999).

Il secondo interrogativo è se sopravviva l'intervento per crisi con cessazione dell'attività dell'intera azienda, di un settore di attività, di uno o più stabilimenti o parte di essi, ex art. 1, comma 1, D.L. n. 249/2004. Anche per questa ipotesi la risposta è affermativa, sempre per due ordini di motivi; il primo anche in questo caso è il silenzio della legge, che tra le norme abrogate non ricomprende quella in esame. Il secondo ordine di motivi è la differente giustificazione dei due interventi: acasuale quello ex art. 3 (non anche per la proroga di mesi sei); causale quello ex art. 1, comma 1, che presuppone uno specifico accordo in sede governativa e programmi anche formativi, per la ricollocazione dei lavoratori, a condizione che nei primi dodici mesi di Cigs per crisi sia stato avviato concretamente il piano di gestione delle eccedenze occupazionali.

Nel periodo di perdurante vigenza dell'art. 3, legge n. 223/1991, ne viene riscritto il primo comma, sostituendosi l'espressione «qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata» con quella «quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali»¹⁸⁷.

La seconda novità è rappresentata dall'obbligo di depositare presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, secondo modalità indicate con decreto direttoriale e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, i contratti e gli accordi collettivi di gestione di crisi aziendali che prevedono il ricorso agli ammortizzatori sociali¹⁸⁸.

La terza novità è la "strutturizzazione" dell'intervento Cigs a termine (art. 3, comma 1). Dopo ben 18 provvedimenti a termine (il primo nel 1993, con l'art. 7, comma 7, legge n. 236/1993 e l'ultimo nell'anno in corso) viene finalmente reso strutturale l'intervento Cigs per le imprese commerciali e le agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di cinquanta dipendenti e per le imprese di vigilanza con più di 15 dipendenti, oltre che per le imprese del trasporto aereo e del sistema aeroportuale a prescindere dal numero dei dipendenti.

è quella di favorire il mantenimento dell'unitarietà aziendale con il suo potenziale produttivo) privilegiando il profilo patologico.

¹⁸⁶ L'«uscita» morbida dal sistema di ammortizzatori sociali in essere, fortemente dipendente dall'indennità di mobilità, secondo M. Cinelli, *op. cit.*, 18, trova la propria ragion d'essere nei rischi connessi all'operazione di riforma realizzata con la legge n. 92/2012, che, abbinati alla recente riforma del sistema pensionistico, potrebbero produrre forti rigidità nei processi di mobilità nel mercato del lavoro.

¹⁸⁷ Il comma 70 dell'art. 2 della legge n. 92/2012 è stato così modificato dall'art. 46-bis (*Modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92*), D.L. n. 83/2012.

¹⁸⁸ V. il comma 70-bis, inserito nell'art. 2, legge n. 92/2012 da parte dell'art. 46-bis (*Modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92*), D.L. n. 83/2012.

Per l'estensione viene inserito nell'art. 12, legge n. 223/1991, il comma 3-*bis*, con una scelta abbastanza discutibile, in quanto sarebbe stato più opportuno sostituire il comma 3, che contiene la previsione dell'intervento CIGS per le imprese commerciali con più di 200 dipendenti, ormai assorbito in quello introdotto per le imprese commerciali con più di 50 dipendenti.

Una quarta novità riguarda l'abrogazione, a decorrere dal 1° gennaio 2017, dell'art. 5, comma 6, legge n. 223/1991 (art. 2, comma 71, lett. a). Tale disposizione richiama l'art. 2, comma 2, legge n. 464/1972, che esonera il datore di lavoro dalla quota del Tfr maturata nei periodi di utilizzazione della Cigs, ove seguito dalla riduzione di personale, accollandone il relativo onere all'Inps.

La quinta novità riguarda i lavoratori portuali, prevedendosi una indennità per il mancato avviamento al lavoro (art. 3, comma 2). Anche in questo caso si tratta della stabilizzazione di una misura preesistente a termine, introdotta con l'art. 19, comma 12, D.L. n. 185/2008, estesa di anno in anno sino al 2012. Ai lavoratori portuali è erogata a decorrere dal 1° gennaio 2013 un'indennità pari ad 1/26 di Cigs, compreso l'assegno per il nucleo familiare e la contribuzione figurativa per ogni giornata di mancato avviamento al lavoro, ovvero per le giornate festive con disponibilità, nel limite massimo mensile dato dalla differenza tra 26 giornate/mese e quelle lavorate, in esse computandosi i giorni di ferie, malattia, infortunio, permesso o giorni di indisponibilità.

La sesta ed ultima novità riguarda gli ammortizzatori in deroga (art. 2, comma 64). È legittimo porsi la domanda di che fine faranno gli ammortizzatori in deroga che hanno puntellato la crisi produttiva e occupazionale dell'ultimo quinquennio. All'interno del sistema degli ammortizzatori sociali in deroga è possibile operare una distinzione tra quelli di matrice statale e quelli di matrice regionale, rimessi all'iniziativa soprattutto finanziaria delle regioni. Di questi ultimi la riforma non se ne occupa, intervenendo viceversa sui primi con la norma transitoria prima richiamata. Il periodo transitorio è fissato nel quadriennio 2013 – 2016. Gli interventi possibili sono due; il primo riguarda la concessione di trattamenti Cig e mobilità «in deroga alla normativa vigente», anche con riferimento a settori produttivi e aree regionali, a) sulla base di specifici accordi governativi; b) per periodi non superiori a 12 mesi, anche senza soluzione di continuità; c) nei limiti delle risorse finanziarie stanziare. Il secondo intervento è la proroga, alle stesse condizioni previste per il primo intervento, dei trattamenti di Cig e mobilità concessi ai sensi dell'art. 33, comma 21, legge n. 183/2011, nonché di quelli prima esaminati.

Per entrambe le proroghe opera il *decalage* e cioè, la riduzione del trattamento in misura pari al 10% per la prima proroga, al 30% per la seconda e al 40% per le successive¹⁸⁹, nonché la condizione della frequenza di specifici programmi di reimpiego (è stato soppresso l'originario riferimento all'organizzazione dei corsi da parte delle Regioni, a conferma del progressivo arretramento in atto delle competenze e degli interventi di queste ultime per la scarsità delle risorse disponibili) (art. 2, comma 66).

Sono ribaditi per il trattamento di Cig i requisiti *ex art.* 8, comma 3, legge n. 160/1988 e per quello di mobilità, *ex art.* 16, comma 1, legge n. 223/1991 (art. 2, comma 67).

La norma sostanzialmente estende per il quadriennio 2013-2016 quella in vigore per il 2012 contenuta nell'art. 33, comma 21, legge n. 183/2011.

Valutando nel suo insieme l'art. 19, D.L. n. 185/2008, che costituisce il fulcro del sistema degli ammortizzatori sociali in deroga¹⁹⁰, può affermarsi che tra norme abrogate esplicitamente o implicitamente, o a termine, la disposizione è destinata ad una morte naturale. Sicché il sistema delineato da quest'ultimo viene completamente smantellato.

Dell'intervento regionale, come detto, nulla è previsto nella riforma.

¹⁸⁹ Comparativamente «al ribasso», rispetto a quanto ad oggi vigente, secondo M. Cinelli, *op. cit.*, 13.

¹⁹⁰ Dello stesso avviso è G. Ferraro (*op. cit.*, 489, nota 5).

Il sottosistema privato bilaterale, ovvero i fondi di solidarietà

Dai fondi ex art. 2, comma 28, legge 23 dicembre 1996, n. 662 al nuovo sistema dei fondi di solidarietà

L'intervento della riforma Fornero sui fondi bilaterali sembra porsi nel solco aperto dall'art. 2, comma 28, legge 23 dicembre 1996, n. 662, nella parte in cui prevede(va), in attesa di un'organica riforma del sistema degli ammortizzatori sociali, la definizione, in via sperimentale, con uno o più decreti, di misure di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione nell'ambito dei processi di ristrutturazione aziendale e per fronteggiare situazioni di crisi, per le categorie e settori di impresa sprovvisti di detto sistema¹⁹¹.

Il nuovo sistema prevede tre tipologie di fondi di solidarietà

1. I fondi di solidarietà bilaterali (art. 3, comma 4)
2. I fondi di solidarietà bilaterali: modello alternativo (art. 3, comma 14)
3. Il Fondo di solidarietà residuale per l'integrazione salariale (art. 3, comma 19)

1. I fondi di solidarietà bilaterali

Allo scopo di assicurare ai lavoratori, non destinatari della Cig, una tutela in costanza di rapporto di lavoro, nei casi di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa, per cause tipizzate dalla normativa in materia di Cigo e Cigs, la legge n. 92 prevede l'istituzione dei fondi di solidarietà bilaterali, come surrogato della CIG, per le imprese che impiegano mediamente più di 15 dipendenti e non ricadono nell'ambito applicativo della stessa¹⁹², le prestazioni e i relativi obblighi contributivi non si applicano al personale dirigente se non espressamente previsto¹⁹³. Si tratta, sostanzialmente, di fondi sostitutivi¹⁹⁴, il cui ambito di intervento è ricavabile al contrario da quello della Cig, utilizzabili dalle imprese che abbiano una forza lavoro di seguito indicata:

- commercio da 16 a 50 dipendenti;
- artigianato con più di 15 dipendenti, salvo che risentano l'influsso gestionale prevalente di una impresa rientrante nel campo di intervento della Cig (art. 12, legge n. 223/1991);
- agenzie di viaggio da 16 a 50 dipendenti;
- credito;
- assicurazioni;
- poste ;

¹⁹¹ Così anche M. Cinelli, *op. cit.*, 21, che però evidenzia come la disciplina dettata dall'art. 3, legge n. 92/2012, si prospetta più rigida di quella configurata all'epoca dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996.

¹⁹² A parere di G. Ferraro (*op. cit.*, 491) i fondi di solidarietà realizzano il modello mutualistico-categoriale di tutela contro la disoccupazione in settori esclusi dagli ammortizzatori sociali. Si realizza così un sistema previdenziale «di mestiere» che rappresenta sostanzialmente l'evoluzione del classico modello «assicurativo-contributivo», contrapposto ad un modello universalistico da tempo teorizzato e auspicato dallo stesso legislatore. Peraltro i fondi in questione, sempre secondo G. Ferraro (*op. cit.*, 492) si differenziano da quelli di previdenza complementare per l'obbligatorietà della loro istituzione e la conseguente vincolatività di carattere generale nei confronti di tutti i possibili destinatari, risultando ancora più marcata l'interdipendenza funzionale tra le tutele di carattere pubblicistico e quelle che vengono integralmente delegate alle parti private.

¹⁹³ Secondo G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 88-89, i dubbi di legittimità costituzionale paventati da qualcuno sul coinvolgimento "forte" degli enti bilaterali nella tutela del sostegno al reddito, lamentandosi uno scollamento tra la natura privatistica dei fondi e l'obbligatorietà della loro istituzione e della adesione da parte delle aziende di riferimento (nonché, chiaramente, i vincoli ed i limiti imposti dalla legge), sarebbero superabili in ragione della "funzionalizzazione" dei fondi alle finalità di cui all'art. 38, comma 2, Cost. Peraltro, non si rinvengono palesi violazioni dell'art. 38 Cost., ben potendo l'ordinamento perseguire quei fini per mezzo di enti pur privati, ma strumentali agli stessi obiettivi.

¹⁹⁴ Di identico avviso è M. Cinelli, *op. cit.*

- ferrovie;
- società di gestione aeroportuale e società da queste derivate¹⁹⁵;
- società di gestione del trasporto aereo¹⁹⁶.

Poiché la partecipazione al fondo è collegata alla soglia dimensionale, il superamento della stessa deve essere verificato mensilmente con riferimento alla media del semestre precedente.

L'individuazione dell'ambito di applicazione dei fondi con riferimento al settore di attività e alla natura giuridica dei datori di lavoro, compete ai decreti istitutivi dei fondi stessi.

L'attivazione dei fondi è rimessa ad accordi e contratti collettivi, anche intersettoriali, stipulati dalle organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative al livello nazionale, entro 180 giorni dall'entrata in vigore della riforma. Il legislatore nella ipotesi di inerzia delle parti sociali ha previsto l'istituzione di un fondo di solidarietà residuale per l'integrazione salariale, per i settori non coperti dalla normativa in materia di integrazione salariale, per i quali non siano stipulati entro il 31 marzo 2013 gli accordi collettivi di attivazione (comma 19)¹⁹⁷. Tale previsione pone due interrogativi; il primo riguarda la non coincidenza del primo termine (180 giorni) con il secondo (262 giorni), potendosi ritenere che sino al 31 marzo 2013 è possibile la stipula degli accordi collettivi di attivazione, rimanendo a questo punto incomprensibile la diversità del termine¹⁹⁸. Il secondo problema, che si riflette sulla soluzione del primo, è la natura cedevole o meno del fondo residuale, nel senso che ove stipulato nel settore scoperto il fondo bilaterale, dovrebbe venir meno per quel settore l'operatività del fondo residuale, non potendosi, quindi, escludere che quest'ultimo, unico per tutti i settori scoperti, possa venir totalmente meno, una volta sottoscritti gli accordi di attivazione in tutti i settori interessati.

Una volta sottoscritti gli accordi di attivazione, nei successivi tre mesi, con D.M. lav. di concerto con il MEF, si provvede alla istituzione dei singoli fondi bilaterali presso l'Inps, di cui costituiscono gestione non avendo personalità giuridica¹⁹⁹. Il termine entro cui deve essere adotta-

¹⁹⁵ Viene conseguentemente abrogato l'art. 2, comma 37, legge n. 203/2008, che prevedeva l'intervento Cigs e la mobilità per queste società.

¹⁹⁶ Viene conseguentemente abrogato l'art. 1-bis, legge n. 291/2004, che prevedeva l'intervento CIGS e la mobilità per queste società.

¹⁹⁷ G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 90, sebbene il d.D.L. parlasse espressamente di "istituzione ... obbligatoria", preferisce ricostruire «il vincolo alla contrattazione alla stregua di un onere, atteso che l'effetto della disposizione pare quello di "consentire" alla contrattazione collettiva la creazione di regimi propri, salvo prevedere, in caso d'inerzia, la confluenza in un fondo residuale da istituirsi presso l'Inps. In sostanza, perciò, fermo restando l'esistenza di un regime generale/residuale, alla autonomia sindacale sarebbe consentita la creazione di una tutela sostitutiva della stessa, da modellare sulle specifiche esigenze di settore».

¹⁹⁸ Secondo G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 90, il primo termine sarebbe perentorio; il secondo ordinatorio. Inoltre, con riferimento al decreto interministeriale di recezione, l'A. ritiene che lo stesso abbia la «duplice funzione di consentire la costituzione materiale di ciascun fondo presso l'Inps - come gestioni dell'ente, senza personalità giuridica - e, dall'altro, di rendere l'accordo istitutivo efficace *erga omnes*, con il solo limite della dimensione dell'impresa essendo imposto l'obbligo di iscrizione solo al superamento della soglia dei 15 dipendenti. Si superano, così le eventuali questioni che potrebbero porsi con riferimento alla libertà sindacale negativa (del datore di lavoro) laddove l'unica fonte di disciplina fosse il contratto collettivo, questioni che invece sono effettivamente sorte in relazione all'obbligo di iscrizione agli enti bilaterali istituiti ad opera della parte obbligatoria dei contratti collettivi».

¹⁹⁹ Tale meccanismo regolativo, derivante da un intreccio ibrido tra fonti privatistiche e fonti pubbliche, secondo G. Ferraro (*op. cit.*, 492) garantisce la stabilità e l'operatività dei fondi con la conseguente efficacia di carattere generale sottraendoli così ai dubbi, anche costituzionali, che hanno investito l'azione degli enti bilaterali. Anzi nella riforma vi è un implicito accantonamento dell'esperienza degli enti bilaterali. Di intreccio tra pubblico e privato parla anche M. Cinelli (*op. cit.*, 21), secondo cui la regolamentazione eteronoma (decreti interministeriali) appare suscettibile di irrigidire molto le condizioni di operatività del nuovo istituto.

to il decreto ministeriale giustifica la data del 31 marzo 2013 per l'eventuale istituzione del fondo di solidarietà residuale.

Eventuali modifiche agli atti istitutivi di ciascun fondo possono essere apportate solo a seguito di accordo collettivo e successivo decreto ministeriale; viceversa le modifiche riguardanti la disciplina delle prestazioni o la misura delle aliquote sono adottate con decreto direttoriale dei due ministeri competenti, sulla base di una proposta del comitato amministratore.

I fondi di solidarietà possono essere anche integrativi, ove costituiti nei settori già coperti dall'intervento Cig, per l'erogazione di prestazioni aggiuntive a quest'ultima (*infra*).

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

Il nuovo sistema di fondi bilaterali così istituito potrebbe incidere sul ruolo e quindi, sulla sopravvivenza dei fondi interprofessionali per la formazione continua, istituiti ai sensi dell'art. 118, legge n. 388/2000²⁰⁰. Di tale problema si fa carico la disciplina in esame, prevedendo che nel fondo bilaterale possa confluire l'eventuale fondo interprofessionale, già istituito, nonché il contributo integrativo *ex art.* 25, comma 4, legge n. 845/1978, ad esso destinato.

2. I fondi di solidarietà bilaterali: modello alternativo

In determinati settori, specie in quello dell'artigianato, v'è un bilateralismo consolidato²⁰¹, poco propenso a passare sotto la "tutela" dell'Inps. Le pressioni provenienti da tali settori hanno suggerito l'opportunità di prevedere il c.d. modello alternativo dei fondi di solidarietà bilaterali, utilizzabile nei settori nei quali siano operanti, alla data dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012, «consolidati sistemi di bilateralità e in considerazione delle peculiari esigenze dei predetti settori»²⁰². In tali settori, le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, comparativamente più rappresentative a livello nazionale, possono nello stesso termine previsto per l'attivazione dei fondi bilaterali²⁰³, adeguare le fonti istitutive dei rispettivi fondi bilaterali, alle finalità dell'art. 3, prevedendo misure di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro in caso di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa. La legge fissa quali sono i contenuti degli accordi di adeguamento, dovendo essi prevedere: l'aliquota di contribuzione ordinaria non inferiore allo 0,20%; le tipologie di prestazioni in funzione delle disponibilità finanziarie del fondo; l'adeguamento dell'aliquota contributiva, in funzione dell'andamento della gestione, ovvero la rideterminazione delle prestazioni, in relazione alle erogazioni; la possibile confluenza nel fondo del contributo del-

²⁰⁰ Giova segnalare che la natura privata dei fondi paritetici per la formazione continua, con riferimento all'origine degli stessi, alla destinazione e alle modalità di gestione della contribuzione versata dalle aziende che aderiscono a detti fondi, è stata recentemente riconfermata dal Consiglio di Stato con il parere n. 1095/2011, adottato nell'adunanza del 14 dicembre 2011, a proposito dell'applicabilità ad essi dell'art. 6, comma 2, D.L. n. 78/2010 (che limita l'importo dei gettoni di presenza per la partecipazione agli organi degli enti pubblici o che comunque ricevono contributi a carico delle finanze pubbliche) [Cons. Stato, parere definitivo, n. 1095/2011 con nota di M. Faioli, *I fondi paritetici per la formazione continua. Bilateralità «di scopo», contribuzione, natura privatistica*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 395 ss].

²⁰¹ Sul tema si rinvia alla riflessione di F. Santoni, *Ammortizzatori sociali in deroga e canale bilaterale*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, vol. III, 1259 ss.

²⁰² Secondo G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 90, «La previsione appare quanto mai opportuna, anche in relazione alle ridotte dimensioni dei datori di lavoro operanti nei settori "ad elevata bilateralità" (in particolare, l'artigianato, il turismo, l'edilizia) che rischia di lasciare esclusi dalla tutela gran parte degli operatori di settore che non raggiungono i 16 dipendenti».

²⁰³ A parere di G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 90, trattasi di termine perentorio.

lo 0,30% destinato al fondo interprofessionale; infine, i criteri e i requisiti per la gestione dei fondi²⁰⁴.

Alla disciplina ministeriale è rimessa la determinazione dei requisiti di professionalità ed onorabilità dei gestori dei fondi e di quelli per la contabilità, oltre ad un rafforzamento del controllo e al monitoraggio dell'andamento del fondo.

3. Il fondo di solidarietà residuale per l'integrazione salariale

Ove non stipulati gli accordi istitutivi, entro il termine fissato, la legge prevede l'istituzione con D.M. di un fondo di solidarietà residuale cui contribuiscono i datori di lavoro appartenenti ai settori in relazione ai quali sia mancata l'attivazione dei fondi di solidarietà.

Le prestazioni

Le prestazioni a carico dei fondi bilaterali possono suddividersi in due categorie, e cioè, le prestazioni sostitutive e quelle integrative.

Prestazione sostitutiva, a carico di tutte e tre le tipologie di fondi di solidarietà, è l'assegno ordinario di importo pari all'integrazione salariale, di durata non superiore a un ottavo delle ore complessivamente lavorabili da computare in un biennio mobile (480 ore)²⁰⁵ e da corrispondersi per le stesse causali previste per l'intervento Cigo e Cigs²⁰⁶.

La contribuzione correlata alla prestazione viene versata, qualunque sia la tipologia di fondo, alla gestione di iscrizione del lavoratore interessato²⁰⁷ ed è computata in base a quanto previsto dall'articolo 40 della legge 4 novembre 2010, n. 183²⁰⁸.

Lo stesso dicasi per la contribuzione correlata alle prestazioni integrative.

Queste ultime, erogabili sia dai fondi sostitutivi, sia da quelli integrativi, cioè da quelli istituiti nei settori coperti dalla Cig, sono le seguenti:

- una tutela in caso di cessazione del rapporto di lavoro, integrativa dell'ASpI;
- assegni straordinari per il sostegno al reddito, per agevolare l'esodo di lavoratori, che raggiungano nei successivi cinque anni i requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato;

²⁰⁴ La disciplina del modello alternativo lascia «insolute per il momento le questioni di coordinamento con i regimi aziendali di previdenza integrativa». Così M. Cinelli, *op. cit.*, 25.

²⁰⁵ Sembra limitare tale misura della prestazione ordinaria al solo fondo residuale G. Ferraro, *op. cit.*, 492, nota 15, pur se il comma 20 dell'art. 3 riproduce la misura prevista a carico dei fondi bilaterali dal successivo comma 31.

²⁰⁶ Per G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 92, il richiamo alle causali previste per la cassa integrazione varrebbe «anche a delegare a ciascun comitato amministratore la verifica della transitorietà della causale che dà luogo alla sospensione/riduzione dell'attività che legittima la concessione del trattamento».

²⁰⁷ M. Cinelli, *op. cit.*, p. 23, nota 53 afferma che «In considerazione della natura "retributiva" della prestazione, sia i Fondi bilaterali sia il Fondo residuale sono tenuti a versare alla gestione di appartenenza del lavoratore interessato la contribuzione correlata alla prestazione erogata (art. 3, c.c. 33 e 34), analogamente a quanto la legge prevede per le prestazioni della Cassa integrazione: cfr. art. 10, l. n. 887/1985; art. 26, l. n. 41/1986».

²⁰⁸ Secondo G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 92, «la formulazione della norma è chiaramente infelice. In merito pare possibile sostenere che il limite temporale di concessione dell'integrazione coincida con quello previsto dalla normativa ordinaria in tema di integrazioni salariali (differenziato in relazione alle causali integrabili), ma che, tuttavia, più richieste di intervento nello stesso biennio (mobile, cioè calcolato dall'ultima richiesta) possano essere cumulate tra loro solo sino al raggiungimento del limite orario indicato dalla norma (un ottavo delle ore lavorabili nel periodo considerato), analogamente a quanto previsto per l'integrazione ordinaria e straordinaria (rispettivamente 52 settimane nel biennio e 36 mesi nel quinquennio)».

- un cofinanziamento, in concorso con gli appositi fondi nazionali o dell'Ue, di programmi formativi di riconversione o riqualificazione professionale.

Una ulteriore tipologia di integrazione del reddito, con il contributo dei fondi bilaterali, è prevista in via sperimentale per il triennio 2013 – 2015; ed infatti, in tale periodo può essere erogata l'ASpI ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali, a condizione che siano in possesso dei requisiti di anzianità contributiva e assicurativa, prevista per tale trattamento e subordinatamente ad un intervento integrativo, pari almeno al 20% dell'indennità, a carico dei fondi bilaterali. La durata massima del trattamento non può superare 90 giornate in un biennio mobile, entro il limite di spesa, previsto per ciascuno degli anni di sperimentazione. Come si vede, si tratta di una riproduzione dell'istituto disciplinato dall'art. 19, comma 1, lett. a), D.L. n. 185/2008, tant'è vero che non compete ai lavoratori delle aziende destinatarie della Cigs, nonché per le sospensioni del lavoro programmate e per i *part-timers* verticali.

Passando ora ad esaminare il meccanismo di finanziamento dei fondi di integrazione del reddito, può subito affermarsi che lo stesso ricade per intero sui datori di lavoro, obbligatoriamente iscritti ai fondi, ed in parte sui lavoratori, nella misura rispettivamente di due terzi e un terzo²⁰⁹, in maniera da garantire la precostituzione di risorse continuative, adeguate sia per l'avvio dell'attività, sia per la situazione a regime.

Ove, poi, sia prevista la corresponsione dell'assegno ordinario, il datore di lavoro che ricorre alla sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, è tenuto a versare un contributo addizionale, calcolato in rapporto alle retribuzioni perse, e comunque non inferiore all'1,5%. Del pari per la prestazione straordinaria a favore dei lavoratori anziani incentivati all'esodo, è dovuto un contributo straordinario di importo corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni straordinari erogabili e della contribuzione correlata.

A tutti i contributi di finanziamento, obbligatorio, addizionale e straordinario, si applica la disciplina in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria, ad eccezione di quella sugli sgravi.

Appare evidente come, il costo del welfare negoziale sia addossato interamente ai datori di lavoro, e solo per il contributo obbligatorio, in quota ai prestatori di lavoro.

L'ipotesi che la massa contributiva non sia sufficiente a coprire il costo delle prestazioni e della relativa contribuzione è esclusa in radice, prevedendosi che tutte e tre le tipologie di fondi hanno l'obbligo di bilancio in pareggio e non possono erogare prestazioni in carenza di disponibilità, il che "pone serie questioni circa la garanzia di effettività della tutela"²¹⁰.

Il comitato amministratore ha facoltà di proporre modifiche, con riferimento all'importo delle prestazioni e alla misura dell'aliquota di contribuzione, con un potere sostitutivo dei Ministeri competenti in caso di inerzia dello stesso.

La disciplina in materia di finanziamento si conclude con una previsione assolutamente inderogabile, secondo cui «In ogni caso, in assenza dell'adeguamento contributivo di cui al comma 29, l'Inps è tenuto a non erogare le prestazioni in eccedenza»²¹¹, escludendosi, quindi, l'operatività del principio di automaticità delle prestazioni²¹².

²⁰⁹ M. Cinelli, *op. cit.*, sottolinea la differenza tra la contribuzione posta a carico dei lavoratori dall'art. 3, legge n. 92/2010 e quella solo eventuale e comunque limitata ad un quarto prevista per il finanziamento dei fondi *ex art. 2*, comma 28, legge n. 662/1996.

²¹⁰ Così M. M. Cinelli, *op. cit.*, 25.

²¹¹ I fondi, pur incardinati presso l'Inps, «restano in larga misura "separati" dal sistema pubblico di previdenza sociale; ed infatti, la legge impone una chiara autonomia finanziaria degli stessi, nelle fasi di costituzione delle provviste finanziarie, di erogazione delle prestazioni e di gestione (G. Sigillò Massara, *Le tutele previdenziali in costanza di rapporto*, cit., 91).

²¹² V. M. M. Cinelli, *op. cit.*, 25.

La disciplina del bilateralismo per l'integrazione del reddito si conclude con la regolamentazione della gestione dei fondi e la previsione della riconversione di quelli di solidarietà preesistenti, e cioè: a) quelli istituiti ai sensi dell'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 (credito, assicurazioni, esattorie, monopoli di Stato e Poste); b) il fondo di solidarietà di cui all'art. 1-ter, D.L. n. 249/2004, conv. in legge n. 291/2004 (trasporto aereo); c) il fondo di solidarietà di cui all'art. 59, comma 6, legge n. 449/1997 (settore ferroviario), con abrogazione delle relative discipline a decorrere dal 1° gennaio 2014. Sono, altresì, abrogati gli articoli 1-bis, D.L. n. 249/2004 (società di gestione del trasporto aereo) e 2, comma 37, legge n. 203/2008 (società di gestione aeroportuale e società da queste derivate).

Le nuove prestazioni

ASpI e Mini-ASpI

L'ASpI può essere erogata per un periodo massimo di dodici mesi per i lavoratori di età inferiore a 55 anni e di 18 mesi per i lavoratori di età pari o superiore ai 55 anni, in questo caso nei limiti delle settimane di contribuzione negli ultimi due anni; in entrambi i casi detratti i periodi di indennità eventualmente fruiti nel medesimo periodo, anche per mini-ASpI.

Il nuovo trattamento realizza una sorta di convergenza tra il trattamento ordinario di disoccupazione e quello di mobilità, quanto alla durata del trattamento, elevando di poco il primo ed eliminando totalmente il secondo. Lo scambio tra eliminazione del trattamento di mobilità e incremento del trattamento ordinario di disoccupazione, ora rinominato "ASpI", è per così dire a perdere, se si considera che per i lavoratori fino a 49 anni l'attuale misura di otto mensilità è elevata a dodici, per gli over 50 e fino a 54 anni è elevata di un mese (da 11 a 12 mensilità); per gli over 55, categoria emersa a seguito della riforma pensionistica attuata dal governo Monti, la misura è elevata di sette mensilità (da 11 a 18 mensilità). Quindi, la media dell'elevazione del trattamento ordinario, cioè dell'ASpI, è di sei mesi.

Con riferimento, invece, alla misura del trattamento, quest'ultimo è calcolato in percentuali a scaglioni rispetto alla retribuzione e cioè il 70% fino ad euro 1.180 e il 25% per la parte di retribuzione eccedente, fino al raggiungimento del massimale alto (nell'anno in corso euro 1.119), eliminato quello basso (nell'anno in corso euro 931)²¹³.

Alla eliminazione del massimale basso si accompagna poi l'ulteriore vantaggio per il disoccupato della non applicabilità all'ASpI del prelievo contributivo ex art. 26, legge 41/1986²¹⁴, che ammonta al 5,84%.

Quest'ultimo beneficio viene però controbilanciato da un abbattimento dell'indennità del 15% dopo i primi sei mesi e di un ulteriore 15% dopo altri sei mesi, a cui si aggiunge l'ulteriore decremento connesso alla utilizzazione, come retribuzione di riferimento, di quella dell'intero periodo biennale di contribuzione.

Facendo un confronto tra le percentuali attuali di commisurazione del trattamento ordinario di disoccupazione con quelle previste per l'ASpI, prendendo come riferimento una retribuzione mensile di euro 1.500, si ha un incremento del 3% (63 vs. 60) per i primi sei mesi; del 4% (54 vs. 50) per il settimo e l'ottavo mese; del 14% (54 vs. 40) per il nono, decimo e undicesimo mese, con l'aggiunta di un dodicesimo mese. Tali percentuali vanno riviste tenendo conto che la retribu-

²¹³ V. circ. Inps 8 febbraio 2012, n. 20.

²¹⁴ L'art. 26, legge n. 41/1986, testualmente recita: «Per i periodi settimanali decorrenti da quello in corso al 1° gennaio 1986, le somme corrisposte ai lavoratori a titolo di integrazione salariale, nonché quelle corrisposte a titolo di prestazioni previdenziali ed assistenziali sostitutive della retribuzione, che danno luogo a trattamenti da commisurare ad una percentuale della retribuzione non inferiore all'80 per cento, sono ridotte in misura pari all'importo derivante dall'applicazione delle aliquote contributive previste a carico degli apprendisti alle lettere a) e b) dell'articolo 21 della presente legge. La riduzione medesima non si applica ai trattamenti di malattia e di maternità, nonché all'indennità di richiamo alle armi».

zione di ragguglio non è l'ultima percepita, ma quella, più bassa, legata "all'intero periodo biennale di contribuzione", che potrebbe in varia misura neutralizzare gli incrementi percentuali innanzi individuati. Quindi, a fronte dell'eliminazione dell'indennità di mobilità, viene riproposto un trattamento di disoccupazione abbastanza simile, quanto a durata ed entità, a quello ordinario non agricolo attuale.

Per quanto concerne, poi, la mini-ASpI, è prevista la stessa prestazione per un numero di settimane pari alla metà di quelle di contribuzione nell'ultimo anno.

Decorrenza dei nuovi trattamenti

Il trattamento di ASpI decorre dal 1° gennaio 2013 (per nuovi eventi di disoccupazione verificatisi a decorrere da tale data), ma con durata diversa nel periodo 2013-2016.

	Inferiore a 50 anni	Pari o superiore a 50 anni	Pari o superiore a 55 anni
2013	8 mesi	12 mesi	
2014	8 mesi	12 mesi	14 mesi
2015	10 mesi	12 mesi	16 mesi

Terminato il periodo transitorio, e quindi dal 1° gennaio 2016, scompare la tripartizione dei destinatari, prevedendosi che per i soggetti di età inferiore a 55 anni la durata massima sia di 12 mesi; viceversa, per quelli di età pari o superiore a 55 anni, la durata massima sia di 18 mesi, nei limiti delle settimane di contribuzione negli ultimi due anni.

La mini-ASpI sarà fruibile da tutti i lavoratori dipendenti a partire dal 1° gennaio 2013 (art. 2, comma 20).

Regime transitorio per la disoccupazione totale

Il regime transitorio per la tutela della disoccupazione totale è diversificato a seconda delle prestazioni²¹⁵.

Il trattamento di disoccupazione ordinaria non agricola cesserà al 31 dicembre 2012.

Nel silenzio del legislatore, e quindi, in assenza di un periodo transitorio, viceversa previsto per il trattamento di mobilità, cesserà alla stessa data il trattamento di disoccupazione speciale edile.

Più articolato è il regime transitorio previsto per la mobilità, diviso in due bienni; nel primo che va dal 1 gennaio 2013 al 31 dicembre 2014 verrà erogato il trattamento attualmente in atto²¹⁶; nel secondo biennio, che va dal 1 gennaio 2015 al 31 dicembre 2016 il trattamento sarà decrescente. Dal 1° gennaio 2017 verrà abrogata tutta la disciplina sulla mobilità.

Inoltre, dal 1° gennaio 2013, vengono soppresse le lett. a), b), c), del comma 1, dell'art. 19, nonché i commi 1-bis e 1-ter, D.L. n. 185/2008, e quindi, tutti i trattamenti di disoccupazione ivi disciplinati.

Infine, nel quadriennio 2013 - 2016 sarà possibile far ricorso alla Cig e alla mobilità in deroga, solo sulla base di accordi governativi e per un periodo non superiore a 12 mesi. Alle stesse condizioni e per la stessa durata sono ammesse proroghe, ma con un trattamento decrescente (*decalage*).

²¹⁵ Le positività più sicure della nuova disciplina degli ammortizzatori sociali appaiono affidate secondo M. Cinelli (*op. cit.*, 33) al regime transitorio.

²¹⁶ L'art. 46-bis del D.L. n. 83/2012 (c.d. decreto sviluppo), modificando il comma 46 lett. a) e b) dell'art. 2 della legge n. 92, ha esteso al 2014 il regime previsto originariamente solo per il 2013, e cioè le attuali durate dell'indennità di mobilità.

Il finanziamento del sistema ASpI

Il sistema ASpI viene alimentato da una doppia contribuzione, e cioè, quella obbligatoria nel corso del rapporto di lavoro e quella addizionale, differenziata a seconda che il rapporto sia a tempo determinato o a tempo indeterminato, in quanto per la prima ipotesi il contributo è versato nel corso del rapporto di lavoro; viceversa, per la seconda è versato in unica soluzione alla cessazione del rapporto.

La vera novità del sistema di contribuzione per l'ASpI è, quindi, rappresentata dal contributo addizionale introdotto *ex novo* per i rapporti a termine, e generalizzato per quelli a tempo indeterminato a tutte le ipotesi di cessazione del rapporto, per causa diverse dalle dimissioni, in un certo qual modo generalizzando il contributo addizionale previsto per la mobilità.

Inoltre, muta la platea dei datori di lavoro ad essa obbligata, risultando esclusi dall'obbligazione contributiva solo le pubbliche amministrazioni, limitatamente ai dipendenti a tempo indeterminato.

La contribuzione obbligatoria è pari all'1,31%²¹⁷, a cui va poi aggiunta quella dello 0,30% prevista dall'articolo 25, comma 4, legge n. 845/1978, con un importo finale complessivo dell'1,61%.

Tale contribuzione soggiace alle eventuali riduzioni, per il contenimento del costo del lavoro, previste dall'articolo 120 della legge 23 dicembre 2000, n. 388²¹⁸ e dall'articolo 1, comma 361, della legge 23 dicembre 2005, n. 266²¹⁹.

Inoltre, sono applicabili le misure compensative di cui all'articolo 8 del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248²²⁰.

Per i soci lavoratori delle cooperative il contributo è decurtato della quota di riduzione di cui all'articolo 120 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e all'articolo 1, comma 361, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, che non sia stata ancora applicata, a causa della mancata capienza delle aliquote vigenti, alla data di entrata in vigore delle citate leggi²²¹.

²¹⁷ Si tratta del c.d. contributo integrativo per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria stabilito nella misura dell'1,30 per cento della retribuzione, dall'articolo 12, comma 6, a cui si aggiunge un ulteriore 0,01%, previsto dal successivo art. 28, comma 1, della legge 3 giugno 1975, n. 160.

²¹⁸ Nei confronti dei datori di lavoro operanti nei settori per i quali l'aliquota contributiva per assegni per il nucleo familiare è dovuta in misura inferiore a 0,8 punti percentuali, è riconosciuto un ulteriore esonero nella misura di 0,4 punti percentuali a valere sui versamenti di altri contributi sociali dovuti dai medesimi datori di lavoro alla gestione di cui al medesimo comma 1, prioritariamente considerando i contributi per maternità e per disoccupazione; in ogni caso il complessivo esonero non può superare la misura di 0,8 punti percentuali.

²¹⁹ A norma dell'articolo 1, comma 361 della legge 23 dicembre 2005, n. 266 a decorrere dal 1° gennaio 2006 è riconosciuto ai datori di lavoro un esonero dal versamento dei contributi sociali alla gestione di cui al presente articolo nel limite massimo complessivo di un punto percentuale. Per le modalità operative del suddetto esonero vedi il comma 362 del medesimo articolo 1.

²²⁰ A decorrere dal 1° gennaio 2008, è riconosciuto, in funzione compensativa, l'esonero dal versamento dei contributi sociali da parte degli stessi datori di lavoro dovuti alla gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, per ciascun lavoratore, nella misura dei punti percentuali indicati nell'allegata tabella A, applicati nella stessa percentuale di TFR maturando conferito alle forme pensionistiche complementari e al predetto Fondo presso la tesoreria dello Stato.

²²¹ Durante i lavori svolti in Commissione Lavoro al Senato sul d.d.L. 3249 AS, anche la contribuzione per i soci lavoratori delle cooperative è stata oggetto di revisione. Infatti, qualora per i lavoratori soci le quote di riduzione risultino già applicate, si prevede che si possa comunque procedere ad un allineamento graduale alla nuova aliquota ASpI, così come definita dall'art. 2, commi 25 e seguenti, subordinatamente all'adozione annuale di un decreto interministeriale (lavoro e MEF), in assenza del quale le disposizioni transitorie in materia di contribuzione per i soci, di cui al comma 27 non trovano applicazione. La nuova aliquota prevede incrementi annui pari allo 0,26 per cento per gli anni 2013, 2014, 2015, 2016 e pari allo 0,27 per cento per l'anno 2017. Contestualmente, con incrementi pari allo 0,06 per cento annuo si procederà all'allineamento graduale all'aliquota del contributo destinato al finanziamento dei Fondi interprofessionali per la formazione

(segue)

Una delle novità di rilievo è la previsione a decorrere dal 1° gennaio 2013 di un contributo addizionale, pari all'1,4 per cento della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, a carico del datore di lavoro che utilizzi rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato.

È escluso il pagamento di tale contributo per i lavoratori assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti; nonché per quelli assunti a termine per lo svolgimento delle attività stagionali di cui al D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 e successive modificazioni. Inoltre, l'esclusione opera per i periodi contributivi maturati dal 1° gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, per lo svolgimento delle attività definite dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 dicembre 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Il contributo addizionale è escluso, poi, per gli apprendisti, senza alcuna distinzione tra apprendisti a tempo indeterminato e quelli a termine previsti dall'art. 4, comma 4, TU 167/2011.

Infine, sono esentate dal contributo le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, verosimilmente in quanto le pubbliche amministrazioni, a differenza dei datori di lavoro privati, fanno ricorso alle assunzioni a termine non per scelta, ma per necessità.

Con decorrenza dal 1° gennaio 2013 l'aliquota contributiva del 4 per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori somministrati, assunti con contratto a tempo determinato per l'esercizio di attività di somministrazione, è ridotta al 2,6 %, per effetto della previsione della contribuzione addizionale del'1,4%, in tal modo mantenendo inalterata l'originaria percentuale del 4%, prevista anche per i lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'art. 12, comma 2, tale scelta è abbastanza discutibile in quanto fa venir meno l'effetto di penalizzazione della contribuzione addizionale per le assunzioni a termine.

Allo scopo di incentivare la stabilizzazione dei lavoratori assunti a termine, è prevista nel limite massimo delle ultime sei mensilità di contributo addizionale, la sua restituzione al datore di lavoro, con una diversificazione a seconda che tra la scadenza del rapporto a termine e la trasformazione/instaurazione del rapporto a tempo indeterminato intercorra o meno un lasso di tempo, in entrambi i casi non superiore a sei mesi.

Ed infatti, nella prima ipotesi, il datore di lavoro avrà diritto alla restituzione delle ultime sei mensilità di contributo addizionale. Improvvidamente, si condiziona la restituzione al «decorso del periodo di prova», considerato che nel caso di trasformazione, e cioè, nel caso di prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto sorto a termine, non può esservi periodo di prova, in quanto è l'originario rapporto che prosegue alla scadenza o prima che scada il termine. Nella seconda ipotesi, e cioè quella della riassunzione del lavoratore a tempo indeterminato, entro il termine di sei mesi dalla cessazione del precedente contratto a termine, la restituzione opera nella stessa misura, detraendo dalle mensilità spettanti, un numero di mensilità pari al periodo trascorso dalla cessazione del precedente rapporto a termine, con azzeramento ove sia trascorso un semestre.

Tale meccanismo è indubbiamente collegato al diritto riconosciuto al lavoratore a termine alla mini-ASpI, che, come detto, può arrivare alla misura massima di 25 settimane e cioè, a poco meno di sei mesi. Sicché, la corresponsione integrale della mini-ASpI azzerà il rimborso.

continua ai sensi dell'articolo 25 della legge 21 dicembre 1978, n. 845. A decorrere dall'anno 2013 e fino al pieno allineamento alla nuova aliquota ASpI, le prestazioni ASpI e mini ASpI vengono annualmente rideterminate, in funzione dell'aliquota effettiva di contribuzione, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro il 31 dicembre di ogni anno precedente l'anno di riferimento, tenendo presente, in via previsionale, l'andamento congiunturale del relativo settore con riferimento al ricorso agli istituti dell'ASpI e della mini ASpI e garantendo in ogni caso una riduzione della commisurazione delle prestazioni alla retribuzione proporzionalmente non inferiore alla riduzione dell'aliquota contributiva per l'anno di riferimento rispetto al livello a regime. Sostanzialmente, si interviene secondo una concezione puramente assicurativa, evitando che la prestazione possa non tener conto della contribuzione versata e per questo motivo se ne prevede la decurtazione.

Ulteriore novità è rappresentata dal contributo addizionale per licenziamento. La disposizione che lo prevede non brilla né per chiarezza, né per coerenza; sotto il primo profilo, si utilizza l'espressione «interruzione di un rapporto di lavoro», in luogo di quella «cessazione del rapporto di lavoro», considerato che a quest'ultima ipotesi rimanda la successiva espressione «per causa diversa dalle dimissioni». Sotto il secondo profilo, e cioè quello della coerenza, al contributo addizionale soggiace anche il datore di lavoro che abbia licenziato il dipendente per giusta causa o giustificato motivo soggettivo; qualcuno ha già parlato di «svista» del legislatore, non considerando che in realtà il pagamento del contributo addizionale, al pari della revoca del beneficio per le nuove assunzioni, si ricollega non alla causale del licenziamento, ma al dato oggettivo del decremento occupazionale. Ne consegue che non è criticabile la previsione generalizzata del contributo addizionale, quanto la mancata previsione di un meccanismo restitutorio simile a quello previsto per il contributo addizionale connesso all'assunzione a tempo determinato.

Si potrebbe però prospettare una lettura diversa della disposizione, nel senso di assimilare, come causa di esclusione del contributo addizionale, alle dimissioni il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, venendo in rilievo in entrambi i casi una estinzione del rapporto per motivo riconducibile al lavoratore, così residuando un ambito di operatività del contributo addizionale solo per il giustificato motivo oggettivo o per la riduzione di personale; invero, non si crede molto in tale opzione interpretativa, in quanto il dato letterale è troppo dirimente. L'esclusione sia dell'ASpI sia del contributo addizionale per la sola ipotesi delle dimissioni, ben giustifica la portata generale di entrambi in tutti gli altri casi di cessazione del rapporto di lavoro.

Passando alla misura del contributo addizionale, lo stesso è determinato in una somma pari al 50% di una mensilità di ASpI per ogni 12 mesi di anzianità aziendale, negli ultimi tre anni, quindi con un massimo di una mensilità e mezza di ASpI, moltiplicato per tre volte nel caso di licenziamento collettivo in assenza di accordo sindacale, in tal modo riproducendosi la previsione ora contenuta nell'art. 24, comma 3, legge n. 223/1991, che eleva a nove mensilità il contributo addizionale di mobilità in caso di mancato accordo sindacale.

Nel computo dell'anzianità aziendale si tiene conto anche dei rapporti a termine precedenti quello a tempo indeterminato «interrotto», computandosi il contratto a termine trasformato senza soluzione di continuità, ovvero seguito da un'assunzione a tempo indeterminato entro i sei mesi dalla sua scadenza; sostanzialmente nelle ipotesi in cui si è dato luogo alla restituzione.

Il contributo addizionale è dovuto anche nel caso di licenziamento dell'apprendista nel corso del rapporto, ovvero di disdetta *a latere datoris*, al termine del periodo di apprendistato, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera m) del decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167.

Il contributo addizionale per l'ASpI non è dovuto fino al 31 dicembre 2016, se è dovuto il contributo di cui all'articolo 5, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223, destinato ad essere abrogato con decorrenza 1° gennaio 2017.

La penalizzazione contributiva è esclusa inoltre per il periodo 2013-2015 anche nelle seguenti ipotesi: a) licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; b) interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere. Per effetto della estensione agli apprendisti della tutela contro la disoccupazione si è provveduto all'adeguamento della disciplina del testo unico n. 167/2011, inserendo nell'art. 2, comma 2, la lett. f), che prevede una contribuzione aggiuntiva a quella di cui all'articolo 1, comma 773, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, con effetto sui periodi contributivi maturati a decorrere dal 1° gennaio 2013, dovuta dai datori di lavoro per gli apprendisti artigiani e non artigiani, nella misura dell'1,31% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Resta fermo che con riferimento a tale contribuzione non operano le disposizioni di cui all'articolo 22, comma 1, della legge 12 novembre 2011, n. 183, e cioè lo sgravio totale triennale per le assunzioni effettuate nel periodo 1.1.2012 – 31.12.2016.

Il legislatore ha previsto il non computo della contribuzione obbligatoria per la disoccupazione involontaria nei confronti delle disposizioni agevolative che rimandano, per l'identificazione dell'aliquota applicabile, alla contribuzione nella misura prevista per gli apprendisti. Con una collocazione discutibile all'interno della disposizione sul finanziamento dell'ASpI, si prevede l'aggiunta di quest'ultima tra le tutele accordate ai soci lavoratori di società cooperative di lavoro, *ex d.p.r. n. 602/1970*. Giova ricordare che la legge n. 142/2001 ha eliminato per questa categoria di soci il minimale giornaliero estendendo loro il minimale *ex art. 1, legge n. 389/1989*.

Conclusioni

Individuate le linee portanti della riforma degli ammortizzatori sociali attuata dalla legge n. 92, con i pochi emendamenti ad essa apportati dal D.L.n. 83/2012, (c.d. decreto sviluppo), è possibile effettuare alcune considerazioni conclusive sull'impatto che la stessa avrà sui suoi destinatari, e cioè aziende e lavoratori, tenendo ovviamente presenti le rilevanti modifiche in materia pensionistica recate dal D.L. n. 201/2011, con il repentino e sensibile innalzamento dei requisiti anagrafici e contributivi per ottenere la pensione di vecchiaia o quella anticipata²²².

Di certo l'universalizzazione delle tutele viene perseguita da un lato attraverso un abbassamento delle stesse, specie nell'area coperta dalla Cigs e dalla mobilità; dall'altro lato con un aggravamento dei costi a carico delle imprese, ed in parte dei lavoratori, onerati del finanziamento integrale della tutela affidata ai fondi bilaterali. Quindi si riduce la tutela di competenza del welfare pubblico, espandendo a carico delle aziende e dei lavoratori quello negoziale.

Se questa è la riforma attesa da quindici anni, si poteva attendere ancora. Non sembra azzardato ipotizzare che il quasi contestuale ridimensionamento della tutela in caso di disoccupazione involontaria e di quella pensionistica, cioè l'azzeramento dello stato sociale, con l'incremento del prelievo contributivo potrebbe produrre come effetto indiretto un incremento dell'evasione contributiva e cioè del lavoro nero, riducendosi fortemente l'interesse dei lavoratori ad un lavoro regolare nella prospettiva di poter usufruire degli ammortizzatori sociali nel corso della vita attiva e della pensione al termine di essa. Insomma per dirla in breve a che serve versare contributi se alla disoccupazione e alla pensione non ci pensa più lo Stato bensì devono farlo i diretti interessati?

²²² Nesso sottolineato anche da M. Cinelli (*op. cit.*, 32) che si chiede come possano coordinarsi incentivi all'esodo dei lavoratori "anziani", con l'innalzamento dell'età pensionistica, in prospettiva, a 70 anni.

GLI INCENTIVI ALLE ASSUNZIONI

di Domenico Garofalo – *Professore ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Bari*

Premessa

Anche per la materia degli incentivi all'occupazione può sostenersi quanto detto a proposito della riforma degli ammortizzatori sociali, e cioè che la legge n. 92/2012 formalmente non da attuazione alla delega di cui all'art. 1, comma 32, legge n. 247/2007, riproposta dall'art. 46, legge n. 183/2010 con scadenza al 24 novembre 2012, ma in qualche modo ne costituisce filiazione.

È sufficiente confrontare le norme che si vanno ad esaminare²²³ con i criteri direttivi della norma delega del 2007 per avene conferma.

I principi generali concernenti gli incentivi alle assunzioni

L'art. 4, commi da 12 a 15, fissa i principi generali in materia di incentivi alle assunzioni, validi anche per quelli previsti dagli artt. 8, comma 9, legge n. 407/1990²²⁴, 8, commi 2 e 4, nonché 25, comma 9, legge n. 223/1991, questi ultimi due finché vigenti, essendo destinati a venir meno a decorrere dal 1° gennaio 2017, in conseguenza della abrogazione dell'intera disciplina dell'indennità di mobilità [art. 2, comma 71, lett. b) ed e), legge n. 92/2012].

Il comma 12 enuncia quattro principi generali.

In primo luogo, gli incentivi non spettano se la nuova assunzione costituisce attuazione di un obbligo preesistente (*id est diritto di precedenza*), stabilito da norme di legge o della contrattazione collettiva. L'esclusione opera anche se il lavoratore avente diritto all'assunzione viene utilizzato mediante contratto di somministrazione (*lett. a*).

La puntualizzazione consegue alla previsione sub artt. 13 e 21, comma 1, lett. i), D.Lgs. n. 276/2003, secondo cui gli incentivi goduti dall'agenzia di somministrazione ridondano a vantaggio dell'utilizzatore, il che ha agevolato il diffondersi della prassi di aggirare il diritto di precedenza nella riassunzione, accordato al lavoratore licenziato per riduzione di personale nei sei mesi successivi²²⁵, attraverso la sua utilizzazione in somministrazione.

A proposito del *diritto di precedenza*, giova ricordare che lo stesso può essere di fonte legale, autonoma o convenzionale.

Ricorre il primo tipo nelle ipotesi disciplinate dall'art. 15, legge n. 264/1949, nonché dall'art. 47, comma 6, legge n. 428/1990; il secondo tipo in caso di cambio appalto, come disciplinato nel Ccnl pubblici esercizi o in quello multiservizi; il terzo e ultimo tipo nella c.d. clausola sociale, inserita nei contratti per gli appalti pubblici. Quest'ultima ipotesi non è menzionata nella norma in esame, sicché dovrebbe escludersi l'operatività della limitazione.

In secondo luogo, gli incentivi non spettano se l'assunzione viola il diritto di precedenza, stabilito dalla legge o dal contratto collettivo, alla riassunzione di un altro lavoratore licenziato o cessato da un rapporto a termine (*lett. b*).

Questo principio generale rappresenta, in un certo qual modo, l'ipotesi inversa di quella precedente, nel senso che nel primo caso la nuova assunzione non incentivabile riguarda il riservatario, mentre nel secondo caso la nuova assunzione non incentivabile avviene violando la riserva.

V'è poi una differenza tra le due ipotesi, e cioè nella seconda è menzionata, a differenza della prima, la precedenza connessa alla cessazione di un rapporto a termine, disciplinata dai commi 4-*quater*, 4-*quinquies* e 4-*sexies* dell'art. 5, D.Lgs. n. 368/2001. Rimane il dubbio se sussista ef-

²²³ Non vi sono modifiche alle norme in tema di incentivi tra gli emendamenti alla legge n. 92/2012 approvati in sede di conversione del D.L. n. 83/2012 (c.d. decreto sviluppo), con l'aggiunta dell'art. 46-*bis* (*Modifiche alla legge 28 giugno 2012, n. 92*).

²²⁴ Si segnala il msg. Inps 20 giugno 2012, n. 10378, che esclude la rilevanza del reddito risultante da indennità di disoccupazione ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione *ex art. 4, comma 1, lett. a)*, D.Lgs. n. 181/2000, lettera peraltro abrogata dall'art. 4, comma 33, lett. c), n. 1), legge n. 92/2012.

²²⁵ V. l'art. 15, comma 6, legge n. 264/1949, come modificato dall'art. 6, comma 4, D.Lgs. n. 297/2002.

fettivamente siffatta differenza, considerato che letteralmente il primo principio generale non fa menzione di tale diritto di precedenza, pur se lo stesso è riconducibile (non essendo escluso) all'espressione «obbligo preesistente» ivi utilizzata.

Tornando alla limitazione in questione, la stessa opera anche quando il datore abbia violato il diritto di precedenza di un lavoratore optando per la somministrazione senza offrire preventivamente la *chance* occupazionale al riservatario.

Anche per questa seconda ipotesi vale la considerazione fatta per la prima, e cioè che non viene richiamato il diritto di precedenza accordato nel contratto di appalto ai lavoratori della impresa uscente a carico di quella entrante.

In terzo luogo, gli incentivi non spettano se il datore di lavoro o l'utilizzatore di lavoratori somministrati abbiano in atto sospensioni dal lavoro connesse ad una crisi o riorganizzazione aziendale con due eccezioni, e cioè che l'assunzione, la trasformazione o la somministrazione siano finalizzate all'acquisizione di professionalità sostanzialmente diverse da quelle dei lavoratori sospesi, ovvero siano effettuate presso una diversa unità produttiva (*lett. c*).

Questo principio generale pone una serie di dubbi interpretativi. Il primo riguarda le causali della sospensione, venendo richiamate quelle della crisi e della riorganizzazione aziendale, e non anche quelle della ristrutturazione e della conversione aziendale; non è dato di capire se si tratta di una mera dimenticanza o di una scelta deliberata, pur se l'incongruità di questa seconda ipotesi suggerirebbe di optare per la prima.

Il secondo dubbio riguarda il significato dell'espressione «professionalità sostanzialmente diverse», dovendosi interpretare la stessa alla stregua del concetto di equivalenza professionale *ex art.* 2103 c.c., temperato dall'eventuale percorso di riqualificazione professionale svolto dal lavoratore durante il periodo di sospensione.

Il terzo dubbio riguarda, infine, il riferimento alla “diversa unità produttiva”, che dovrebbe essere individuata in base ai criteri elaborati dalla giurisprudenza in relazione all'art. 35, legge n. 300/1970.

Una sottolineatura merita l'esclusione del beneficio anche nel caso di “trasformazione” del rapporto, che, in assenza di specificazioni, dovrebbe riguardare qualsiasi ipotesi di stabilizzazione del rapporto, se *full time*, o di espansione, se *part time*.

In quarto ed ultimo luogo, gli incentivi non spettano per quei nuovi assunti che siano stati licenziati, nei sei mesi precedenti, da parte di un datore di lavoro che al momento del licenziamento presenti assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli del datore che assume, ovvero risulti con quest'ultimo in rapporto di collegamento o controllo (*lett. d*).

L'esclusione opera anche per la somministrazione ove tale collegamento sussista in capo all'utilizzatore.

Viene sostanzialmente riprodotta l'esclusione già prevista per l'assunzione dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, dall'art. 8, comma 4 *bis*, legge n. 223/1991 (che, come detto, verrà abrogato a partire dal 1° gennaio 2007) con l'unica variante dell'eliminazione dell'inciso, presente in quest'ultima disposizione, «dello stesso o di diverso settore di attività», che a ben guardare non appariva del tutto superfluo, in quanto non limitava l'esclusione alla stessa attività. Non si può escludere che nel silenzio della legge l'esclusione ceda a fronte di attività diverse, pur se svolte da società collegate o controllate o di stessa proprietà.

Norma di carattere generale è anche quella contenuta nell'art. 2, comma 37, legge n. 92/2012, secondo cui l'aliquota contributiva prevista per gli apprendisti nel precedente comma 36, conseguente all'estensione a questi ultimi dell'ASpl, «non ha effetto nei confronti delle disposizioni agevolative che rimandano, per l'identificazione dell'aliquota applicabile alla contribuzione nella misura prevista per gli apprendisti», come a dire che l'agevolazione contributiva resta fissata nella percentuale del 10%.

Come si evince dall'analisi innanzi effettuata dei “Principi generali” enunciati nel comma 12 viene perfezionato il quadro normativo nazionale in tema di “effetto incrementale”, che costituisce uno dei pilastri della regolamentazione comunitaria degli incentivi alle imprese ammessi in

deroga al generale divieto contenuto nel trattato istitutivo [REG. (Ce) n. 800/2008]. Colpisce la coniugazione al negativo prescelta dalla legge n. 92/2012 (ciascun principio esordisce con l'espressione «gli incentivi non spettano»), chiaro indice della volontà del legislatore di contrastare le pratiche elusive molto diffuse, che il solo comma 4-*bis* dell'art. 8, legge n. 223/1991 non è riuscito ad evitare.

In funzione restrittiva dell'accesso agli incentivi appare anche la previsione *sub* comma 13 secondo cui «Ai fini della determinazione del diritto agli incentivi e della loro durata si cumulano i periodi in cui il lavoratore ha prestato l'attività in favore dello stesso soggetto, a titolo di lavoro subordinato o somministrato».

Anche in questo caso traspare la chiara volontà del legislatore di contrastare pratiche elusive che hanno prodotto abusi attraverso una pluralità di assunzioni dello stesso lavoratore con contratti a termine intervallati da periodi di non lavoro, ovvero con assunzioni alternate ad utilizzazioni in somministrazione.

Il cumulo è escluso nell'ipotesi della somministrazione da parte della stessa agenzia dello stesso lavoratore, ma in favore di diversi utilizzatori, salvo che tra questi intercorrano rapporti di collegamento o controllo o ricorrano assetti proprietari sostanzialmente coincidenti (comma 13).

Di rilievo è la modifica che il successivo comma 14 apporta all'art. 8, comma 9, armonizzandolo con i principi enunciati nel comma 12. La norma originaria escludeva il beneficio dello sgravio contributivo del 50% (elevato al 100% per le imprese operanti nel Mezzogiorno e per le imprese artigiane), accordato per un triennio per l'assunzione di lavoratori disoccupati o sospesi e collocati in CIGS da almeno 24 mesi, ove l'assunzione fosse effettuata in sostituzione di lavoratori dipendenti dalle stesse imprese «per qualsiasi causa licenziati o sospesi». Quest'ultima espressione viene ora sostituita con quella «licenziati per giustificato motivo oggettivo o per riduzione del personale o sospesi».

Quindi, il limite dell'assunzione in sostituzione, che esclude l'effetto incrementale, non ha più una portata generale, ma viene circoscritto alle cessazioni per motivi economici, ovvero per ragioni dell'impresa. La novità risolve il problema, connesso al silenzio legislativo, di quanto dura il c.d. effetto sostitutivo, nel senso che quest'ultimo dovrebbe coincidere con il periodo in cui opera il diritto di precedenza. All'obiezione che esso è riconosciuto dalla disposizione del 1949 solo ai lavoratori licenziati per riduzione di personale e non anche a quelli licenziati per giustificato motivo oggettivo, si può replicare mettendo in discussione quest'ultima esclusione, specie se si considera che la norma sul diritto di precedenza è stata emanata nella vigenza della disciplina interconfederale sui licenziamenti per riduzione di personale del 1947 e nell'assenza della fattispecie del giustificato motivo oggettivo; a ciò si aggiunga che nell'operazione di avvicinamento normativo tra le due fattispecie potrebbe ben trovare cittadinanza l'estensione in via di interpretazione del diritto di precedenza anche in favore del lavoratore licenziato per soppressione di posto, come possibile manifestazione dell'obbligo del *repechage*.

In ogni caso, alla stessa soluzione si perviene in applicazione all'incentivo accordato dall'art. 8, comma 9, legge n. 407/1990 del secondo e del quarto principio generale in relazione al licenziamento e del terzo in relazione alle sospensioni, nel senso che non v'è effetto sostitutivo oltre i 6 mesi per il licenziamento e cessata la sospensione nel secondo caso.

Una ipotesi di tutela ulteriore accordata al lavoratore licenziato per motivi economici, e cioè per giustificato motivo oggettivo, è quella introdotta dalla legge n. 92/2012, in sede di modifica dell'art. 7, legge n. 604/1966, prevedendosi che se la procedura conciliativa ha esito positivo e si concorda la risoluzione consensuale del rapporto, il lavoratore ha diritto all'ASpI, e per favorirne la ricollocazione può essere affidato ad una agenzia per il lavoro per essere somministrato (art. 1, comma 40).

Resta confermata la tipologia di assunzione incentivabile che è quella a tempo indeterminato.

Infine, sempre in funzione antielusiva appare la previsione del comma 15 che sanziona con la perdita parziale dell'incentivo l'inoltro tardivo delle comunicazioni telematiche obbligatorie, inerenti l'instaurazione e la modifica di un rapporto di lavoro o la somministrazione.

Si tratta di una perdita parziale, in quanto essa riguarda il periodo compreso tra la decorrenza del rapporto agevolato e la data della tardiva comunicazione. Ovviamente l'inoltro tardivo delle comunicazioni telematiche non va confuso col lavoro nero, la cui sussistenza ricorre in caso di omessa comunicazione.

La soppressione del contratto di inserimento e la sua sostituzione con gli incentivi all'assunzione dei lavoratori anziani e delle lavoratrici

I criteri direttivi *sub* lett. b) e c) del comma 32 dell'art. unico della legge n. 247/2007 prevedono rispettivamente il miglioramento del tasso di occupazione stabile delle donne, dei giovani e degli ultracinquantenni (strategia di Lisbona) e la ridefinizione della disciplina del contratto di inserimento nel rispetto dei divieti comunitari di discriminazione diretta e indiretta, in particolare di quelli per ragione di sesso e di età.

In sostanziale attuazione di questi due criteri direttivi la legge n. 92 da un lato sopprime il contratto di inserimento; dall'altro introduce incentivi destinati in via esclusiva a donne e a lavoratori anziani.

Segue. La soppressione del contratto di inserimento

L'art. 1, comma 14 sopprime il contratto di inserimento, abrogando gli artt. da 54 a 59 del D.Lgs. n. 276/2003; ai sensi del successivo comma 15, in via transitoria e fino al 31 dicembre 2012, è possibile continuare ad utilizzare tale tipologia contrattuale. Ovviamente, è lecito chiedersi il perché di una scelta così drastica, verosimilmente adottata per scongiurare una procedura di infrazione per la non conformità, sopravvenuta, del contratto di inserimento con la disciplina del REG. (CE) n. 800/2008. Ed infatti, ci si è interrogati circa la compatibilità di tale tipologia contrattuale, strutturata sulla disciplina degli incentivi all'occupazione compatibili con il mercato comune recata dal REG. (CE) n. 2204 del 2002, espressamente richiamato dall'art. 59, comma 1, con il REG. (CE) n. 800/2008, emanato in sostituzione di quello del 2002²²⁶.

Ed infatti, si era registrato un sensibile scostamento tra le categorie di soggetti svantaggiati previste dall'art. 54, assumibili con il contratto di inserimento, e quelle previste dal REG. (CE) n. 800/2008, che al criterio dello svantaggio della sottoccupazione femminile ha sostituito quello della sottorappresentazione di genere, che in determinati settori o professioni pende più dalla parte degli uomini che non delle donne (ad esempio nel settore della moda) [art. 2, pt. 18, lett. e), REG. (CE) n. 800/2008]. Sicché il legislatore alla ridefinizione della disciplina del contratto di inserimento, prevista nella norma delega del 2007, ha preferito la sua soppressione con l'introduzione di nuovi incentivi per l'assunzione di donne e di anziani, affidando al solo apprendistato la funzione di strumento di ingresso nel mercato del lavoro.

Segue. Incentivi all'occupazione per i lavoratori anziani e per le donne

I nuovi incentivi riguardano come detto queste due categorie di svantaggiati, in linea con quanto previsto nel REG. (Ce) n. 800/2008. L'incentivo rappresentato dalla riduzione, per la durata di 12 mesi, del 50% dei contributi a carico del datore di lavoro, compete per le assunzioni effettuate a decorrere dal 1 gennaio 2013 con «contratto di lavoro dipendente», a tempo determinato anche in somministrazione, e quindi, con esclusione di qualsiasi ipotesi di rapporto di lavoro non subordinato. In caso di stabilizzazione, competono ulteriori sei mesi di sgravio, ovvero, ove l'assunzione avvenga direttamente a tempo indeterminato, il beneficio è pari a 18 mesi. Viene so-

²²⁶ V. Garofalo D., *La nozione di svantaggio occupazionale*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, 3, 569 ss.

stanzialmente riprodotta, con una misura di sgravio minore, l'ipotesi *sub* art. 8, commi 2 e 4, legge n. 223/1991 (art. 4, commi 8-11, legge n. 92/2012).

I destinatari del beneficio sono, da un lato, i lavoratori ultracinquantenni (di età non inferiore a 50 anni) disoccupati da oltre 12 mesi [art. 2, pt. 18, lett. c), REG. (CE) n. 800/2008]; dall'altro lato, le donne di qualsiasi età, prive di un impiego regolarmente retribuito per un periodo diversificato a seconda del luogo di residenza²²⁷.

Ed infatti, il periodo è di almeno 6 mesi (art. 2, pt. 18, lett. a), REG. (CE) n. 800/2008] ove le donne siano residenti in regioni ammissibili ai finanziamenti nell'ambito dei fondi strutturali U.E. *ex* REG. (CE) n. 1083/2006, ovvero nelle aree caratterizzate da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello stato membro interessato, se il lavoratore appartiene al genere sottorappresentato [art. 2, pt. 18, lett. e), REG. (CE) n. 800/2008]. Dette aree verranno annualmente individuate con decreto del Ministro del lavoro.

Viceversa, il periodo è di almeno 24 mesi, ma in questo caso a prescindere dal luogo di residenza (art. 2, pt. 19, REG. (CE) n. 800/2008).

La norma, come si vede, ha curvato a favore delle donne la gran parte dei criteri di individuazione dello svantaggio recati dal REG. (CE) n. 800/2008.

Due precisazioni vanno fatte sui criteri che rendono ammissibili le assunzioni agevolate delle donne.

La prima riguarda il significato dell'espressione «prive di un impiego regolarmente retribuito»; sicuramente possiede tale requisito non solo la donna totalmente priva di occupazione, ma anche quella impiegata in modo saltuario, precario, e cioè che, pur lavorando, non abbia perso lo stato di disoccupazione²²⁸. È da escludersi in ogni caso che l'espressione in questione possa riferirsi a lavoro nero o irregolare, ontologicamente non certificabile.

La seconda precisazione riguarda il riferimento alle "aree", nel senso che il legislatore nazionale ha sensibilmente alterato il criterio identificativo enunciato nel REG. (CE) n. 800/2008, che parla di "settori", sicché l'unico modo per rendere compatibili i due criteri è quello di individuare le aree attraverso i settori, pur se l'operazione non appare molto agevole.

Confrontando questa nuova tipologia di beneficio con quello connesso all'abrogato contratto di inserimento v'è da chiedersi se si tratta di un beneficio migliore, peggiore o di pari portata.

Sicuramente non v'è alcun miglioramento, non fosse altro perché scomparire qualsiasi apporto formativo invece presente nel contratto di inserimento, specie alla luce della disciplina dello stesso contenuta nei Ccnl. Inoltre, l'ammissibilità dello sgravio anche per assunzioni a termine di massimo 12 mesi acasuali non assicura impiego stabile, né tantomeno qualificato, non essendovi una condizione in tal senso; quindi, v'è ragione di credere che si tratta di benefici di minor favore rispetto a quelli accordati con il contratto di inserimento.

Gli incentivi eliminati

In questa operazione di generale ridimensionamento dell'apparato di incentivi all'occupazione, si inserisce la soppressione di due ipotesi, entrambe disciplinate dal D.Lgs. n. 276/2003.

La prima riguarda l'abrogazione dell'art. 23, comma 2, in tema di somministrazione, che escludeva l'obbligo della parità di trattamento di cui al comma 1, con riferimento ai contratti di

²²⁷ Ulteriore incentivo all'assunzione delle donne è previsto dall'art. 2, c. 2, D.L. n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, che, modificando l'art. 11, c. 1, lett. a), D.Lgs. n. 446/1997 accorda l'agevolazione fiscale della deduzione dalla base imponibile per il calcolo dell'Irap di euro 10.600,00, elevata ad euro 15.000,00 nel Sud.

²²⁸ La sospensione dello stato di disoccupazione è accordata ai lavoratori che abbiano intrattenuto rapporti di durata inferiore a 6 mesi, secondo la nuova formulazione dell'art. 4, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 181/2000, come modificato dall'art. 4, comma 33, lett. c) n. 3, legge n. 92/2012.

somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale, erogati a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso con Regioni, Province ed enti locali, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 13 (art. 1, comma 10, lett. c).

La seconda concerne il ridimensionamento della utilizzabilità, *ex art. 34, comma 2*, del contratto di lavoro intermittente a prescindere dall'attività («può in ogni caso essere concluso»), in quanto ai soggetti con meno di 25 anni, o con più di 45 anni, anche pensionati, si sostituiscono i soggetti con più di 55 anni, ovvero con meno di 24 anni, con il limite del 25° anno di età.

Inoltre, viene abrogata la disposizione *ex art. 37*, che prevedeva l'utilizzabilità del lavoro intermittente, con obbligo di corrispondere l'indennità solo in caso di effettiva chiamata, per prestazioni da rendersi il fine settimana, nonché nei periodi delle ferie estive e delle vacanze natalizie e pasquali [art. 1, comma 21, lett. a), n. 2) e lett. c), legge n. 92/2012].

Conclusioni

Può ritenersi confermata, quindi, l'ipotesi enunciata in premessa e cioè che sussiste un rapporto di filiazione tra le novità innanzi esaminate e i cinque criteri direttivi recati dalla norma delega, tutt'ora efficace, *sub art. unico, comma 32, legge n. 247/2007*, quanto meno con riferimento ai primi tre criteri direttivi *sub lett. a), b), c)*; nessun collegamento è possibile fare con il quinto criterio *sub lett. f)*, riferito agli Lsu.

In ogni caso si ribadisce che la legge n. 92/2012 si muove nella direzione della limitazione degli incentivi alle assunzioni, anche attraverso un inasprimento in funzione antielusiva delle condizioni per fruirne e dei divieti all'utilizzo.

POLITICHE ATTIVE E SERVIZI PER L'IMPIEGO

di Valeria Fili - *Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Udine*

Politiche attive e servizi per l'impiego: poche risorse e molte ambizioni

Per capire l'impatto della riforma Fornero (L. n. 92/2012) sulle politiche attive per il lavoro e sui servizi per l'impiego, innanzi tutto va presa in esame la disposizione racchiusa al comma 37 dell'art. 4 la quale, riferendosi alle disposizioni precedenti, cioè ai commi da 34 a 36, statuisce che «non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono con le risorse finanziarie, umane e strumentali disponibili a legislazione vigente». Ancora una volta, quindi, le riforme sono a costo zero per lo Stato e questo è il biglietto da visita della L. n. 92/2012 in tema di politiche attive e servizi all'impiego.

Sulla disposizione citata si innesta poi quella contenuta al comma 34 secondo la quale: «con accordo in sede di Conferenza unificata di cui al decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 ed in coerenza con i documenti di programmazione degli interventi cofinanziati con fondi strutturali europei è definito un sistema di premialità, per la ripartizione delle risorse del fondo sociale europeo, legato alla prestazione di politiche attive e servizi per l'impiego».

In merito alle disponibilità di spesa e di investimento in questo settore il quadro che si delinea è il seguente: 1) non si prevedono stanziamenti di risorse aggiuntive da parte dello Stato da destinare alle politiche attive e ai servizi per l'impiego; 2) le risorse finanziarie vanno cercate altrove, cioè attinte dai fondi strutturali europei; 3) dovrà essere previsto un meccanismo premiale per la ripartizione delle risorse del fondo sociale europeo tra Regioni ed enti locali. Il legislatore, nello spingere gli enti territoriali a cercare i finanziamenti a Bruxelles e non a Roma, intende anche incentivare le buone prassi e il corretto e completo utilizzo dei fondi citati, innescando un circolo virtuoso, con lotta agli sprechi e allo sperpero, e scoraggiando pericolosi meccanismi di ripartizione "a pioggia".

Il coinvolgimento della Conferenza unificata, che è composta dalla "Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano" (generalmente denominata "Conferenza Stato-regioni") e dalla "Conferenza Stato-città ed autonomie locali", ha evidentemente lo scopo di rendere compartecipi e corresponsabili di queste scelte e di questi meccanismi premiali tutti i livelli di governo del territorio coinvolti.

L'altro aspetto che colpisce subito chi si avvicina all'analisi delle disposizioni in tema di politiche attive e servizi per l'impiego contenute nella L. n. 92/2012, è che la delega della L. n. 247/2007, art. 1, comma 30, ripresa letteralmente dalla L. n. 183/2010²²⁹, viene ancora una volta integralmente riprodotta, seppur con alcune piccole modifiche, non sostanziali.

La prima modifica riguarda l'inizio del comma 30 dell'art. 1 della L. n. 247/2007 e consiste nel coinvolgimento della "Conferenza Stato-regioni", quale sede di incontro e mediazione tra posizioni contrapposte, prevedendosi lo strumento dell'«intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano» (v. art. 4, comma 48, L. n. 92/2012) quale chiave di volta della leale collaborazione tra enti territoriali; la seconda modifica riguarda la lett. a) del comma 31, sempre dell'art. 1 della L. n. 247/2007, concernente l'oggetto stesso della delega che viene esteso anche alle «politiche attive», mentre nella versione originaria [non modificata, salvo che per la tempistica, dalla L. n. 183/2010, art. 46, comma 1, lett. b)] era limitato ai «servizi per l'impiego».

²²⁹ Sia consentito il rinvio a V. Fili, *Le deleghe per il riordino della normativa in materia di servizi per l'impiego e incentivi all'occupazione*, in F. Carinci e M. Miscione (a cura di), *Il Collegato lavoro 2008. L. n. 24 dicembre 2007, n. 247*, Milano, 2008, 19 e ss.; e V. Fili, *Le deleghe in materia di servizi all'impiego, incentivi all'occupazione e lavoro femminile*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, Milano, 2011, 493-499.

Le politiche attive vengono quindi fatte entrare tra le materie delegate al Governo, cosa che spiega anche l’inserimento, sempre nel citato comma 31, di nuovi principi e criteri direttivi introdotti dall’art. 4, comma 48, L. n. 92/2012: «e-bis) attivazione del soggetto che cerca lavoro, in quanto mai occupato, espulso o beneficiario di ammortizzatori sociali, al fine di incentivarne la ricerca attiva di una nuova occupazione; e-ter) qualificazione professionale dei giovani che entrano nel mercato del lavoro; e-quater) formazione nel continuo dei lavoratori; e-quinquies) riqualificazione di coloro che sono espulsi, per un loro efficace e tempestivo ricollocamento; e-sexies) collocamento di soggetti in difficile condizione rispetto alla loro occupabilità».

Possiamo fin d’ora evidenziare che le disposizioni di cui ai commi 40 e 41 dell’art. 4 della L. n. 92/2012 sono direttamente riconducibili all’attuazione dei principi e criteri direttivi contenuti proprio nelle neo-introdotte lettere e-bis) ed e-quinquies) del comma 31 dell’art. 1, L. n. 247/2007, anche se il legislatore li considera essi stessi quali “ulteriori” principi e criteri direttivi statuendo al comma 50 dell’art. 4, L. n. 92/2012 che «deve essere assicurata l’armonizzazione degli emanandi decreti con le disposizioni di cui ai commi da 33 a 49».

Va rimarcato il fatto che vengono riaperte anche le altre due deleghe contenute sempre al comma 30 dell’art. 1 della L. n. 247/2007: quella sugli incentivi all’occupazione e quella sull’apprendistato; l’art. 4, comma 49, L. n. 92/2012, infatti dispone che «i decreti di cui all’articolo 1, comma 30, alinea, della legge n. 247 del 2007 sono adottati entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge»; il termine, per tutte e tre le deleghe, scadrà nella seconda metà di gennaio 2013.

Tornando ai servizi per l’impiego e alle politiche attive, la riapertura della delega scaduta serve fondamentalmente per consentire margini di “aggiustamento” di quanto già in opera; il fatto stesso che la L. n. 92/2012 contenga una serie di disposizioni (commi da 33 a 47 dell’art. 4) su tale materia, la dice molto sull’utilità di eventuali decreti delegati.

La scarsità delle risorse da investire nelle politiche attive e nei servizi per l’impiego stride con la mole delle incombenze che gli enti territoriali, l’Inps e lo stesso Stato dovranno effettuare al fine di erogare dei servizi efficaci per chi cerca lavoro e di sanzionare chi dovrebbe cercarlo ma non lo fa.

Servizi per l’impiego e politiche attive: i livelli essenziali delle prestazioni

Colpisce il fatto che la riforma Fornero si preoccupi di modificare la rubrica dell’art. 3 del D.Lgs. n. 181/2000; tale zelo del legislatore è piuttosto insolito, specie in considerazione dell’antico brocardo «*rubrica legis non est lex*». Comunque sia, l’art. 4, comma 33, lett. b), L. n. 92/2012, sostituisce la rubrica originaria dell’art. 3 del D.Lgs. n. 181/2000 («Indirizzi generali ai servizi competenti ai fini della prevenzione della disoccupazione di lunga durata») — rimasta tale anche a seguito della novella operata dall’art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 297/2002 — con quella di «Livelli essenziali delle prestazioni concernenti i servizi per l’impiego».

Certamente, l’espressione introdotta con la L. n. 92 risulta più in sintonia con la riforma del titolo V, parte II, della Costituzione, da un lato, citandosi letteralmente stralci della lett. m) del comma 2 dell’art. 117, dall’altro, evidenziandosi il dovere in capo alle Regioni di attuare le misure contenute nella disposizione citata proprio in quanto trattasi di quei livelli essenziali delle prestazioni che riguardano i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e che vengono individuati dal legislatore statale affinché non si creino disparità e discriminazioni tra le diverse realtà territoriali.

Fatta questa premessa, più di inquadramento sistematico che di sostanza, è interessante capire quali siano effettivamente questi livelli essenziali delle prestazioni che le Regioni, per il tramite dei loro servizi per l’impiego, devono garantire agli utenti.

L’art. 3 del D.Lgs. n. 181/2000 impone alle Regioni di definire gli obiettivi e gli indirizzi operativi delle azioni che i servizi competenti (cioè, tendenzialmente, i centri per l’impiego) devono effettuare al fine di favorire l’incontro tra domanda e offerta di lavoro e contrastare la disoccupazione di lunga durata: i disoccupati vanno sottoposti ad interviste periodiche e ad altre misure

di politica attiva secondo le modalità definite e vanno offerti loro almeno una serie di interventi (quali colloqui di orientamento e proposte di adesione ad iniziative di inserimento lavorativo o di formazione o di riqualificazione professionale o altre misure che favoriscano l'integrazione professionale), i quali rappresentano, appunto, i livelli essenziali delle prestazioni. Se nella formulazione *ante* riforma Fornero, i suddetti interventi erano precipuamente diretti agli adolescenti, ai giovani, alle donne in cerca di reinserimento lavorativo e agli altri soggetti a rischio di disoccupazione di lunga durata, il comma 33, lett. a), dell'art. 4 della L. n. 92/2012, aggiungendo altri due commi all'art. 3 del D.Lgs. n. 181/2000 si concentra sui titolari di un trattamento di sostegno al reddito.

Il comma 1-bis si preoccupa che vengano poste in essere specifiche misure di politica attiva «nei confronti dei beneficiari di ammortizzatori sociali per i quali lo stato di disoccupazione costituisca requisito», dovendosi provvedere a colloqui di orientamento, azioni di orientamento collettive, con formazione sulle modalità più efficaci di ricerca di occupazione adeguate al contesto produttivo territoriale, formazione, della durata complessiva non inferiore a due settimane, adeguata alle competenze professionali del disoccupato e alla domanda di lavoro dell'area territoriale di residenza, proposte di adesione ad iniziative di inserimento lavorativo. Il comma 1-ter è diretto agli altri beneficiari degli ammortizzatori, per i quali lo stato di disoccupazione non costituisce requisito e cioè per i «beneficiari di trattamento di integrazione salariale o di altre prestazioni in costanza di rapporto di lavoro che comportino la sospensione dall'attività lavorativa per un periodo superiore ai sei mesi», nel qual caso le misure minime individuate consistono nell'«offerta di formazione professionale della durata complessiva non inferiore a due settimane adeguata alle competenze professionali del disoccupato».

Perdita e sospensione dello stato di disoccupazione

La riforma Fornero incide anche sui principi che lo Stato pone alle Regioni per l'adozione, da parte dei servizi competenti, di procedure uniformi in materia di accertamento dello stato di disoccupazione.

In primis, l'art. 4, comma 33, lett. c), n. 1, L. n. 92/2012, abroga l'art. 4, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 181/2000, e conseguentemente lo stato di disoccupazione non si conserva più a seguito di svolgimento di attività lavorativa tale da assicurare un «reddito annuale non superiore al reddito minimo personale escluso da imposizione»; in altre parole, anche lo svolgimento di una attività lavorativa che produce un reddito annuale al di sotto di euro 8.000 nel caso di lavoro subordinato ed Euro 4800 nel caso di lavoro autonomo²³⁰, fa venir meno lo stato di disoccupazione che in precedenza veniva invece attribuito quale forma di *favor* nei confronti dei lavoratori. Si tratta di una novità molto rilevante perché la perdita dello stato di disoccupato trascina con sé anche il sostegno al reddito, determinando la perdita dell'ASpI ai sensi del comma 14 dell'art. 2 della L. n. 92/2012.

A questo punto è importante ricordare che ai sensi dell'art. 72, comma 3 del D.Lgs. n. 276/2003, come successivamente modificato, che disciplina il lavoro accessorio, «il prestatore di lavoro accessorio percepisce il proprio compenso presso il concessionario, di cui al comma 5, all'atto della restituzione dei buoni ricevuti dal beneficiario della prestazione di lavoro accessorio. Tale compenso è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato del prestatore di lavoro accessorio». In conclusione, il lavoro accessorio è l'unica tipologia di contratto di lavoro che consente di mantenere lo stato di disoccupato, in deroga all'art. 4, comma 33, lett. c), n. 1, L. n. 92/2012. Al momento in cui si scrive è già prevista una proposta

²³⁰ Si tratta delle soglie al di sotto delle quali l'ammontare della detrazione di cui all'art. 13 Tuir coincide con l'imposta medesima, di fatto azzerandola.

emendativa²³¹ secondo la quale «per l'anno 2013 prestazioni di lavoro accessorio possono essere altresì rese, in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali, fermo restando quanto previsto dal comma 3 e nel limite massimo di 3.000 euro di corrispettivo per anno solare, da percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito. L'Inps provvede a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio». La tolleranza verso il lavoro occasionale accessorio è quindi molto alta da parte del legislatore che lo contempla espressamente per i «percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito», evidentemente temendo che una eccessiva restrizione di tale tipologia contrattuale possa aumentare la fuga verso il lavoro sommerso.

In *secundis*, l'art. 4, comma 33, lett. c), n. 2), L. n. 92/2012, novella chirurgicamente all'art. 4, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 181/2000, sopprimendo i limiti "interni" legati alla durata del contratto a termine, per l'ipotesi di perdita dello stato di disoccupazione in caso di rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo (*rectius*: tramite agenzia di somministrazione); l'idea di fondo è che non si possa fare gli "schizzinosi" e rifiutare una proposta di lavoro, anche se è a termine e anche se il termine è breve. In tal modo la disposizione abrogatrice contenuta al comma 33 si lega all'inasprimento della condizionalità contenuto al comma 41 (v. *infra* § 5).

Il terzo intervento concerne l'integrale sostituzione da parte dell'art. 4, comma 33, lett. c), n. 3), L. n. 92/2012, della lettera d) dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 181/2000, come modificato dal D.Lgs. n. 297/2002; nella versione previgente si disponeva la «sospensione dello stato di disoccupazione in caso di accettazione di un'offerta di lavoro a tempo determinato o di lavoro temporaneo di durata inferiore a otto mesi, ovvero di quattro mesi se si tratta di giovani» mentre in quella attuale si elimina la differenza tra giovani e non giovani, uniformando il requisito al caso di «lavoro subordinato di durata inferiore a sei mesi».

In definitiva, la stipula di un contratto di lavoro subordinato molto "precario", con termine di durata inferiore a sei mesi, sospende anziché far perdere lo stato di disoccupazione; viceversa, appare chiaro che la stipula di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato non produce l'effetto sospensivo ma caducatorio della condizione di disoccupazione, anche nel caso in cui di fatto poi il rapporto duri meno di sei mesi.

Il citato art. 4, comma 33, lett. c), n. 3), L. n. 92/2012, va a braccetto con il comma 15 dell'art. 2 della medesima legge, il quale prevede che «in caso di nuova occupazione del soggetto assicurato con contratto di lavoro subordinato, l'indennità di cui al comma 1 è sospesa d'ufficio, sulla base delle comunicazioni obbligatorie di cui all'articolo 9-bis, comma 2, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni, fino ad un massimo di sei mesi; al termine di un periodo di sospensione di durata inferiore a sei mesi l'indennità riprende a decorrere dal momento in cui era rimasta sospesa».

Ai sensi delle norme citate lo spartiacque è pertanto dato dai sei mesi di lavoro: sotto i sei mesi, lo stato di disoccupazione e l'indennità ASpl sono sospese e riprendono a decorrere se il rapporto di lavoro cessa entro quel termine; sopra i sei mesi, si perde lo stato di disoccupato e si decade dal trattamento. A chiarimento degli effetti che si producono durante la sospensione interviene il comma 16, dell'art. 2, L. n. 92/2012, il quale dispone che «nei casi di sospensione, i periodi di contribuzione legati al nuovo rapporto di lavoro possono essere fatti valere ai fini di un nuovo trattamento nell'ambito dell'ASpl o della mini-ASpl di cui al comma 20»; la disposizione è ragionevolmente posta per consentire a chi vede sospeso il diritto al sostegno al reddito, in quanto

²³¹ Proposta emendativa 46.04 riferita al disegno di legge C- 5312, atto della Camera, di conversione in legge del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, recante misure urgenti per la crescita del Paese.

ha trovato un lavoro di breve durata, di utilizzare la contribuzione maturata in detto periodo per un futuro ulteriore ricorso all'ASpI.

Inps e servizi per l'impiego: trasparenza e scambio delle informazioni

L'art. 4, comma 35, L. n. 92/2012 dispone che «entro il 30 giugno 2013» l'Inps «predisporre e mette a disposizione» dei centri per l'impiego o degli altri organismi autorizzati o accreditati dalle norme regionali o delle Province Autonome [v. art. 1, comma 2, lett. g), D.Lgs. n. 181/2000], una banca dati telematica contenente «i dati individuali dei beneficiari di ammortizzatori sociali, con indicazione dei dati anagrafici, di residenza e domicilio, e dei dati essenziali relativi al tipo di ammortizzatore sociale di cui beneficiano».

Il successivo comma 36, sempre dell'art. 4, L. n. 92/2012, dispone che «ai fini della verifica della erogazione dei servizi in misura non inferiore ai livelli essenziali definiti ai sensi dell'articolo 3 del citato decreto legislativo n. 181 del 2000» è fatto obbligo ai centri per l'impiego o altri servizi competenti, di inserire nella banca dati di cui al comma 35, con le modalità definite dall'Inps, i dati essenziali concernenti le azioni di politica attiva e di attivazione svolte nei confronti dei beneficiari di ammortizzatori sociali.

Si tratta quindi di un dialogo tra enti competenti a gestire, sotto aspetti diversi, le sorti di chi cerca lavoro: l'Inps rende trasparenti tutti i dati dei beneficiari dei trattamenti di sostegno al reddito e i centri per l'impiego, parimenti, rendono trasparenti le misure di politica attiva che hanno realizzato nei confronti dei medesimi soggetti.

In questo contesto si inserisce il comma 37 richiamato in apertura di questo commento (v. *supra* § 1), secondo cui «dall'attuazione delle disposizioni di cui ai commi da 34 a 36 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono con le risorse finanziarie, umane e strumentali disponibili a legislazione vigente»; tale disposizione volutamente ignora le criticità (e quindi le ricadute sui costi) che la predisposizione di tale banca dati comporterà.

Sempre nella logica della condivisione delle informazioni, della trasparenza e della semplificazione, viene disposto dal comma 38, dell'art. 4, L. n. 92/2012, che «nei casi di presentazione di una domanda di indennità nell'ambito dell'ASpI» la dichiarazione di trovarsi privi di un impiego e di essere immediatamente disponibili allo svolgimento di una attività lavorativa «può essere resa dall'interessato all'Inps, che trasmette la dichiarazione al servizio competente per territorio mediante il sistema informativo di cui al comma 35 del presente articolo». Si tratta di una semplificazione molto apprezzabile per il fatto che prima della L. n. 92/2012 il soggetto disoccupato, per poter accedere all'indennità di disoccupazione, doveva compiere i due distinti adempimenti davanti a soggetti diversi: *in primis*, ottenere lo «stato di disoccupazione» [v. art. 1, comma 2, lettera c), D.Lgs. n. 181/2000] mediante presentazione presso il centro per l'impiego territorialmente competente, accompagnata da una dichiarazione, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, che attestasse l'eventuale attività lavorativa precedentemente svolta, nonché l'immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa; solo successivamente, l'interessato poteva presentare all'Inps la domanda di fruizione dell'indennità di disoccupazione. A seguito della riforma il soggetto che intende presentare domanda di indennità nell'ambito dell'ASpI, può rendere la dichiarazione necessaria per ottenere lo «stato di disoccupazione» direttamente all'Inps, cioè al soggetto competente a erogare il sostegno al reddito (v. art. 2, comma 13, L. n. 92/2012), che, a sua volta, la trasmette al centro per l'impiego territorialmente competente mediante il sistema informativo descritto al comma 35 del medesimo art. 4.

Lo scambio di informazioni e la semplificazione delle procedure tra INPS e centri per l'impiego consente ovviamente di rendere più proficua l'attività di entrambi. In tale logica di ottimizzazione delle *performance* e massimizzazione del rendimento si inserisce l'art. 4, comma 39, L. n. 92/2012, che «al fine di semplificare gli adempimenti connessi al riconoscimento degli incentivi all'assunzione» dispone che le Regioni e le Province mettano a disposizione dell'Inps, secondo modalità dallo stesso indicate, le informazioni di propria competenza necessarie per il rico-

noscimento degli incentivi all'assunzione, ivi comprese le informazioni relative all'iscrizione nelle liste di mobilità (art. 6 L. n. 223/1991) e le informazioni relative al possesso dello stato di disoccupazione e alla sua durata. La *ratio* della disposizione, decisamente apprezzabile, è sia quella di creare una sorta di “scheda informativa” per ciascun soggetto che usufruisce di un sostegno al reddito, sia di predisporre una mappatura completa delle varie situazioni territoriali, che certamente consente di studiare meglio l'andamento delle imprese e lo stato dell'occupazione al fine di poter intervenire più opportunamente sulla dinamica tra domanda ed offerta di lavoro.

Il comma 39, dell'art. 4, L. n. 92/2012, impone anche che le predette informazioni siano messe a disposizione «del Ministero del lavoro e delle politiche sociali per la pubblicazione nella borsa continua nazionale del lavoro di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni». Questa disposizione può anche essere letta come una manifestazione di sfiducia nei confronti dei centri per l'impiego o comunque dei servizi per l'impiego regionali, che fondamentalmente, vengono esautorati di questa attività potendo essere lo stesso Ministero a inserire nella borsa continua nazionale del lavoro, in via autonoma, i profili dei soggetti disoccupati. Si potrebbe forse parlare di una compressione delle competenze regionali, anche se il comma 5 dell'art. 15 del D.Lgs. n. 276/2003 è ambiguo, consentendo di ravvisare una competenza concorrente tra Stato e Regioni nella previsione che «il coordinamento tra il livello nazionale e il livello regionale deve in ogni caso garantire, nel rispetto degli articoli 4 e 120 della Costituzione, la piena operatività della borsa continua nazionale del lavoro in ambito nazionale e comunitario. A tal fine il Ministero del lavoro e delle politiche sociali rende disponibile l'offerta degli strumenti tecnici alle regioni e alle province autonome che ne facciano richiesta nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze».

Sempre nella logica della trasparenza e dell'aumento dell'efficienza dei servizi, si inserisce anche il comma 44, dell'art. 4, L. n. 92/2012, che obbliga i centri per l'impiego, o gli altri servizi competenti individuati dalle Regioni, a comunicare tempestivamente all'Inps gli eventi di cui ai commi da 40 a 43 del medesimo articolo 4, cioè quelli relativi al rispetto della “condizionalità”, al fine di consentire al citato Istituto di prendere i provvedimenti di competenza in materia di decadenza del trattamento e recupero delle somme erogate (*amplius v. infra* § 5).

Del fatto che la completezza, la tempestività e la trasparenza delle informazioni siano strategiche e propedeutiche a molte altre azioni connesse e conseguenti, è perfettamente consapevole il legislatore degli ultimi anni, il quale, da questo punto di vista, ha affinato le armi del sistema delle comunicazioni obbligatorie sia nella logica della lotta al lavoro sommerso (v. comunicazione preventiva), sia dello snellimento burocratico (v. comunicazione unica pluriefficace)²³²; la riforma Fornero, sul solco tracciato, si avvale dei risultati raggiunti in tema di comunicazioni obbligatorie — di cui all'art. 9-bis, comma 2, D.L. n. 510/1996 convertito con modificazioni in L. n. 608/1996 — e spinge per una loro sempre più rigorosa applicazione, da un lato facendone discendere la sospensione d'ufficio della ASpl (comma 15 dell'art. 2), dall'altro, condizionando al loro adempimento l'erogazione degli incentivi alle assunzioni (comma 15 dell'art. 4).

Una “condizionalità” più severa

L'art. 4 della L. n. 92/2012, ai commi da 40 a 45, inasprisce la c.d. condizionalità, nel senso che rende più severa la sanzione per mancanza di collaborazione del soggetto titolare di un trattamento di sostegno al reddito. La *ratio* è quella di evitare qualunque forma di parassitismo e incentivare la collaborazione del lavoratore affinché si “aiuti” e “non intralci” chi lo sta aiutando a trovare una nuova occupazione.

²³² V. Fili, *Gli adempimenti connessi all'instaurazione, trasformazione e cessazione dei rapporti di lavoro*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007. L. 27 dicembre 2006, n. 296*, Milano, 51.

Il comma 40 concerne i lavoratori in cassa integrazione o comunque beneficiari di trattamenti previdenziali con sospensione del rapporto di lavoro dai quali si pretende una seria e attiva collaborazione condizionando il percepimento dei sussidi alla loro partecipazione alle attività formative proposte. Si legge che «il lavoratore sospeso dall'attività lavorativa e beneficiario di una prestazione di sostegno del reddito in costanza di rapporto di lavoro», ai sensi dell'art. 3 della L. n. 92/2012, «decade dal trattamento qualora rifiuti di essere avviato ad un corso di formazione o di riqualificazione o non lo frequenti regolarmente senza un giustificato motivo». La formazione viene quindi considerata strategica²³³ per il ricollocamento del lavoratore in cassa integrazione o comunque sospeso con percezione di un trattamento previdenziale, sia per implementare e aggiornare conoscenze già acquisite, sia per finalizzare le competenze alle richieste del mercato, sia per riconvertire bagagli di conoscenze ormai obsolete o comunque poco richieste dalle imprese verso professionalità più facilmente spendibili.

Il comma 41 si occupa invece dei lavoratori disoccupati, disponendo che «il lavoratore destinatario di una indennità di mobilità o di indennità o di sussidi, la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o di inoccupazione, decade dai trattamenti medesimi, quando» il suo comportamento viene considerato non rispondente al canone della corretta e seria collaborazione ma diventa indice di un parassitismo che la legge vuole combattere; in particolare le ipotesi che vengono stigmatizzate sono due: a) il rifiuto, senza giustificato motivo, a partecipare «ad una iniziativa di politica attiva o di attivazione» proposta dai centri per l'impiego o altri servizi competenti, o la non regolare partecipazione; b) la mancata accettazione di una offerta per un lavoro inquadrato in un livello retributivo superiore almeno del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità cui ha diritto.

La logica, assolutamente condivisibile, è sempre quella di un coinvolgimento pieno del lavoratore disoccupato nella ricerca di una nuova occupazione e di un adattamento di questo anche a offerte di lavoro non particolarmente allettanti ma che comunque contribuiscono ad un suo reinserimento nel mercato.

La condizionalità delineata nei due commi citati va completata o con un elemento geografico o, in alternativa, con uno temporale; infatti le attività lavorative o di formazione o di riqualificazione di cui ai commi 40 e 41 devono svolgersi in un luogo che non dista più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore, o comunque che è raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici; in caso contrario non si avrà l'effetto della decadenza dai trattamenti in quanto il rifiuto viene ritenuto giustificato *ex lege*.

L'art. 4, comma 43, L. n. 92/2012, completa le disposizioni precedenti precisando che «nei casi di cui ai commi 40, 41 e 42, il lavoratore destinatario dei trattamenti di sostegno del reddito perde il diritto alla prestazione, fatti salvi i diritti già maturati»; in altre parole la decadenza non è retroattiva ma vale solo per il futuro.

Come già anticipato, perché questo meccanismo virtuoso funzioni (e quindi sia effettivamente virtuoso) è fondamentale la leale collaborazione tra l'Inps e i centri per l'impiego, nonché la rapida e trasparente condivisione delle informazioni in possesso di questi ultimi proprio al fine di attivare il meccanismo della condizionalità e di provvedere a sanzionare, con la immediata decadenza dai trattamenti, i comportamenti parassitari. Ecco quindi che il comma 44 prevede un obbligo in capo ai centri per l'impiego o altri servizi competenti, di comunicare tempestivamente gli eventi di cui ai commi da 40 a 43 all'Inps, affinché provveda «ad emettere il provvedimento di decadenza, recuperando le somme eventualmente erogate per periodi di non spettanza del trattamento».

²³³ Sul punto v. D. Garofalo, *La formazione professionale come antidoto contro la precarietà*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Taranto*, anno IV, Bari, 2011, 157-164.

Naturalmente, a chiusura del nuovo meccanismo della condizionalità, al comma 45 si prevede che «avverso il provvedimento di cui al comma 44 è ammesso ricorso al comitato provinciale di cui all'articolo 34 del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639.»

La condizionalità descritta dai commi da 40 a 44 della L. n. 92/2012, modifica e inasprisce quella precedentemente vigente²³⁴, che viene eliminata. Infatti l'art. 4, comma 46, L. n. 92/2012, abroga l'art. 1-quinquies, del D.L. n. 249/2004, convertito con modificazioni in L. n. 291/2004; tale ultima disposizione tratteggiava la condizionalità sia per il lavoratore sospeso in cassa integrazione guadagni straordinaria sia per il lavoratore destinatario del trattamento di mobilità ovvero dei trattamenti collegati allo stato di disoccupazione o inoccupazione, prevedendo la decadenza dai trattamenti medesimi, sia nel caso di rifiuto ad essere avviato ad un progetto individuale di inserimento nel mercato del lavoro, ovvero ad un corso di formazione o di riqualificazione o di mancata regolare frequenza, sia nel caso di mancata accettazione di un'offerta di un lavoro inquadrato in un livello retributivo non inferiore del 20 per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza.

Appare quindi evidente che la riforma incide sulla condizionalità, responsabilizzando maggiormente il lavoratore, in quanto l'asticella della giustificazione valida per il rifiuto di un'offerta di lavoro non è più posizionata al livello retributivo inferiore del 20 per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza, ma al livello retributivo superiore del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità cui ha diritto. Il parametro di riferimento per calcolare la soglia oltre la quale non è ammesso il rifiuto non è più la retribuzione di provenienza, ma il trattamento previdenziale (lordo) a cui si ha diritto.

La sostituzione della nuova e più severa condizionalità con la previgente si ha anche con l'abrogazione del comma 10 dell'art. 19 del D.L. n. 185/2008, convertito con modificazioni in L. n. 2/2009, da parte dell'art. 4, comma 47, L. n. 92/2012, che condizionando in via generale «il diritto a percepire qualsiasi trattamento di sostegno al reddito, ai sensi della legislazione vigente in materia di ammortizzatori sociali» alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro nonché al comportamento attivo e collaborativo del lavoratore, rinviava al precitato art. 1-quinquies, del D.L. n. 249/2004.

Va rilevato che l'abrogazione dell'art. 1-quinquies comporta anche quella del comma 1-bis il quale prevedeva (opportunamente) un coinvolgimento diretto delle Agenzie per il lavoro e dei datori di lavoro nella verifica sulla correttezza e buona fede del titolare di un trattamento previdenziale al fine di una eventuale decadenza dal medesimo; sulle Agenzie e sui datore non incombe quindi più l'obbligo di comunicare all'Inps «i nominativi dei soggetti che possono essere ritenuti decaduti dai trattamenti previdenziali», un passo indietro questo, anche rispetto alla delega che prevedeva proprio la «valorizzazione delle sinergie tra servizi pubblici e agenzie private» [art. 1, comma 31, lett. b), L. n. 247/2007].

²³⁴ D. Garofalo, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2005, 4, 953/975; M. Miscione, *Diritti di disoccupati e inoccupati*, in questa *Rivista*, 2007, 1150; V. Fili, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario di Diritto del lavoro*, vol. II, tomo I, a cura di C. Cester, Utet – Giuridica, Torino, 2007, 231-233.

“GLI ESAMI NON FINISCONO MAI”: LE POLITICHE PER L'OCCUPABILITÀ PASSANO PER L'APPRENDIMENTO PERMANENTE E LA CERTIFICAZIONE DELLE COMPETENZE

di Vincenzo De Michele - *Avvocato in Foggia*

Un intervento normativo auspicato da più fronti

La parte conclusiva dell'articolo della riforma “Fornero”, dedicata al tema della formazione permanente specificamente finalizzata al reinserimento socio-lavorativo dei cittadini nell'era della flessibilità in uscita, sembra rispondere alle esigenze manifestate da tempo da una parte della dottrina, dalle forze sociali e soprattutto dalle Istituzioni comunitarie. Sull'esigenza di promozione del *lifelong learning* nel nostro Paese si sono sviluppate, infatti, le inattese “convergenze parallele” di forze sindacali, economiche ed istituzionali, le cui visioni assiologiche del mercato del lavoro, pur differenti tra loro, risultano in questo senso evidentemente confluenti.

L'interesse del versante sindacale al tema dell'educazione permanente, quale “riferimento concettuale”, “asse culturale ed operativo” e “griglia interpretativa della realtà” non è recente²³⁵ ed è fondato sul principio del «superamento della prospettiva scuola-centrica e sequenziale (studio prima, lavoro poi) e (sul)l'affermazione che il fatto educativo si realizza in ogni luogo ed è un processo che accompagna l'uomo in ogni sua età»²³⁶.

Nel gennaio 2010, la CGIL ha presentato in Parlamento una proposta di legge di iniziativa popolare sul diritto all'apprendimento permanente²³⁷, strutturata in 12 articoli, che aveva raccolto oltre 130 mila firme a proprio sostegno. La proposta affermava l'apprendimento permanente come diritto di ogni persona, meritevole d'essere promosso e garantito dallo Stato, mediante l'attuazione di politiche *ad hoc*, e concludeva riconoscendo il diritto del cittadino alla certificazione delle competenze acquisite, da registrare nel Libretto formativo del cittadino, già istituito dal D.Lgs. n. 276/2003.

Con una lettera inviata al Presidente della Commissione Lavoro della Camera²³⁸, nello stesso anno, le tre Confederazioni maggiormente rappresentative, in maniera unitaria, avevano richiesto:

- che fosse prontamente approvata una legge organica sull'apprendimento permanente;
- lo stanziamento di finanziamenti adeguati al fine di promuovere l'inclusione formativa degli adulti;
- l'ampliamento e il potenziamento dei permessi e congedi formativi;
- la definizione di *standard* nazionali per l'ampliamento e il potenziamento di questi ultimi;
- la definizione di *standard* nazionali per l'accreditamento delle strutture “non formali”;
- la costituzione di un sistema nazionale delle certificazioni delle competenze che potesse garantire ad ogni cittadino il riconoscimento delle competenze comunque acquisite;
- l'individuazione, infine, dei soggetti su cui prioritariamente finalizzare gli interventi.

Il dialogo delle Parti sociali con le Istituzioni è proseguito anche nella fase d'approvazione della legge 92/2012, come dimostra la lettera, sottoscritta da tutte le sigle sindacali²³⁹, nella quale le stesse esprimevano il proprio vivo auspicio nel “varo, in tempi rapidi, di un provvedimento all'altezza dei fabbisogni”.

²³⁵ V., in merito, il convegno organizzato dall'IRES-CGIL a Roma il 9 e il 10 aprile 1981.

²³⁶ L. Calcerano, *Interventi formativi del sindacato ed educazione permanente (a proposito del convegno organizzato dall'IRES-CGIL a Roma il 9 e il 10 aprile 1981)*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 4-5, 360.

²³⁷ Proposta di legge di iniziativa popolare “Diritto all'apprendimento permanente”, promossa da CGIL, FLC, SPI e AUSER.

²³⁸ Ne dà conto I. Giussani, *Segnalazioni e documenti*, in *www.noteinformative.it*, 31 maggio 2010, 4-5.

²³⁹ La lettera è reperibile in *www.flccgil.it*.

A livello sopranazionale, il principio di un'istruzione durante l'intero arco della vita è apparso negli anni novanta in una serie di testi ufficiali della Commissione europea, dell'OCSE, dell'UNESCO e del G8, quale risposta ai cambiamenti strutturali economici ed occupazionali che hanno interessato l'Occidente. In particolare, in ambito comunitario, il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000²⁴⁰ ha riconosciuto l'istruzione, la formazione e l'occupabilità come parti integranti delle politiche economiche e sociali dell'Europa. Nello stesso anno, la Commissione pubblicava il Memorandum sull'istruzione e la formazione permanente, che adottava tra gli obiettivi dell'apprendimento permanente non solo profili meramente economico-occupazionali, ma anche la cittadinanza attiva, la realizzazione personale e l'inclusione sociale, cui seguì la Comunicazione del 21 novembre 2001, intitolata "Realizzare uno spazio europeo dell'apprendimento permanente".

Seguirono negli anni successivi la Dichiarazione di Copenaghen sulla cooperazione avanzata europea nell'istruzione e formazione professionale, il Comunicato di Maastricht del 14 dicembre 2004 e quello di Helsinki del 4-5 dicembre 2006²⁴¹. Seguì, soprattutto, però, nell'attuazione delle linee di indirizzo del Consiglio di Lisbona, la Raccomandazione del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 sulla costituzione del Quadro europeo sulle qualifiche per l'apprendimento permanente²⁴².

Come noto, le Raccomandazioni non hanno natura vincolante, pur dovendo il giudice nazionale tenerne conto, sebbene non siano del tutto prive di effetti giuridici, essendo dovere del giudice nazionale tenerne conto «in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»²⁴³.

Le indicazioni della Raccomandazione, dunque, sono comunque utili agli interpreti: è il caso delle nozioni contenute nell'Allegato I alla Raccomandazione del 23 aprile 2008, secondo un metodo definitorio proprio del diritto comunitario, anche se ormai consueto anche nell'ordinamento interno. La Raccomandazione distingue, infatti, tra "qualifica", "conoscenze" e "competenze", attribuendo alla prima il significato di risultato del processo di valutazione attribuito da un'autorità competente, alla seconda il risultato dell'assimilazione attraverso l'apprendimento, alla terza la capacità di utilizzare le conoscenze acquisite.

La Raccomandazione invita, peraltro, gli Stati membri ad "usare il Quadro europeo delle qualifiche come strumento di riferimento delle qualifiche dei diversi sistemi delle qualifiche", a "promuovere sia l'apprendimento permanente sia le pari opportunità nella società basata sulla conoscenza", a "rapportare i loro sistemi nazionali delle qualifiche al Quadro europeo delle qualifiche entro il 2010", ad "adottare un approccio basato sui risultati dell'apprendimento nel definire e descrivere le qualifiche e di promuovere la convalida dell'apprendimento non formale e formale", facendo salvo il diritto della Commissione di valutare, in collaborazione con gli Stati membri, lo stato d'attuazione delle indicazioni contenute nella Raccomandazione, al dichiarato fine di "favorire la mobilità transnazionale dei lavoratori e dei discenti e contribuire a far fronte alle esigenze dell'offerta e della domanda sul mercato europeo del lavoro"²⁴⁴.

Le politiche messe in atto da numerosi Stati dell'Unione, costantemente monitorate dalle Istituzioni comunitarie per il tramite del CEDEFOP (Centro europeo per lo sviluppo della forma-

²⁴⁰ Consiglio dell'Unione europea, Conclusioni della Presidenza, Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000.

²⁴¹ Per un riepilogo delle politiche europee sull'apprendimento permanente, v. E. Léonard, E. Perin, *Formazione permanente e partnership sociale: un approccio comparato in dodici paesi europei*, 2009, 3, specc. 717-720.

²⁴² Raccomandazione 2008/C 111/01.

²⁴³ CGCE, Sent. "Grimaldi", 13 dicembre 1989, causa C-322/88, in *Riv. dir. internaz.*, 1990, p. 395.

²⁴⁴ Considerando n. 1.

zione professionale) sono state complessivamente giudicate positivamente dall'Europa²⁴⁵ che, però, ha anche evidenziato la necessità di far di più e meglio per l'alfabetizzazione di ragazzi e migranti e per i gruppi svantaggiati.

L'Italia è sempre apparsa indietro rispetto agli altri Paesi europei sul tema della formazione continua²⁴⁶, le cui risorse derivano quasi esclusivamente dallo 0,30% del monte salari che le imprese devono versare all'INPS per costituire il contributo nazionale al Fondo sociale europeo (ex l. 236/1993), che, dal 2002, in attuazione di quanto previsto dall'art. 118 l. n. 388/2000, può essere versato dalle imprese a fondi interprofessionali autorizzati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali e gestiti congiuntamente dalle parti sociali²⁴⁷.

Sino alla riforma "Fornero", l'ordinamento era in ritardo anche sul tema della validazione dell'apprendimento, rispetto al quale l'unico intervento normativo di un certo rilievo risaliva al 2003, e cioè alla c.d. Riforma "Biagi", con la quale si introduceva lo strumento del Libretto formativo del cittadino²⁴⁸ (poi meglio definito con un *format* comune nazionale dal Decreto Interministeriale del 10 ottobre 2005), con la finalità di raccogliere, sintetizzare e documentare le diverse esperienze di apprendimento dei lavoratori nonché le competenze da essi comunemente acquisite²⁴⁹, e che però, nonostante la sperimentazione realizzata in alcune Regioni²⁵⁰, non sembra aver incontrato il successo sperato.

Qualche anno dopo (maggio 2009) è stata la volta del Libro Bianco sul futuro del modello sociale²⁵¹, che enfaticamente ha incluso l'apprendimento continuo, unitamente a salute e sicurezza e all'equa remunerazione tra i tre diritti fondamentali del lavoro²⁵², e che ha evidenziato: «i lavoratori – e ancor più le lavoratrici – in età avanzata sono spesso indotti a un abbandono precoce del lavoro regolare anche in conseguenza della struttura rigida della retribuzione. Nel complesso, è

²⁴⁵ Cfr. Relazione congiunta 2010 del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del programma di lavoro "Istruzione e formazione 2010".

²⁴⁶ Per un interessante prospetto comparatistico tra i principali Paesi europei sulla validazione dell'apprendimento, v. L. Rustico, *Validazione dell'apprendimento non formale e informale*, in www.adapt.it, 18 febbraio 2010. Per un approfondimento della comparazione, invece, con l'ordinamento francese, v. L. Rustico, *Nuove finalità, strumenti e mezzi per la formazione permanente: l'apprendimento come diritto individuale*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 4, 1177-1181.

²⁴⁷ Sul punto cfr. gli atti del Convegno "Stati generali della Conoscenza – 10 proposte per il diritto all'apprendimento permanente", organizzato a Milano il 12 ottobre 2011 da Agenquadri, Auser, Cgil, Edaforum, Flc Cgil, Proteo Fare Sapere e Spi Cgil, in www.cgil.it, nonché A. Bulgarelli, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte ed evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, 1, 8-9, il quale pone anche in evidenza le forti difficoltà di accesso delle piccole e medie imprese, specie del Mezzogiorno, e dei lavoratori più deboli, ai fondi destinati alla formazione dal Fondo sociale europeo.

²⁴⁸ Di seguito, la definizione fornita dall'art. 2, comma 1, lett. i) D.Lgs. n. 276/2003: ««libretto formativo del cittadino»: libretto personale del lavoratore definito, ai sensi dell'accordo Stato-Regioni del 18 febbraio 2000, di concerto tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, previa intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni e sentite le parti sociali, in cui vengono registrate le competenze acquisite durante la formazione in apprendistato, la formazione in contratto di inserimento, la formazione specialistica e la formazione continua svolta durante l'arco della vita lavorativa ed effettuata da soggetti accreditati dalle regioni, nonché le competenze acquisite in modo non formale e informale secondo gli indirizzi della Unione europea in materia di apprendimento permanente, purché riconosciute e certificate».

²⁴⁹ L'art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 167/2011 onera il datore di lavoro che assuma un apprendista a registrare sul libretto la formazione effettuata e la qualifica professionale eventualmente acquisita.

²⁵⁰ Sulla sperimentazione del libretto formativo del cittadino in 13 Regioni italiane v. le considerazioni di E. Perulli, *Libretto formativo del cittadino: nota sulla attuale operatività*, in www.adapt.it, 10 febbraio 2010.

²⁵¹ Libro bianco sul futuro del modello sociale "La vita buona nella società attiva", consultabile in www.lavoro.gov.it.

²⁵² *Retro.*

diffusamente assente l'opportunità di percorsi di continuo apprendimento a causa delle caratteristiche autoreferenziali della offerta formativa e della insufficiente valorizzazione dell'impresa quale luogo più idoneo all'aggiornamento delle competenze»²⁵³.

Le soluzioni ventilate nel Libro Bianco, che secondo alcuni offriva un'occasione "storica" al Paese per un cambio di mentalità nelle relazioni sindacali e di lavoro²⁵⁴, vertevano fondamentalmente su tre linee di riforma del sistema tradizionale di formazione:

- considerazione del lavoro quale parte essenziale del percorso educativo delle persone;
- valutazione dell'impresa quale contesto più idoneo per lo sviluppo delle professionalità;
- certificazione formale delle effettive conoscenze, competenze ed esperienze dei lavoratori, "a prescindere dai corsi frequentati che possono al più costituire mezzo e non prova per l'acquisizione di esse".

Mentre per i sostenitori dell'apprendimento permanente quest'ultimo avrebbe funzioni quasi taumaturgiche per i lavoratori²⁵⁵, sembra in verità che l'idea di fondo dell'Esecutivo fosse fondata sul postulato economico, secondo cui una parte rilevante della disoccupazione risulta imputabile al *mismatch* tra le professionalità richieste dal mondo delle imprese e le conoscenze dimostrabili dai lavoratori, con la conseguente necessità di approntare un sistema di formazione continua per i lavoratori espulsi dal mercato del lavoro, in considerazione peraltro della necessità di facilitare la transizione da un'occupazione a un'altra in un mercato del lavoro con basse barriere all'uscita.

Il Libro Bianco suggeriva di porre al centro delle politiche dell'occupazione un sistema integrato di qualifiche, «che non comprendano solo quelle legate ai percorsi formali e ai titoli di studio, ma siano anzi sempre più in sintonia con i sistemi di inquadramento professionale e le mansioni contemplate dai contratti collettivi»²⁵⁶.

Centrale, secondo il Libro Bianco, «è la valenza educativa e formativa del lavoro – di tutte le esperienze di lavoro – che si esalta attraverso una integrazione sostanziale tra i sistemi educativi e formativi e il mercato del lavoro valorizzando modelli di apprendimento in assetto lavorativo (come il contratto di apprendistato) che possono consentire non soltanto la professionalizzazione (l'apprendimento di un mestiere), ma anche la acquisizione di titoli di studio di livello secondario o terziario compresi i dottorati di ricerca»²⁵⁷.

In realtà, tale ultima possibilità è stata espressamente prevista dal legislatore, allorché, con la legge 133/2008²⁵⁸ (nel modificare l'art. 50 D.Lgs. n. 276/2003), ha legittimato assunzioni con contratto di apprendistato anche per il conseguimento dei dottorati di ricerca. La norma è stata successivamente, come noto, incorporata nel Testo unico dell'apprendistato²⁵⁹ che, all'art. 5 ripropone tale opportunità.

Il secondo auspicio del Libro Bianco – la realizzazione di un sistema di validazione delle competenze –, sembra, invece, esser stato realizzato, con notevole ritardo, solo quattro anni dopo, nei commi 51-61 e 64-68 dell'articolo 4 della legge n. 92/2012, in commento.

²⁵³ *Retro.*

²⁵⁴ L. Rustico, M. Tiraboschi, *Formazione: un cambio di paradigma*, in *www.adapt.it*, 16 dicembre 2009.

²⁵⁵ Cfr. A. Bulgarelli, *op. cit.*, p. 3, secondo cui "nel paradigma del *lifelong learning* la persona è posta al centro del percorso di apprendimento; la formazione concorre al benessere degli individui, intesi sia come cittadini che come lavoratori. Sempre più è infatti evidente anche in Europa la correlazione positiva tra dotazione del capitale umano delle persone, incremento delle probabilità di occupazione (occupabilità) e di mobilità professionale (adattabilità) e crescita dei redditi da lavoro".

²⁵⁶ *Retro.*

²⁵⁷ *Retro.*

²⁵⁸ Il riferimento è all'articolo 23, commi 3 e 4, del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in sede di conversione.

²⁵⁹ D.Lgs. 14 settembre 2011, n. 167.

Il testo normativo: definizioni, politica del diritto e rinvio alla successiva legislazione delegata

L'articolato (art. 4, comma 51) si apre con l'enunciazione di principio secondo cui quanto il legislatore prevede sarebbe "in linea con le indicazioni dell'Unione europea", con ciò evidentemente riferendosi alla Raccomandazione del 23 aprile 2008 e agli auspici delle Istituzioni, più volte manifestatisi nel corso degli anni. Segue, poi, secondo un già evidenziato modello normativo di stampo "europeo", un'elencazione definitoria delle nozioni di apprendimento permanente – intesa come «qualsiasi attività intrapresa dalle persone in modo formale, non formale e informale, nelle varie fasi della vita, al fine di migliorare le conoscenze, le capacità e le competenze, in una prospettiva personale, civica, sociale e occupazionale» –, di apprendimento formale²⁶⁰, non formale²⁶¹ e informale²⁶², distinte a seconda che la formazione sia derivata al cittadino dall'essere stato incluso nel sistema di istruzione e formazione, dalle sue scelte intenzionali al di fuori di tale sistema, ovvero, anche a prescindere da una scelta intenzionale, dallo svolgimento delle proprie ordinarie attività quotidiane, non solo lavorative.

Le politiche da attuare in tema di apprendimento permanente saranno determinate a livello nazionale di concerto con le regioni e le parti sociali e dovranno condurre al riconoscimento del bagaglio culturale e professionale accumulato dai cittadini e dai lavoratori nella loro storia personale e professionale, da documentare attraverso la realizzazione di un sistema informativo unico, caratterizzato da codifiche uniformi e standard condivisi²⁶³, nella cui attuazione sarà importante non "burocratizzare" la certificazione dell'apprendimento informale e non formale, ma al contrario cercare di valorizzarlo, prevedendo la possibilità di acquisire facilmente qualifiche spendibili sul mercato del lavoro anche attraverso canali diversi da quelli istituzionali.

I primi commentatori hanno immediatamente messo in luce un'ambiguità nella definizione di apprendimento formale in cui, da una parte non si menziona l'impresa tra i soggetti chiamati a concorrere alla formazione "istituzionale", dall'altra si richiama integralmente il Testo unico sull'apprendistato, che ammette l'alternanza di momenti formativi esterni ed interni all'impresa, fino a ritenere, sulla scorta dei lavori preparatori, che si sia trattato di una scelta «di merito e non solo di forma poiché, nella versione del disegno di legge presentata al Senato, la platea dei soggetti chiamati a concorrere alla formazione dell'offerta di apprendimento formale era più diversificata, comprendendo anche enti di formazione accreditati dalle Regioni, Parti sociali e fondi Interprofessionali», potendosi immaginare «che l'esclusione di questi soggetti nel testo approvato e passato alla Camera sia (...) legata alla volontà di riaffermare il primato delle istituzioni educative scolastiche ed universitarie nel campo dell'apprendimento formale»²⁶⁴.

²⁶⁰ Ai sensi del comma 52 dell'art. 4 «per apprendimento formale si intende quello che si attua nel sistema di istruzione e formazione e nelle università e istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica, e che si conclude con il conseguimento di un titolo di studio o di una qualifica o diploma professionale, conseguiti anche in apprendistato a norma del testo unico di cui al decreto legislativo 14 settembre 2001, n. 167, o di una certificazione riconosciuta».

²⁶¹ Ai sensi del comma 53 dell'art. 4, «per apprendimento non formale si intende quello caratterizzato da una scelta intenzionale della persona, che si realizza al di fuori dei sistemi indicati al comma 52, in ogni organismo che persegua scopi educativi e formativi, anche del volontariato, del servizio civile nazionale e del privato sociale e nelle imprese».

²⁶² Ai sensi del comma 54 dell'art. 4, «per apprendimento informale si intende quello che, anche a prescindere da una scelta intenzionale, si realizza nello svolgimento, da parte di ogni persona, di attività nelle situazioni di vita quotidiana e nelle interazioni che in essa hanno luogo, nell'ambito del contesto di lavoro, familiare e del tempo libero».

²⁶³ Così, la relazione illustrativa al d.D.L., pag. 22.

²⁶⁴ G. Bertagna, L. Casano, M. Tiraboschi, *Apprendimento permanente e certificazione delle competenze: l'ennesima occasione mancata?*, in (a cura di) P. Rausei, M. Tiraboschi, *Lavoro: una riforma sbagliata*, Adapt University Press, 2012, 322. Esprimono una diversa opinione G. Gioli, L. Petruzzo, *Apprendimento*

(segue)

Per rispondere all'interrogativo se, nella nozione di apprendimento formale rientri o meno la formazione in apprendistato all'interno delle imprese, si possono richiamare alcuni documenti comunitari che avevano fornito una definizione di apprendimento formale, vale a dire il citato Memorandum del 2000, secondo cui è apprendimento formale, quello che "si svolge negli istituti d'istruzione e di formazione e porta all'ottenimento di diplomi e di qualifiche riconosciute", e la Comunicazione della Commissione del 2001, per cui è tale "l'apprendimento erogato tradizionalmente da un'istituzione di istruzione o formazione, strutturato (in termini di obiettivi di apprendimento e tempi o risorse per l'apprendimento) e sfociante in una certificazione", oltre che "intenzionale dal punto di vista del discente".

Da tali definizioni, sembra doversi concludere che per apprendimento formale si sia sempre inteso quello derivante al cittadino dall'aver seguito corsi d'istruzione o formazione strutturati: pare, pertanto, che l'acquisizione, mediante l'espletamento delle tre note forme di apprendistato²⁶⁵, di una qualifica professionale, di un diploma di istruzione secondaria superiore, di titoli di studio universitari e dell'alta formazione, possa rientrare nella nozione comunitaria di apprendimento formale.

Occorre interrogarsi, in realtà, con riferimento alle definizioni fornite dalla legge, in merito alla loro effettiva portata precettiva, in considerazione del fatto che dalle nozioni utilizzate non sembrano conseguire – quantomeno nell'immediato – particolari effetti normativi, mentre è presto per affermare quali saranno i reali contenuti dei decreti legislativi, delegati dai commi da 58 a 61 (nei quali si rinvergono criteri direttivi che si rifanno esplicitamente anche ai parametri europei²⁶⁶), che avranno ad oggetto le procedure di validazione e di riconoscimento delle forme di apprendimento diverse da quelle formali.

Il comma 55 rimette, peraltro, seppure attraverso un "generico e fumoso riferimento"²⁶⁷, a uno più decreti legislativi, che saranno frutto di un'intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni, la definizione degli "indirizzi per l'individuazione di criteri generali e priorità per la promozione e il sostegno alla realizzazione di reti territoriali", che comprenderanno l'insieme dei servizi di istruzione, formazione e lavoro, che dovranno essere messi in comunicazione al fine di favorire "la crescita economica, l'accesso al lavoro dei giovani, la riforma del *welfare*, l'invecchiamento attivo, l'esercizio della cittadinanza attiva, anche da parte degli immigrati".

Alla creazione delle reti territoriali, che avranno la funzione di porre allo stesso tavolo gli agenti della formazione e gli attori del mercato del lavoro, la legge chiama a partecipare direttamente le università, le imprese, attraverso le organizzazioni datoriali, le Camere di Commercio e l'Osservatorio sulla migrazione interna istituito con D.M. dell'11 dicembre 2009²⁶⁸.

La legge, dunque, sembra voler richiamare l'attenzione di tutti gli attori sociali sul tema del disallineamento tra le competenze acquisite dai lavoratori e le esigenze delle imprese, anche se nella vasta rete di soggetti che saranno chiamati a partecipare spicca l'assenza delle organizzazioni sindacali. Le parti sociali verranno "sentite", infatti, unicamente per l'individuazione dei "crite-

permanente e competenze nella riforma del lavoro, in (a cura di) P. Rauseri, M. Tiraboschi, *Lavoro: una riforma a metà del guado*, Adapt University Press, 2012, 219, secondo cui "il legislatore guarda con occhio attento anche all'azienda come sede formativa, nonostante il rischio di una "deriva aziendalistica" e di un elevato onere che potrebbe scoraggiare l'imprenditore non – formatore o, quantomeno, non organizzato per ricoprire tale ruolo, dal formare i lavoratori".

²⁶⁵ Ex artt. 3, 4 e 5 D.Lgs. n. 167/2011.

²⁶⁶ La lett. g) del comma 58, nel riferirsi ai processi di validazione dell'apprendimento, fa un esplicito richiamo ai "livelli e ai sistemi di referenziazione dell'Unione europea".

²⁶⁷ G. Bertagna, L. Casano, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 323.

²⁶⁸ L'Osservatorio, istituito in attuazione dell'art. 2, comma 554, lett. b), l. n. 224/2007, assolve al compito di monitorare ed analizzare i fenomeni di migrazione che avvengono all'interno del territorio nazionale e di individuare tutte le iniziative e le scelte utili a governare il processo di mobilità dal sud verso il nord del Paese e a favorire i percorsi di rientro.

ri generali e priorità per la promozione e il sostegno alla realizzazione” delle reti, e a questo riguardo la norma è stata già aspramente criticata, in quanto il richiamo delle parti sociali sembra solo rituale (e peraltro, si accompagna al “principio di sussidiarietà” e al “rispetto delle competenze di programmazione delle regioni”), mentre sono estromessi dalla “concertazione” su questo tema gli Enti bilaterali e i Fondi interprofessionali per la formazione continua²⁶⁹.

La già citata intesa, che non potrà gravare in alcun modo in termini economici sulle finanze pubbliche, avrà prioritariamente come obiettivo il sostegno alle persone nei percorsi di apprendimento formale, non formale ed informale, il riconoscimento di crediti formativi e la certificazione degli apprendimenti comunque acquisiti, nonché la fruizione di servizi di orientamento lungo tutto il corso della vita.

Infine, la riforma “Fornero” si preoccupa, ai commi da 64 a 68 dell’art. 4, di delineare un sistema pubblico di certificazione delle competenze - cioè, utilizzando la nozione presente nella Raccomandazione del 23 aprile 2008, delle capacità di utilizzare le competenze acquisite attraverso l’apprendimento -, fondato su *standard* minimi omogenei sul territorio nazionale, prevedendo che la certificazione delle competenze acquisite nei contesti formali, non formali ed informali sia un “atto pubblico” finalizzato a garantire la trasparenza e il riconoscimento degli apprendimenti, e che conduce al rilascio al cittadino di un certificato, un diploma o un titolo che documenti formalmente l’accertamento e la convalida realizzati da un ente pubblico o da un soggetto accreditato o autorizzato.

Il procedimento delineato dal legislatore, pertanto, com’è stato notato²⁷⁰, prevede tre fasi: l’individuazione delle competenze della persona, la validazione da parte di enti pubblici o privati (scuole, università, imprese, camere di commercio, associazioni datoriali) e la certificazione ad opera dell’ente pubblico, attraverso un “atto pubblico”, e cioè, evidentemente, ai sensi dell’art. 2699 c.c., attraverso un “documento redatto, con le richieste formalità” da un pubblico ufficiale “autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l’atto è formato”.

La novella si preoccupa di individuare anche quali saranno le competenze certificabili, definendole come “un insieme strutturato di conoscenze e di abilità, acquisite nei contesti di cui ai commi da 51 a 54”, vale a dire quelle acquisite attraverso le diverse forme di apprendimento riconosciute dalla legge. Viene specificato, peraltro, che tali competenze saranno spendibili anche come crediti formativi, e che ciò varrà anche per gli apprendimenti non formali e informali, se sottoposti a validazione attraverso le procedure previste dai decreti legislativi che attueranno la delega contenuta nei commi da 58 a 61 dell’art. 4.

Saranno istituiti, infine, dei repertori a livello nazionale o regionale, riconosciuti ed accessibili a tutti, in cui verranno raccolti tutti gli *standard* delle qualificazioni e competenze certificabili, mentre spetterà sempre al già citato decreto legislativo la definizione degli *standard* di certificazione delle competenze e dei relativi servizi, i criteri per la definizione e l’aggiornamento, almeno ogni tre anni, del repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali e le modalità di registrazione delle competenze certificate, anche con riferimento al libretto formativo del cittadino²⁷¹.

Si ipotizza, dunque, un complesso sistema di certificazione delle competenze, formali e informali, che dovrà condurre, nelle intenzioni del legislatore, all’attribuzione ad ogni cittadino lavoratore di una qualifica, che possa essere spendibile sul mercato del lavoro, onde ridurre il mancato raccordo tra domanda e offerta di lavoro.

²⁶⁹ G. Bertagna, L. Casano, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 325.

²⁷⁰ G. Bertagna, L. Casano, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 326.

²⁷¹ È stato sostenuto a questo proposito che la novella potrebbe garantire una concreta applicabilità e un concreto utilizzo dello strumento, attraverso la previsione di *standard* minimi nazionali con riguardo alle procedure di certificazione e validazione delle informazioni in esso contenute: così, p. E. Petrilli, *L’apprendimento permanente*, in (a cura di) P. Stern, *Lavoro, famiglia e categorie deboli*, Maggioli, 2012, 63.

Il rischio, che i primi commentatori hanno già ravvisato, è, però, per un versante, quello di riproporre “la metafora dei pezzi di carta”, “che aprirebbe la strada a un pericoloso formalismo”²⁷², per l’altro di aprire il varco a un vasto contenzioso di quei lavoratori che, a fronte di una certificazione pubblica attestante un proprio sapere pratico appreso sul lavoro, siano inquadrati e siano adibiti a mansioni differenti dal proprio attuale datore di lavoro.

Conclusivamente, si può evidenziare che gli annotati interventi in materia di apprendimento permanente e di certificazione delle competenze attestino e “certifichino”, quanto meno, il fallimento delle politiche di decentramento agli enti locali dei servizi per l’impiego e l’occupazione dal D.Lgs. n. 469/1997 fino all’attualità, soprattutto (ma non soltanto) nelle Regioni dell’Obiettivo 1, dolosamente responsabili della mancata utilizzazione delle cospicue risorse dei fondi strutturali europei sulla formazione permanente e continua, fino a costringere l’europaista Monti a recuperare la centralità statale nella funzione regolamentare governativa, utile solo a tentare di calmierare i mercati finanziari ma insufficiente a guidare un mercato del lavoro nazionale che, di fatto, non esiste più.

²⁷² G. Bertagna, L. Casano, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 327.

LA DELEGA SULLA PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI: VERSO UN NUOVO MODELLO DI RELAZIONI INDUSTRIALI?

di Emanuele Menegatti - *Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università di Bologna*

Un nuovo coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa in "stile" più europeo

Nel corso del dibattito parlamentare sul disegno di legge presentato dal Governo, è stata approvata una delega al Governo ad emanare, entro nove mesi, uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa; delega rifluita ai commi 62 e 63 dell'art. 4 del testo della legge n. 92/2012. Si tratta di un disegno di revisione a trecentosessanta gradi dell'istituto della partecipazione, *ivi* intesa nel senso ampio di cui al concetto di origine comunitaria di *employee involvement*: «qualsiasi meccanismo, *ivi* comprese l'informazione e la consultazione e la partecipazione mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito della società»²⁷³.

Viene, così, in rilievo un campionario ampio di prassi partecipative, da quelle più tradizionali, e meglio note al nostro ordinamento, dell'informazione e della consultazione²⁷⁴, a quelle più pregnanti degli organismi misti di controllo e verifica delle scelte aziendali, fino al modello della cogestione alla tedesca, senza tralasciare il peculiare aspetto della partecipazione finanziaria. Un quadro normativo, quello che si va, dunque, delineando con le norme di delega in commento, perfettamente in linea con l'impostazione scelta dal legislatore comunitario, intesa a mettere a disposizione degli attori delle relazioni sindacali una pluralità di modelli partecipativi, di intensità variabile, al fine di consentire l'adozione delle migliori prassi in relazione allo specifico contesto aziendale²⁷⁵.

Indubbiamente, quello che s'intende realizzare con la delega sulla partecipazione è un cambio di marcia del nostro sistema di relazioni industriali²⁷⁶. Un cambio che, se mai approderà a risultati concreti, potrebbe forse rappresentare lo strumento più incisivo ed anche rivoluzionario, contenuto nelle previsioni della legge n. 92/2012, messo a disposizione delle imprese per l'uscita dalla crisi²⁷⁷. È opinione condivisa, infatti, che il passaggio verso un maggior coinvolgimento, anche economico, dei lavoratori nelle scelte dell'impresa e nei suoi risultati possa permettere una maggiore produttività del lavoro, garantendo alle imprese qualità e contenimento dei costi di transazione, grazie anche ad un certo grado di pace sociale²⁷⁸. Non è un mistero che la produttività del

²⁷³ Questa testualmente la definizione di «coinvolgimento dei lavoratori» di cui all'art. 2, lett. h) della Direttiva 2001/86/CE, che completa lo statuto della società europea.

²⁷⁴ Per un quadro esaustivo della storia della partecipazione nel nostro ordinamento vedi P. Olivelli e G. Ciocca, *La partecipazione del sindacato in generale*, in F. Carinci e M. Persiani (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, 2011, vol. III, Padova, Cedam, 773.

²⁷⁵ Sulla partecipazione nel diritto dell'Unione Europea si veda di recente P. Olivelli, *La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 37; E. Ales, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o dovere del datore di lavoro? Un'analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 54. Oltre alla nota trattazione manualistica di M. Roccella e T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, 521.

²⁷⁶ Sulla storia delle relazioni industriali italiane si veda F. Carinci, *La concertazione*, in F. Carinci e M. Persiani, *Trattato di diritto del lavoro*, cit., 911. Sul quadro della partecipazione nell'attuale sistema di relazioni industriali si veda L. Zoppoli, *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 19.

²⁷⁷ Sul punto vedi M. Castro, *Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 81.

²⁷⁸ Si vedano per tutte le opinioni espresse da T. Treu, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 93 ss.; P. Ichino, *La legge sulla partecipazione contribuirebbe ad aprire il nostro sistema di relazioni industriali ad investimenti stranieri*, in <http://www.pietroichino.it/?p=9761>.

lavoro nel nostro paese, secondo i rapporti OCSE²⁷⁹, si collochi agli ultimi posti tra quella dei paesi più industrializzati ed in Europa. Non è un caso che i primo posti, almeno tra i paesi europei, siano invece occupati da coloro che conoscono prassi partecipative molto più intense di quelle praticate da noi.

Si tratta, pertanto, di un intervento, quello che la delega prospetta, atteso da molto tempo, come testimoniano i diversi disegni di legge che si sono succeduti nella presente legislatura²⁸⁰, tutti raccolti nel testo unificato sulla partecipazione del 23 febbraio 2012. E proprio nel senso di recepire le indicazioni provenienti da quest'ultimo disegno di legge sembrano porsi le norme di delega contenute nella legge n. 92/2012.

Il comma 62, in particolare, riprende pedissequamente l'art. 1 del testo unificato sulla partecipazione, prevedendo le medesime forme di coinvolgimento del lavoratore, da attivarsi per il tramite della stipulazione di un contratto collettivo aziendale. Il comma 63 aggiunge soltanto i vincoli finanziari, specificando che dai decreti legislativi delegati dal comma 62 non dovranno derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, fatta eccezione per le previsioni in tema di partecipazione agli utili o al capitale dell'impresa. Qui le risorse saranno previste dalla legge di stabilità relativa all'esercizio in corso al momento dell'adozione del relativo decreto delegato.

La tecnica per addivenire alla previsione di concrete prassi partecipative è, dunque, quella presente anche nella legislazione comunitaria: il rinvio al negoziato tra le parti sociali. Prevede, in tema, l'art. 5 della direttiva 2002/14/CE che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e la consultazione, la facoltà per gli Stati membri di «affidare alle parti sociali al livello adeguato, anche a livello di impresa o dello stabilimento, il compito di definire liberamente e in qualsiasi momento mediate accordo negoziato le modalità di informazione e consultazione dei lavoratori».

Nella scelta di rinviare al negoziato tra le parti sociali l'introduzione di modelli partecipativi, il legislatore italiano conferma quel legame privilegiato tra contrattazione collettiva e partecipazione, proprio di molti paesi europei. Sono infatti rari i Paesi in cui l'istituzione di organismi di informazione e consultazione è regolato in via esclusiva dalla legge (è il caso soltanto di Bulgaria, Germania, Grecia, Spagna). La maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europa predilige un *mix* tra la fonte legale e quella contrattuale collettiva, secondo un bilanciamento che varia da paese a paese: in alcuni, a dire il vero pochi, all'autonomia collettiva sono destinati spazi marginali (Olanda, Belgio); nella maggior parte dei Paesi, tra cui anche l'Italia, un ruolo chiave è svolto proprio dalle parti sociali²⁸¹.

Proseguendo, dunque, nella scelta, già operata per il passato - nel caso del D.Lgs. n. 25/2007 di attuazione della già menzionata direttiva 2002/14/CE -, di demandare al negoziato tra le parti sociali l'attuazione della partecipazione, il legislatore delegante introduce, però, un elemento di novità: il rinvio non è più al livello nazionale di categoria, bensì a quello aziendale.

La scelta, come detto, già presente nel testo unificato dei disegni di legge sulla partecipazione, appare non solo coerente al processo in atto di progressiva decentralizzazione della contrattazione collettiva²⁸², ma anche opportuna con riguardo al merito della materia trattata. La sperimentazione

²⁷⁹ Vedi le ultime statistiche relative alla produttività del lavoro pubblicate nel sito istituzionale dell'OCSE all'indirizzo <http://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=LEVEL#>

²⁸⁰ In ordine cronologico i disegni di legge: Castro n. 803/2008, Treu n. 964/2008, Bonfrisco n. 1307/2009, Adragna n. 1531/2009, Lanutti n. 2572/2011.

²⁸¹ Le informazioni sono tratte dal rapporto della Eurofound, *Information and consultation practice across Europe five years after the Eu Directive*, reperibile al sito web dell'istituzione <http://www.eurofound.europa.eu/publications/htmlfiles/ef1097.htm>.

²⁸² Sul tema del decentramento contrattuale vedi L. Bellardi, *La struttura della contrattazione collettiva: ragionando della sua revisione*, in *Lav. dir.*, 2007, 235. Si veda inoltre il volume di commento sull'art. 8 del D.L. n. 138/2011 e l'istituto della contrattazione in deroga qui previsto il volume di F. Carinci (a cura di),

tazione di modelli nuovi di partecipazione può principalmente realizzarsi, come di fatto è fino ad oggi avvenuto, a livello di singola impresa. Compito della legge - che l'ultima riforma, come già anticipato, pare ben perseguire - può essere soltanto quello di mettere a disposizione delle parti diversi strumenti tali da consentire il miglior adattamento ai diversi contesti aziendali ed al diverso livello di consenso che può svilupparsi tra le parti.

Fermo il livello di contrattazione collettiva destinato ad introdurre e regolare i modelli di coinvolgimento dei lavoratori, si porrà il problema per la legislazione delegata di risolvere il nodo della selezione degli agenti negoziali legittimati a siglare l'accordo aziendale. Se la soluzione dovesse essere quella già proposta dal testo unificato del 23 febbraio scorso, il problema verrà rinviato ad un accordo interconfederale stipulato dalle «*organizzazioni comparativamente maggiormente rappresentative*».

Quella che, invece, appare a prima vista una mancanza, sono meccanismi che permettano alla partecipazione, o per lo meno ad alcuni modelli *soft* di partecipazione, al di là degli obblighi legali di informazioni e consultazione a tutt'oggi vigenti (peraltro, come meglio si preciserà oltre, destinati a sopravvivere anche alla riforma in atto) di entrare in azienda anche a fronte del veto di una delle parti. A tale proposito, opportuno potrebbe essere il ricorso al principio, anch'esso di origine comunitaria, di sussidiarietà orizzontale: si potrebbe disporre l'applicazione diretta della normativa già delineata all'uopo dalla legge per il caso di mancanza dell'accordo aziendale, con riferimento ad imprese di certe dimensioni e per certi modelli partecipativi soltanto. Ciò permetterebbe di eliminare dalla disponibilità del datore di lavoro l'introduzione o meno di regole partecipative.

Si deve, tuttavia, rilevare come il tenore letterale delle norme di delega paia precludere il ricorso al principio di sussidiarietà orizzontale, anche ad opera della decretazione delegata. Per come è formulato il comma 62, le forme di coinvolgimento da attivare sembrano, infatti, rigorosamente condizionate alla stipula di un contratto collettivo aziendale.

I modelli di partecipazione: informazione e consultazione

La prima forma di coinvolgimento dei lavoratori presa in considerazione dalla norma di delega, alla lett. a) del comma 62, è quella tradizionale dell'informazione e consultazione dei lavoratori. La contrattazione collettiva aziendale è invitata a sviluppare procedure di informazione e consultazione, a favore delle organizzazioni sindacali, dei lavoratori o di appositi organismi così come individuati dallo stesso contratto, sugli ambiti e secondo i modelli che riterrà più opportuni. Una competenza, quella attribuita alla contrattazione aziendale, che pare, dunque, desinata a sovrapporsi, o forse addirittura sostituirsi, al ruolo fino ad oggi svolto dai contratti nazionali di categoria, che non hanno mancato di prevedere e regolare obblighi di informazione e consultazione.

L'unico limite che il legislatore tiene a porre espressamente all'attività creativa demandata alla contrattazione aziendale, è quello di garantire i livelli minimi previsti dal D.Lgs. n. 25/2007, di attuazione della direttiva 2002/14/CE, che appunto persegue espressamente lo scopo di «istituire un quadro generale che stabilisca prescrizioni minime riguardo al diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese o stabilimenti situati nella Comunità»²⁸³. Pertanto, la contrattazione aziendale che dovesse intervenire sulla scia dell'approvazione dei decreti delegati sulla partecipazione, potrà istituire solo prassi di informazione e consultazione più favorevoli per i lavoratori, con particolare riferimento alle soglie occupazionali, ai tempi, alle modalità ed ai conte-

Contrattazione in deroga, Ipsoa, Milano, 2012. In tema anche M. Miscione, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in *Lav. giur.*, 2011, 653; M. Corti, *La lunga estate del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, D.L. n. 138/2011*, in *Aa. Vv.*, *Nuove tendenze nelle fonti del diritto del lavoro*, Vita e Pensiero, Milano, 2012, 23.

²⁸³ Si veda per un commento completo al D.Lgs. n. 25/2007 il volume monografico F. Lunardon (a cura di), *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2008.

nuti di quanto già riconosciuto dal D.Lgs. n. 25/2007. Così, ad esempio, la partecipazione sulle materie previste dall'art. 4, comma 3 del decreto – andamento dell'attività dell'impresa e sua situazione economica, situazione e andamento prevedibile dell'occupazione, decisioni suscettibili di comportare mutamenti nell'organizzazione dell'impresa - potrebbe essere estesa anche al di sotto della soglia occupazione minima dei 50 dipendenti prevista dall'art. 3, comma 1; ancora, le materie oggetto di informazione e consultazione potrebbero essere ampliate.

Non viene precisata dalla norma di delega, ma appare scontata, l'estensione del livello minimo di salvaguardia vincolante per la contrattazione aziendale anche alle procedure delineate dalla legge n. 223/1991, in particolare in tema di licenziamenti collettivi, e dalla legge n. 428/1990 sul trasferimento d'azienda; procedure che non potranno, pertanto, in alcun modo essere vanificate dall'intervento di un contratto collettivo aziendale contenente diverse regole partecipative. Tale conclusione - già scontata solo considerando che i citati obblighi di partecipazione sono tutti imposti da Direttive europee - può essere anche ricavata dal vincolo di rispetto delle prescrizioni del D.Lgs. n. 25/2007 posto dalla stessa lett. a) del comma 62. Infatti, ai sensi dell'art. 8 del menzionato decreto, restano ferme le procedure di cui alle leggi n. 223/1991 e 428/1990, oltre a tutti «gli altri diritti riconosciuti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi applicati in materia di informazione, consultazione e partecipazione»²⁸⁴.

Segue: controllo, verifica, cogestione

La delega sulla partecipazione si spinge, come già anticipato, oltre il modello “classico” della semplice informazione e consultazione. Il coinvolgimento dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali viene previsto non solo preventivamente all'adozione della scelte gestionali dell'impresa, ma anche successivamente, in chiave di controllo e verifica sull'attuazione delle stesse.

In questo senso, prevede, innanzi tutto, la lett. b) del comma 62, che la verifica sulle scelte concordate tra azienda e rappresentanti dei lavoratori venga demandata principalmente ad organismi congiunti, paritetici o comunque misti. Ad organismi congiunti, non necessariamente gli stessi deputati alla verifica, viene dalla successiva lett. c) demandata anche una generica e non meglio precisata “partecipazione nella gestione” di diverse materie: sicurezza nei luoghi di lavoro, organizzazione del lavoro, formazione professionale, promozione e attuazione delle pari opportunità, forme di remunerazione collegate al risultato, forme di *welfare* aziendale ed ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell'impresa.

Non è chiaro se il riferimento ad una gestione partecipata di tali materie alluda addirittura ad una sorta di esercizio congiunto – datore di lavoro/lavoratori - del potere organizzativo. Certo è difficile pensare che, ad esempio, l'organizzazione del lavoro, tipica prerogativa datoriale, possa essere condivisa con i lavoratori. Un coinvolgimento così spinto nelle scelte aziendali non trova, infatti, cittadinanza nemmeno nell'ordinamento tedesco (vedi meglio *infra*). Più plausibile, allora, ritenere che il riferimento sia ad una consultazione tra le parti che lascia, comunque, la decisione finale alle valutazioni insindacabili dell'imprenditore.

Se intesa nel senso appena indicato, la partecipazione nella gestione delle materie elencate dalla lett. c) non rappresenta una novità. La gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro, come noto, è materia tipica e collaudata di partecipazione, già ai sensi dell'art. 9 St. Lav., per giungere fino al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nell'ultima variante “rinforzata” di cui al

²⁸⁴ Sulla portata ed il significato dell'art. 8 del D.Lgs. n. 25/2007 si veda F. Santini, *D.Lgs. n. 25/2007 e “altri” diritti di informazione e consultazione*, in *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori*, cit., 133.

D.Lgs. n. 81/2008²⁸⁵. Ma anche per le altre materie, diverse esperienze aziendali, frutto della contrattazione tra le parti, hanno già da tempo sperimentato simili forme di partecipazione²⁸⁶; così come alcuni contratti collettivi di categoria hanno già previsto organismi misti per alcune delle materie menzionate.

Ciò non significa che l'istituzione degli organismi congiunti previsti dalle lett. b) e c) rappresenti una superflua duplicazione di prassi già conosciute dal nostro sistema di relazioni sindacali. La messa a disposizione, per mano del legislatore, di generali modelli di partecipazione da adottare in sede aziendale, soprattutto se in qualche modo incentivati, potrà favorire la loro diffusione, anche oltre una *élite* di aziende con *management* "illuminati". Si potrebbe così giungere a quello che appare lo *step* successivo che auspicabilmente il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa dovrebbe intraprendere, sulla via di una modernizzazione, in chiave collaborativa e non conflittuale, delle relazioni sindacali aziendali. Troppo lontana, e quindi irraggiungibile, per le ragioni che verranno indicate oltre, invece appare la partecipazione, nella sua espressione più intensa, quella della cogestione, prevista alla lett. f) del comma 62.

L'appena menzionata norma delega al Governo il completamento dell'imitazione del modello di cogestione tedesco, già iniziata con la riforma delle società di capitali e delle cooperative di cui al D.Lgs. n. 6/2003 che, agli artt. 2409 *octies* ss. c.c., ha introdotto per la prima volta in Italia il sistema dualistico di amministrazione e controllo delle società per azioni. In particolare, laddove l'impresa esercitata in forma di società per azioni o di società europea con più di 300 dipendenti abbia prescelto il modello dualistico, affidando l'amministrazione ed il controllo della società, rispettivamente, ad un consiglio di gestione e ad un consiglio di sorveglianza, il contratto collettivo aziendale potrà prevedere la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza²⁸⁷. Si tratta, lo precisa la norma di delega, di membri a pieno titolo del menzionato organo, con gli stessi diritti, compreso quello di voto, e gli stessi obblighi dei membri che rappresentano gli azionisti.

Una partecipazione alla società che si configura come "interna", per il tramite del Consiglio di sorveglianza; organo che, tanto nell'ordinamento italiano, quanto nel "modello" tedesco, ha rilevanti competenze: nomina e revoca degli amministratori, vigilanza sulle attività degli amministratori, approvazione dei bilanci, con il diritto quindi di ottenere tutte le informazioni che si rendono necessarie per l'esercizio delle predette funzioni.

L'imitazione del modello di cogestione tedesco risulta, tuttavia, edulcorata nella trasposizione italiana. Le vigenti norme di diritto societario delineano un Consiglio di sorveglianza, l'organo, si tiene a ribadirlo, partecipato dai rappresentanti dei lavoratori, più debole rispetto all'omologo germanico. Basti a titolo di esempio, considerare che mentre la *Aktiengesetz* (legge relativa alla società per azioni) affida la nomina del Presidente del consiglio di gestione rigorosamente al Consiglio di sorveglianza, per il codice civile italiano è competente oltre che l'assemblea dei soci, lo stesso Consiglio di gestione. L'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori è prerogativa del Consiglio di sorveglianza nel sistema tedesco, consentita invece anche ai soci (di regola che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale) in Italia. Nessuna possibilità d'interferenza nella gestione è consentita al Consiglio di sorveglianza nel sistema italiano, mentre, in Germania, per previsione dallo statuto o per decisione dello stesso Consiglio di sorveglianza,

²⁸⁵ In tema si veda E. Ales, *L'art. 9 stat. lav. alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 57; M. Ricci, *Sicurezza sul lavoro: controllo e partecipazione sindacale tra iure condito e de iure condendo*, in *Lav. giur.*, 2008, 113.

²⁸⁶ Si vedano i casi che già nel 1999 venivano descritti e commentati da M. Ricciardi, *Il protocollo di partecipazione in Telecom Italia mobile*, in *Lav. Dir.*, 1999, 17; A. Perulli, *Il t.u. sul sistema di relazioni sindacali e di partecipazione della Electrolux-Zanussi*, in *Lav. Dir.*, 41.

²⁸⁷ Sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea vedi F. Pantano, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 960.

l'azione del Consiglio di gestione su alcune materie può essere vincolata alla preventiva autorizzazione dell'organo di controllo.

Al di là, poi, dei minori poteri affidati al Consiglio di sorveglianza in Italia, poco pregnante pare vada a configurarsi l'influenza dei lavoratori sul Consiglio di sorveglianza. Illustriamone le ragioni.

In primo luogo pare plausibile ritenere che nel decreto delegato verrà affidato, così come già disponeva il testo unificato dei disegni di legge sulla partecipazione, la competenza del contratto collettivo aziendale a decidere in ordine alla ripartizione dei posti spettanti ai rappresentanti dei lavoratori e le modalità di designazione degli stessi all'interno del Consiglio di sorveglianza. Mancherà, quindi, a differenza della legislazione tedesca, una riserva minima di posti fissata inderogabilmente per legge²⁸⁸, senza la quale sarà presumibilmente difficile per i sindacati negoziare presenze rilevanti nei Consigli. Quote simboliche di partecipazione non sono evidentemente in grado di garantire una vera cogestione.

Vi è, poi, un ulteriore aspetto di debolezza rispetto al modello tedesco degno di nota: nel tenore letterale delle norme di delega, e già anche nel testo unificato dei disegni di legge, la presenza dei rappresentanti dei lavoratori nel Consiglio di sorveglianza è soltanto un'opzione, attivabile attraverso la contrattazione collettiva aziendale; diversamente, in Germania la partecipazione dei lavoratori all'organo societario è, invece, obbligatoria (in linea generale sopra la soglia occupazione dei 500 dipendenti). È evidente che il rifiuto datoriale a trattare potrà facilmente vanificare l'ingresso dei lavoratori nel Consiglio di sorveglianza.

La possibilità di introdurre prassi di cogestione all'interno delle imprese italiane pare, comunque, destinata a fallire già a monte, per una semplice ragione: le società che hanno ad oggi adottato il modello dualistico o della società europea, gli unici che ammettono una partecipazione "interna" dei lavoratori, sono pochissime²⁸⁹. Difficile ritenere che questo *trend* di disinteresse verso il modello dualistico possa cambiare per il futuro.

Il successo della partecipazione ed il contributo alle imprese che ne può derivare pare, comunque, prescindere dalla praticabilità o meno del modello della cogestione nel contesto italiano. Si consideri, sul punto, come sia tutt'altro che pacifica tra gli studiosi della materia l'utilità della cogestione ai fini del buon andamento delle imprese²⁹⁰: da un lato, è indubitabile, si sono registrati effetti utili nelle economie dei paesi che l'hanno adottata; dall'altro lato, non appare, però, nel presente momento storico il modello migliore, soprattutto per la competitività delle imprese. La produzione *just in time* necessita, come intuibile, di decisioni rapide e di apparati produttivi in grado di cambiare altrettanto rapidamente. La cogestione, al contrario, rallenta necessariamente le decisioni e limita le possibilità di cambiamento. Basti soltanto pensare alle reazioni negative che possono creare piani industriali che prevedono licenziamenti o il decentramento della produzione. E' evidente che in siffatte ipotesi, le decisioni non sarebbero certo semplici all'interno di Consigli di sorveglianza partecipati dai lavoratori.

Bene, dunque, ha fatto il legislatore delegante a prevedere modelli anche diversi da quello di impronta tedesca. In particolare, opportuna appare la previsione di cui alla lett. d) del comma 62, di un'alternativa alla cogestione, in termine di semplice controllo tramite quelli che sono denomi-

²⁸⁸ Si consideri nella legislazione tedesca, a seconda dei settori e dell'organico delle società, la riserva dei posti a favore dei rappresentati dei lavoratori e/o sindacali si assesta nella maggior parte dei casi ad un terzo dei componenti, spingendosi, nelle società con più di 2000 dipendenti, addirittura fino alla metà dei componenti; fermo restando, però, che il complessivo sistema delle maggioranze è congegnato in maniera tale da concedere comunque all'imprenditore l'ultima parola. Nessuna rappresentanza dei lavoratori di regola per le imprese sotto i 500 dipendenti. Si veda per una più approfondita indagine sul modello di cogestione tedesco M. Weiss, *La cogestione in Germania: una recente modifica*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 643.

²⁸⁹ Gli studi in materia rivelano come pochissime società, meno dell'1%, hanno adottato la forma dualistica. Sul punto vedi S. Poli, *L'evoluzione della governance delle società chiuse*, Milano, 2010, 160 ss.

²⁹⁰ Ne dà conto T. Treu, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 96.

nati come “organi di sorveglianza”. Si tratta di soggetti incaricati di verificare l’andamento aziendale generale o di determinate scelte di gestione, mediante rappresentanti eletti dai lavoratori o designati dalle organizzazioni sindacali. Dunque, un controllo “esterno” sulle scelte datoriali, al di fuori di ogni coinvolgimento nella gestione aziendale, più in linea con la funzione tradizionale del sindacato nel nostro paese. Un’alternativa *soft*, non solo alla partecipazione ai Consigli di sorveglianza, ma anche per il caso in cui non vi sia il consenso delle parti sulla costituzione degli organismi congiunti delineati dalle lett. b) e c). Una modalità di partecipazione che potrebbe opportunamente essere resa obbligatoria dal legislatore delegato nelle imprese di certe dimensioni, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, per il caso di rifiuto del datore di lavoro di addivere ad un accordo aziendale.

Segue. Partecipazione finanziaria

Il versante della partecipazione dove il ritardo italiano è più accentuato rispetto a molti paesi europei è sicuramente quello della partecipazione finanziaria. Nel nostro paese l’azionariato dei dipendenti, così come la partecipazione agli utili è pratica per lo più sconosciuta²⁹¹. Ancora stentano, peraltro, ad affermarsi, nonostante le costanti politiche di incentivazione, anche le forme di retribuzione variabile collegate ai risultati dell’impresa.

In considerazione di questo scenario, la scelta della norma di delega, che anche sul punto riprende le previsioni del testo unificato dei disegni di legge, è quella di mettere a disposizione della contrattazione aziendale diversi modelli, alcuni anche incentivati. In questo senso, la partecipazione agli utili o al capitale dell’impresa, come già anticipato, potrà beneficiare degli incentivi all’uopo destinati dalla legge di stabilità²⁹².

Si tratta di una pratica, quella di incentivare forme di retribuzione collegate in qualche modo al risultato dell’impresa, non nuova. Già con la legge Finanziaria per il 2004 (legge n. 350/2003) si è introdotto il fondo speciale per l’incentivazione della partecipazione dei lavoratori; fondo che interviene ancora oggi in sostegno dei programmi predisposti per l’attuazione di accordi sindacali o statuti societari finalizzati a valorizzare la partecipazione dei lavoratori ai risultati o alle scelte gestionali delle imprese medesime. Più di recente con la legge n. 247/2007, si sono previsti sgravi contributivi e fiscali sui salari di risultato negoziati a livello decentrato, e con il D.L. n. 112/2008, gli sgravi sono stati garantiti, prescindendo dalla contrattazione collettiva, anche a fronte delle erogazioni unilaterali del datore di lavoro. Con l’ultimo intervento prospettato dalle norme di delega, l’intento è probabilmente quello di stabilizzare il collegamento tra salario e risultato.

L’altro passaggio chiave della delega, lett. g) del comma 62, è relativo alla creazione di un sistema di accesso privilegiato alla partecipazione azionaria dei dipendenti. L’intento del legislatore è qui quello di favorire non solo l’azionariato diretto ed individuale dei lavoratori, peraltro già possibile e munito di qualche rilievo legislativo dal D.Lgs. n. 58/1998 (c.d. Legge Draghi)²⁹³, ma soprattutto quello indiretto e collettivo, mediante fondazioni, appositi enti in forma di società

²⁹¹ Tra i tanti contributi sul tema della partecipazione agli utili o al capitale dell’impresa e dell’azionariato dei dipendenti si veda: E. Ghera, *L’azionariato dei lavoratori dipendenti*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 4; E. Gagnoli, *Retribuzione ad incentivo e principi costituzionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 221, A. Alaimo, *Gli effetti della partecipazione azionaria dei lavoratori sul governo dell’impresa: il caso italiano*, in *Lav. dir.*, 2003, 615 e *La partecipazione azionaria dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1999. Più di recente v. il contributo di F. Pantano, *Azionariato dei lavoratori*, in E. Gagnoli e S. Palladini, *La retribuzione*, Utet, Torino, 2012, 754.

²⁹² In tema di incentivazione alla partecipazione nei disegni di legge che hanno preceduto la delega vedi M. Napoli, *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, 72.

²⁹³ Attraverso una norma intesa a consentire la raccolta di deleghe di voto presso i dipendenti azionisti in deroga all’art. 2372 c.c. Si veda sul punto l’approfondita analisi di R. Caragnano, *Il codice della partecipazione*, Giuffrè, Milano.

di investimento a capitale variabile (SICAV) o ancora associazioni di lavoratori. Via quest'ultima che appare oltretutto utile e strumentale a consentire la presenza dei rappresentanti dei dipendenti azionisti negli organi della società.

Osservazioni conclusive

Esposti i contenuti della delega, la risposta alla domanda di cui al titolo del presente contributo appare quanto mai incerta. Come illustrato, il passaggio verso modelli partecipativi forti richiede, nel meccanismo congegnato dal legislatore delegante, la collaborazione delle parti sociali, le quali attraverso la contrattazione aziendale dovranno istituire e regolare gli istituti della partecipazione.

La strada da percorrere non è, con tutta evidenza, semplice: se è vero, infatti, che, come affermato dagli esperti, la partecipazione sindacale si alimenta di «stabilità politica e assenza di divisioni sindacali», che favoriscono un «clima di *long term mutual trust*»²⁹⁴, è anche vero che, a meno di uno stravolgimento, la situazione politica e sindacale del nostro paese è tutt'ora praticamente opposta a quella idealmente necessaria.

Pare, dunque, difficile immaginare un'apertura delle organizzazioni sindacali verso modelli di coinvolgimento forti, alla stregua della partecipazione ai Consigli di sorveglianza, tali da creare una sorta di identificazione soggettiva con la controparte datoriale. Una scelta, quest'ultima, che presupporrebbe una disponibilità del sindacato italiano ad abdicare parzialmente dal ruolo di "sindacato dei diritti", aprendosi ad una «*join venture* con il titolare del capitale di rischio»²⁹⁵. Allo stesso modo, pare altrettanto difficile ritenere che la cultura imprenditoriale italiana sia pronta ad adottare un modello, più sociale che economico, che privilegia le decisioni consensuali piuttosto che l'aperto conflitto.

Sono quelle appena delineate con tutta probabilità le ragioni per cui l'obiettivo immediato perseguito dal legislatore delegante non pare certo quello del passaggio diretto e *per saltum* dalle attuali prassi deboli di partecipazione al modello tedesco della cogestione. Come la varietà degli strumenti di partecipazione messi a disposizione dalle norme di delega suggerisce, quello che si cerca è probabilmente un passaggio per gradi verso modelli partecipativi sempre più forti e complessi. Una simile prospettiva, specialmente se adeguatamente incentivata, potrebbe trovare accoglimento tra le parti della contrattazione aziendale, che non sarebbero tenute a sconvolgere i rispettivi ruoli ed orientamenti culturali, sentendosi, invece, libere di sperimentare i modelli più adeguati ai bisogni ed alla struttura delle diverse realtà imprenditoriali.

²⁹⁴ G.P. Cella e T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 2009, 69.

²⁹⁵ Le espressioni, che descrivono i due modelli teorici di sindacato possibile, sono tratte dalla relazione di P. Ichino alle Commissioni riunite Finanze e Tesoro (VI) e Lavoro (XI) del Senato sui disegni di legge n. 803 e 964/2008, svolta nella seduta del 30 ottobre 2008, reperibile in <http://www.pietroichino.it/?p=403>.

