

Modulo24

CONTENZIOSO LAVORO

Approfondimenti, dottrina e giurisprudenza

Direzione scientifica

Roberto Pessi, Giampiero Proia, Antonio Vallebona

Editoriale

Il lavoro e l'impresa nell'Italia che riparte

Convegno nazionale AGI 2022 - Trieste 15-17 settembre 2022

Approfondimenti

Organizzazione delle imprese e ruolo del sindacato

**Trasferimento e circolazione delle imprese,
uno strumento per uscire dalla crisi**

I Workshop

**Lavoro e crisi di impresa, politiche attive, nuove modalità
di svolgimento della prestazione, somministrazione
e contratto a termine, parità di genere dopo la pandemia**

**Prova NT+Lavoro e
Modulo24 Contenzioso Lavoro
per 1 mese a soli € 4,90**

ntpluslavoro.com



**Più approfondimenti
e più notizie in tempo reale**

Direzione scientifica

*Roberto Pessi
Giampiero Proia
Antonio Vallebona*

Comitato Scientifico

*Tatiana Biagioni
Nevio Bianchi
Vittorio De Luca
Potito Di Nunzio
Silvano Imbriaci
Mauro Marrucci
Franco Toffoletto
Angelo Zambelli*

Modulo24 CONTENZIOSO LAVORO

Anno I - n. 6

Direttore Responsabile Roberto Esposito

Responsabile di redazione e coordinamento editoriale Daniela Coppola

Redazione Angela Grassi e Michela Varriano

Sede legale e Direzione Viale Sarca, 223 - 20126 Milano

GRUPPO

Proprietario ed Editore Il Sole 24 ORE Spa

Presidente Edoardo Garrone

Vicepresidente Claudia Parzani

Amministratore Delegato Mirja Cartia d'Asero

Pubblicità Il Sole 24 Ore Spa System

Direzione e amministrazione:

Viale Sarca, 223 - 20126 Milano

Tel. 02 30221 - Fax 0230223214

e-mail:

segreteria@ilsole24ore.com

Il Sole 24 ORE Spa. Tutti i diritti sono riservati. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso

diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, Società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana n. 108 - 20122 Milano. Informazioni: www.clearedi.org.

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato.

Questo numero è stato chiuso in redazione il 12 ottobre 2022
www.modulo24contenziosolavoro.ilsole24ore.com

SOMMARIO

EDITORIALE

5 **Il lavoro e l'impresa nell'Italia che riparte**

— *Tatiana Biagioni*

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

11 **Il trasferimento e la circolazione delle imprese, uno strumento per uscire dalla crisi**

— *Filippo Aiello*

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

17 **Organizzazione delle imprese e ruolo del sindacato**

— *Giovanna Pacchiana Parravicini*

I WORKSHOP / CONVEGNO AGI 2022

22 **Lavoro e crisi di impresa, politiche attive, occupazione, parità di genere, somministrazione e contratti a termine dopo la pandemia**

— *Giorgia Casiello*

WORKSHOP1 / CONVEGNO AGI 2022

26 **Le politiche attive e l'occasione storica del piano *next generation***

— *Maurizio del Conte*

WORKSHOP1 / CONVEGNO AGI 2022

29 **Missione 5 e transizione ecologica e digitale**

— *Lucia Valente*

WORKSHOP1 / CONVEGNO AGI 2022

33 **Garanzia occupabilità lavoratori (Gol) e riforma delle politiche attive**

— *Vincenzo Silvestri*

WORKSHOP2 / CONVEGNO AGI 2022

41 **Discriminazione e parità di genere: il giurista non può prescindere dal dato normativo**

— *Annalisa Multari*

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

62 **I licenziamenti dopo la pandemia**

— *Fabrizio Domenico Mastrangeli*

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

78 **Lavoro agile e luogo del lavoro prima e dopo la pandemia**

— *Maria Agostini*

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

103 **Smart working: un mondo diverso dal telelavoro fra la necessità di un cambio di paradigma, i controlli e il diritto alla disconnessione**

— *Michela Bani*

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

119 **I rider e il lavoro da piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione**

— *Agostino Califano*

WORKSHOP4 / CONVEGNO AGI 2022

145 **Ammortizzatori sociali, composizione della crisi d'impresa e risanamento aziendale; il nuovo ruolo del sindacato**

— *Bruno Laudi*

WORKSHOP4 / CONVEGNO AGI 2022

154 **Cassa integrazione guadagni: riforma ad opera della legge di bilancio 2022 e questioni pratiche**

— *Maria Teresa Salimbeni*

WORKSHOP4 / CONVEGNO AGI 2022

176 **Il contratto di espansione: uno strumento per il ricambio generazionale nell'ottica dell'innovazione**

— *Emanuele Barberis*

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

181 La somministrazione di lavoro durante e dopo l'emergenza

— *Gionata Cavallini*

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

188 Il lavoro a termine dopo la pandemia

— *Daniela Paliaga*

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

201 I contratti a termine dopo l'esperienza emergenziale

— *Valerio Speciale*

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

212 La compatibilità della disciplina del decreto dignità rispetto ai principi comunitari e alla sentenza della corte giustizia Ue 681/2020

— *Federica Salari*

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

217 La ripartenza della professione e le nuove forme di aggregazione ed integrazione

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

218 Le forme di aggregazione fra avvocati/e: uno sguardo d'insieme

— *Eva R. Desana*

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

241 La responsabilità professionale nelle varie forme di aggregazione tra avvocati/e

— *Claudio Scognamiglio*

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

256 Gli aspetti previdenziali delle aggregazioni tra avvocati/e

— *Giovanna Fantini*

EDITORIALE

Il lavoro e l'impresa nell'Italia che riparte

TATIANA BIAGIONI

Il Convegno nazionale AGI che si è svolto dal 15 al 17 settembre 2022 a Trieste ha rappresentato l'occasione per analizzare il diritto del lavoro della 'ripartenza', affrontando il tema con l'approccio interdisciplinare che da sempre caratterizza l'associazione di professionisti impegnati in ambito datoriale e pro-labour.

A più di un secolo dall'istituzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, gli eventi internazionali hanno reso necessaria una rinnovata visione globale del diritto del lavoro, avviando una riflessione organica e strutturata su temi quali la circolazione dell'impresa, la delocalizzazione della produzione, la dematerializzazione e automazione della prestazione lavorativa. Di questo, di discriminazione di genere e ruolo delle professioni, abbiamo parlato a Trieste nel corso del Convegno Nazionale AGI - Avvocati Giuslavoristi Italiani – dal titolo 'Il Lavoro e l'Impresa nell'Italia che Riparte' che si è svolto dal 15 al 17 settembre 2022. Un appuntamento per analizzare il diritto del lavoro della 'ripartenza', affrontando il tema con l'approccio interdisciplinare che da sempre caratterizza la nostra associazione di professionisti impegnati in ambito datoriale e pro-labour. Non a caso, per ritrovarci in presenza dopo gli anni della pandemia abbiamo scelto Trieste, che come ha sottolineato la presidente AGI Friuli Venezia Giulia Luciana Criaco: «E' una città mitteleuropea, terra di confine, crocevia di storia e di culture diverse, luogo di incontro, di passaggio, di scambi commerciali, di conoscenza e che riveste un ruolo strategico per la sua collocazione geografica di porta verso l'Europa e l'Oriente».

Un importante riconoscimento dalla Presidenza della Repubblica

La rilevanza degli argomenti trattati e la grande partecipazione, oltre 600 avvocate e avvocati giuslavoristi, insieme a rappresentanti del mondo dell'Accademia, della Magistratura, dell'Impresa e dei Sindacati, hanno valso al convegno un grande riconoscimento da parte del presidente Sergio Mattarella: la medaglia di Rappresentanza del Capo dello Stato, attribuita dal Presidente della Repubblica a iniziative di particolare interesse culturale, scientifico, artistico, sociale. Un tributo all'evento e una grande soddisfazione per la nostra associazione, che, come ha ricordato il coordinatore dell'Organismo Congressuale Forense Sergio Paparo: «È un'esperienza straordinaria all'interno dell'Avvocatura, un modello di specializzazione ideale fatto da professionisti che praticano la materia, che decidono di associarsi e si prendono carico della formazione, della qualità

delle prestazioni professionali, e che purtroppo non ha trovato compimento nella nostra legge professionale».

Formazione specialistica e le reti di collaborazione delle professioni

La formazione è elemento fondamentale, fondante, della nostra comunità. A tal proposito abbiamo siglato, nella prima giornata del Convegno, un'importante convenzione con la Fondazione Studi del Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro mirata all'avvio di una collaborazione volta ad organizzare eventi formativi congiunti con l'obiettivo di accrescere l'offerta formativa per le rispettive categorie professionali. A siglare questo 'patto', che avrà una durata di tre anni, era con me il presidente della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro Rosario De Luca, che in merito ha ricordato come, in un momento di profondi cambiamenti nel mondo del lavoro, l'aggiornamento professionale sia sempre più imprescindibile.. Di partnership tra professionisti, e in generale del cambiamento delle professioni tra legittime istanze di rinnovamento (come lo sono appunto le società tra professionisti) e l'altrettanto legittimo desiderio di preservare la propria identità, nonché del ruolo delle professioni nella ripartenza abbiamo discusso in due interessanti tavole rotonde, per la prima coordinata dal Tesoriere AGI Massimo Cundari rimando al focus specifico (v. a pag. 217 di questa Rivista). La seconda stimolata dal vice presidente AGI, Enzo Morrico, ha visto la presenza della presidente del Consiglio Nazionale Forense Maria Masi, della presidente del Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro Marina Calderone e della presidente del Comitato scientifico 'Gruppo ODCEC Area Lavoro' dei Commercialisti Cristina Costantino. Voglio ricordare in questo contesto la riflessione fatta dalla presidente del CNF, Maria Masi sulle difficoltà della ripresa economica per la professione, sottolineando come, invece, «quella intellettuale, c'è e devo darne atto anche all'incessante lavoro delle associazioni. C'è un grosso fermento per identificare nuovi profili, competenze, non a caso arrivano al CNF molti pareri sul tema delle aggregazioni, sulle quali devo dire per molto tempo l'Avvocatura istituzionale ha avuto un atteggiamento di chiusura nel timore che la nostra autonomia e indipendenza fossero facilmente aggredibili. Abbiamo la ferma convinzione che i cambiamenti, anche se necessari, debbano essere accompagnati e non assecondati. Questo distinguo è necessario perché c'è un solo percorso legittimo, che vede la ricerca di nuove sfere, nuovi ambiti di attività, di inserimento, che vadano oltre il contenzioso, la difesa, quindi nel valorizzare l'assistenza individuando nuovi ruoli, nuove figure che attribuiscono agli avvocati nuove possibilità, un'opportunità che l'Avvocatura sta accogliendo anche in termini di formazione specialistica». Sulla stessa linea la presidente

del Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro Marina Calderone: «Gli anni della pandemia sono stati difficili soprattutto per i professionisti che hanno portato avanti una serie di attività in condizioni precarie. Da cosa ripartire: dalla sinergia. Non è più il tempo delle divisioni, i professionisti dell'area giuridico-economica devono lavorare assieme. Credo che il tema delle società tra professionisti debba essere declinato in un'ottica multidisciplinare, puntando su professionalità, quindi formazione e scambio di esperienze, contaminazione di cultura professionale, specializzazioni». Concorde anche la presidente del Comitato scientifico 'Gruppo ODCEC Area Lavoro' dei Commercialisti Cristina Costantino: «La soluzione, la strada che si sta percorrendo è necessariamente quella delle aggregazioni professionali: la collaborazione, la complementarità delle professioni dell'area giuridico-economica potrebbe qui trovare un'espressione a beneficio dei professionisti stessi e dei clienti».

Le pari opportunità

Consentitemi una osservazione: questo ultimo evento ha visto un parterre di donne. Professioniste che hanno raggiunto posizioni di vertice all'interno delle rispettive istituzioni, un segnale incoraggiante in un mondo del lavoro attraversato e segnato dalle discriminazioni di genere. Lo ha confermato la pandemia, che ha colpito duramente tutti ma in particolare le donne sia nella professione (6.000 cancellazioni di avvocate contro le 2.700 di avvocati) sia nel lavoro dipendente. AGI ha sempre promosso la parità di genere: al proprio interno per statuto, all'interno dell'Avvocatura e anche all'interno del mercato del lavoro. Vista la sensibilità e l'attenzione che da sempre dedichiamo al tema abbiamo cercato e ottenuto il confronto con le istituzioni. La Ministra per le Pari opportunità e la famiglia Elena Bonetti, che ha dovuto rinunciare alla partecipazione al Convegno a causa di un Consiglio dei Ministri dell'ultimo minuto, ci ha inviato una lettera in cui ha sottolineato come il l'Italia abbia bisogno appunto delle energie delle donne per tornare a crescere in tutti i settori.

Il Lavoro e l'Impresa, la necessità del dialogo

Il "Lavoro e l'Impresa nell'Italia che Riparte", il tema principale dell'evento, è tornato protagonista nella seconda giornata del Convegno, a discuterne, in una tavola rotonda introdotta dal vice presidente nazionale Agi, Gianpiero Belligoli, prestigiosi ospiti: Pierangelo Albini, direttore Area Lavoro, Welfare e Capitale Umano di Confindustria; Jean Marie del Bo, vice direttore Il Sole 24 Ore; Peter Gomez, direttore Il Fatto Quotidiano.it; Giulio

Romani, segretario confederale CISL; Linda Laura Sabbadini, direttrice Dipartimento Istat; Tania Scacchetti, segretaria confederale CGIL; Ivana Veronese, segretaria confederale UIL. La presenza delle istituzioni locali, regione e comune, è stata l'occasione anche per introdurre il tema caldo delle delocalizzazioni: la vicenda Wartsila, in quei giorni ancora un nodo irrisolto, scuoteva Trieste. Sul tema, tanto l'assessora regionale al Lavoro, formazione, istruzione, ricerca, università e famiglia Alessia Rosolen quanto il sindaco Roberto Dipiazza hanno auspicato nei propri saluti che la politica intervenga sul tema delle delocalizzazioni, e in generale sul tema del diritto del lavoro e di impresa, non con norme estemporanee, ma costruendo un quadro complessivo a tutela, sostegno e difesa delle realtà produttive, delle lavoratrici e dei lavoratori.

Le relazioni scientifiche e il confronto anche a livello internazionale

Il nodo delocalizzazione, il ruolo dei sindacati e i diritti dei lavoratori sono stati, appunto, oggetto delle due relazioni scientifiche fulcro del convegno. In 'Trasferimento e circolazione delle imprese', l'avvocato giuslavorista Filippo Aiello ha sottolineato come le operazioni di trasferimento di attività economiche abbiano un ruolo decisivo nella ripartenza dell'economia italiana: il trasferimento d'impresa, quindi, deve essere letto come uno strumento per governare la crisi economica. «Ma, affinché queste operazioni di trasferimento non scivolino verso mere esternalizzazioni volte unicamente a dismettere il personale addetto, le norme dovranno essere lette alla luce dell'unica ratio che le sostiene: il mantenimento dei posti di lavoro», ha concluso l'avvocato. In 'Organizzazione delle imprese e ruolo del sindacato', l'avvocata Giovanna Pacchiani Parravicini, professoressa associata di Diritto del Lavoro all'Università di Torino, ha invece evidenziato, sulla funzione delle organizzazioni sindacali, come: «Non sia più appagante la ricostruzione del ruolo del sindacato italiano nell'organizzazione dell'impresa nei termini della cosiddetta 'partecipazione conflittuale'. Il contesto è maturo per un salto in avanti che spinga questo modello fuori dalla prospettiva meramente conflittuale e verso una partecipazione che si potrebbe definire 'partecipazione concertativa incentivata'». Imprese, sindacati, lavoratori, professionisti: ecco gli attori della ripartenza italiana, che sappiamo tuttavia essere strettamente interconnessa alle dinamiche internazionali e comunitarie, così come sono interdipendenti le strategie che introdurranno i Governi per il mercato del lavoro. In questa prospettiva è fondamentale per noi giuslavoristi confrontarci con le colleghe e i colleghi stranieri, nella speranza di costruire un diritto del lavoro europeo. Nella tavola rotonda 'La mobilità internazionale dei lavoratori', coordinata dall'avvocata giuslavorista Emanuela Nespoli, colleghi italiani, spagnoli,

tedeschi, danesi, francesi e svizzeri si sono confrontati sul tema della mobilità transnazionale, sottolineando un approccio sostanzialmente uniforme a livello europeo, anche se restano differenze definitorie degli istituti e “zone grigie” su cui il legislatore europeo deve ancora intervenire. Nella tavola rotonda, ‘La mobilità internazionale delle aziende e il dumping sociale’, il coordinatore Raffaele De Luca Tamajo, professore emerito di Diritto del Lavoro dell’Università di Napoli Federico II e presidente Comitato Scientifico AGI, ha posto, tra le altre, una domanda: visto che la mobilità dei capitali in un mercato aperto è potenzialmente senza limiti e rischia di minare occupazione e diritti dei lavoratori, come limitare questi fenomeni? Una questione aperta che si affronta con il dialogo, un approccio che da sempre ci caratterizza: lo sforzo dialettico nei conflitti, lo studio nel merito dei problemi e la ricerca di soluzioni possono essere strumenti di lavoro per una ripartenza che ha bisogno, più che mai, di garantire coesione sociale e crescita di qualità dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori e delle imprese. Un convegno, quello di Trieste, che è stato a tutto campo, il prossimo appuntamento a Lucca il prossimo anno.

L'autore
di questo articolo

TATIANA BIAGIONI
Presidente AGI

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

Il trasferimento e la circolazione delle imprese, uno strumento per uscire dalla crisi

FILIPPO AIELLO

La circolazione dell'impresa o di una sua parte (e della forza lavoro impiegata) assume il ruolo di strumento di mantenimento dell'occupazione quale alternativa al licenziamento collettivo. Le norme devono essere lette alla luce dell'unica ratio che le sostiene: il mantenimento dei posti di lavoro.

In un quadro che vede gran parte delle economie tentare di uscire faticosamente dalla crisi economica da Covid-19 e subire le ripercussioni della guerra ucraina e dei rischi di espansione delle tensioni geopolitiche anche al quadrante del pacifico, quale ruolo può avere il trasferimento e la circolazione delle imprese nelle nostre speranze di ripartenza? Il trasferimento dell'attività d'impresa può essere uno degli strumenti di rilancio del lavoro?

Prima di rispondere a questa domanda, è necessario evidenziare che per una ripartenza "giusta" non occorre solamente interessarsi di "come (ri) creare ricchezza" ma - sebbene sia vero che, nel nostro sistema economico, il rilancio della capacità competitiva delle imprese sia fondamentale per salvare l'occupazione - è necessario preoccuparsi non solo di creare risorse ma anche di redistribuire la ricchezza e preservare l'occupazione. Solo in questo modo l'Italia potrà ripartire in modo "giusto".

La nozione giuridica di crisi. Il favor per la continuità dell'attività d'impresa e la protezione del lavoro

È opportuno individuare, innanzi tutto, la definizione giuridica di «crisi» d'impresa. Essa è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a) del CCII, ove si trova una descrizione generale - la probabilità di insolvenza (*likelihood of insolvency*) - e una descrizione opportunamente concreta quale l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nell'arco temporale di dodici mesi. Ma essa deve coordinarsi con la nozione di «pre-crisi» contenuta sempre nel CCII - lo «*squilibrio patrimoniale o economico-finanziario*» che renda probabile la crisi - da cui deriva che non tutte le situazioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario integrano una situazione di crisi bensì solo quelle nella quali vi siano le condizioni dell'art. 2, comma 1, lett. a) cit. (si pensi alle ricadute di questa nozione - là dove ritenuta estensibile oltre i confini del CCII - sui licenziamenti economici!).

Giova anche evidenziare il *favor* della legislazione sovranazionale e interna per la continuità aziendale che, quando declinata come continuità indiretta, si identifica con il tema di queste riflessioni.

In effetti la *ratio* di fondo della riforma della disciplina delle procedure concorsuali pone la liquidazione giudiziale (il vecchio fallimento) come *extrema ratio* e mira, per quanto più possibile, alla continuità aziendale e al recupero delle imprese.

Trasferimento d'impresa uno strumento indicato dal legislatore per uscire dalla crisi o gestire l'insolvenza

La circolazione dell'impresa o di una sua parte (e della forza lavoro impiegata) assume il ruolo di strumento di mantenimento dell'occupazione quale alternativa al licenziamento collettivo.

In caso di crisi o insolvenza, il trasferimento d'impresa viene sovente indicato dal legislatore nazionale quale strumento per il superamento della situazione di crisi o per la gestione dell'impresa insolvente (ad es. le norme contenute nel CCII all'art. 12, comma 2, in tema di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, all'art. 25-*septies*, comma 2, in tema di concordato semplificato, all'art. 84, comma 2, in tema di concordato in continuità, all'art. 189, commi 3 e 4, e all'art. 214, in tema di liquidazione giudiziale e le disposizioni in tema di amministrazione straordinaria).

Si noti come l'art. 189, comma 3, del CCII preveda esplicitamente – nella liquidazione giudiziale – il trasferimento d'azienda fra le condizioni da verificare preventivamente per poter procedere al recesso dai rapporti di lavoro subordinato.

Funzione della disciplina e interessi tutelati

L'interesse protetto dalle previsioni nazionali e sovranazionali, che regolano la fattispecie, è il mantenimento dell'occupazione; la direttiva n. 23 del 2001 non contiene alcun richiamo alle esigenze di flessibilità o di competitività delle imprese, di contro, dispone che i fenomeni circolatori debbano essere governati da regole volte a «*proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore*» (considerando n. 3).

Tuttavia, la tecnica utilizzata dall'art. 2112 c.c. è costituita da una deroga alla regola in caso di successione a titolo particolare nel rapporto di lavoro (art. 1406 c.c.) per cui, in caso di trasferimento d'impresa, i rapporti di lavoro proseguono automaticamente con il nuovo titolare, a prescindere dal consenso dei lavoratori ceduti.

Può accadere, quindi, come è stato osservato, che il cedente sia indotto a «*liberarsi agevolmente del fattore umano relativo al segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza affrontare i costi del licenziamento collettivo*».

Una eterogenesi dei fini che, però, contrasta con un argomento logico che si fonda sulla *ratio* della disciplina.

Il diritto alla prosecuzione del rapporto nei confronti del cessionario è giustificato dalla necessità di salvaguardare l'occupazione e proteggere i dipendenti dal licenziamento. Ne deriva che se il passaggio dovesse condurre a un licenziamento verrebbe obliterata la ragione della protezione, sicché l'interesse del dipendente a dissentire col trasferimento è certamente un interesse rilevante per il diritto.

L'oggetto del trasferimento

Alla luce di queste riflessioni si può dare una sommaria lettura delle previsioni che definiscono la fattispecie, come disciplinata dal diritto interno. Su di esse si è interrogata lungamente la giurisprudenza e la dottrina. In questa sede ci si limiterà ad alcune brevi riflessioni.

Dalle previsioni della direttiva (art. 1, par. 1, lett. b), dell'art. 2112, comma 5, c.c. e dell'art. 29, comma 3, d.lgs. 276/2003, si ricava che gli elementi essenziali per la definizione dell'oggetto del trasferimento sono: l'attività, la sua organizzazione, la sua identità. In sintesi, si tratta di un'«*attività economica organizzata dotata di identità*», nozione che si discosta sia dalla definizione d'azienda dell'art. 2555 c.c. che dalla nozione di impresa ricavabile dall'art. 2082 c.c..

Ai fini dell'applicazione della disciplina del mantenimento dei diritti dei lavoratori, poi, si aggiungono alcune caratteristiche necessarie ma estranee al nucleo essenziale come l'indifferenza della presenza di un fine di lucro, la preesistenza e la conservazione dell'identità. Pertanto, non tutte le «*attività organizzate dotate di specifica identità*» rilevano ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. ma solo quelle che siano preesistenti e che conservino la propria identità nel passaggio.

Resta il fatto che si tratta di formule elastiche di smisurata genericità nelle quali è possibile sussumere le più differenti realtà concrete.

Inoltre, vi è il complesso tema dell'individuazione del ramo d'azienda ovvero dell'«*articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata*». Con la precisazione che l'atto di identificazione da parte del cedente e del cessionario può solo avere un contenuto accertativo e non costitutivo.

Per sussumere le fattispecie concrete nelle nozioni di “attività economica”, dotata di “organizzazione” e di una propria “identità”, e della sua “articolazione”, dotata di “autonomia funzionale”, può giovare la giurisprudenza della CGUE, secondo cui, ciò che importa, è che venga mantenuto il “*nesso funzionale di interdipendenza e complementarità fra i*

vari fattori trasferiti” anche se integrati in una nuova e diversa struttura organizzativa al fine di continuare un’attività economica identica o analoga.

Impresa in crisi o insolvente e mantenimento dell’occupazione. Le modifiche all’art. 47 L. 428/1990

Con riguardo alla prosecuzione dei rapporti di lavoro fra cedente e cessionario vi è una deroga introdotta nella direttiva 2001/23/UE, all’art. 5, par. 1 che costituisce una codificazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze Abels, d’Urso e Spano). Nella normativa interna, la deroga è contenuta, principalmente, nell’art. 47, comma 5 della L. n. 428 del 1990 riscritto dal CCII (ma anche nel comma 5-ter e non nel comma 4-bis).

Il nuovo testo del comma 5 dell’art 47 della L. n. 428/1990, con una formula che si spinge oltre il perimetro della direttiva, prevede il principio generale secondo il quale «*i rapporti di lavoro continuano con il cessionario*» quando il trasferimento di azienda riguardi un cedente sottoposto a procedura c.d. fallimentare o di insolvenza analoga (liquidazione giudiziale, concordato preventivo liquidatorio, liquidazione coatta amministrativa).

Sono previste due possibili deroghe: quando la continuazione dei rapporti di lavoro sia impedita da previsioni contenute in contratti collettivi ex art. 51 d.lgs. 81/2015, o all’interno di accordi individuali stipulati ex art. 2113, comma 4, c.c..

Ma non basta solo l’accordo (collettivo o individuale), perché non deve trattarsi di un’attività economica che sia “continuata”. In più, l’accordo collettivo deve avere una «*finalità di salvaguardia dell’occupazione*», pertanto deve contenere delle previsioni che mirino al recupero dell’occupazione, in modo parziale o con riassunzioni.

A queste regole, deve aggiungersi la previsione di cui all’art. 189, comma 3, CCII già citata, secondo la quale il curatore prima di procedere al licenziamento della forza lavoro deve verificare se non sia possibile trasferire l’attività d’impresa (e non il contrario!).

Per le vicende circolatorie che riguardano le imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, vi è la nuova formulazione dell’art. 47, comma 4-bis, L. 428/1990 che prevede, in caso di continuazione dell’attività, «*il trasferimento al cessionario dei rapporti di lavoro*» mentre, nell’opposto caso in cui la continuazione dell’attività non sia stata disposta o sia cessata, il nuovo comma 5-ter consente la deroga alla prosecuzione dei rapporti di lavoro fra cedente e cessionario ma solo in presenza di un accordo collettivo.

Con queste previsioni occorrerà misurare l’attuale portata (o sopravvivenza) degli artt. 56 c. 3-bis e dell’art. 63, comma 4, della Legge Prodi bis (d.lgs. 270/1999) nonché dell’art. 5, c. 2-ter, della legge Marzano (d.l. n. 347/2003).

Conclusioni

Le operazioni di trasferimento di attività economiche organizzate o di loro articolazioni funzionalmente autonome hanno un ruolo decisivo nella ripartenza della nostra economia e infatti, da un punto di vista giuridico, la continuità indiretta viene indicata come strumento per massimizzare il valore dell'attività economica stessa sia per chi la esercita che per i dipendenti che vi operano ma anche per l'economia in generale.

In questo quadro emerge come il legislatore abbia indicato con molta chiarezza il trasferimento d'impresa come strumento per governare la crisi economica.

Al contempo, affinché queste operazioni di trasferimento non scivolino verso mere esternalizzazioni volte unicamente a dismettere il personale addetto – anche sulla base di quanto emblematicamente emerge dal nuovo comma 5 dell'art. 47 cit. - le norme dovranno essere lette alla luce dell'unica *ratio* che le sostiene: il mantenimento dei posti di lavoro.

L'autore
di questo articolo

FILIPPO AIELLO
Avvocato giuslavorista

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

Organizzazione delle imprese e ruolo del sindacato

GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI

Non è più appagante la ricostruzione della partecipazione del sindacato italiano all'organizzazione dell'impresa nei termini della cosiddetta "partecipazione conflittuale", il contesto è maturo per un salto in avanti che spinga il modello di partecipazione verso una partecipazione che si potrebbe definire "partecipazione incentivata ad *condividendum*".

Il tema della relazione, organizzazione delle imprese ruolo del sindacato, è un tema classico del diritto del lavoro che tocca uno dei nodi nevralgici della materia perché si interroga sulle condizioni, i limiti e gli effetti con cui il sindacato, cioè un soggetto esterno, terzo rispetto all'impresa, può incidere sull'organizzazione di essa e quindi partecipare di un potere che è tipico dell'imprenditore.

E' un tema classico che, però, si rinnova continuamente, sollecitato com'è dagli stimoli che arrivano dall'esterno, dal mutare del contesto, del tessuto nel quale tale ruolo si svolge.

Nella relazione si darà conto innanzitutto del contesto in cui si svolgono oggi le relazioni sindacali e quindi dei nuovi stimoli che da questo contesto derivano.

Sotto questo profilo, la relazione vuole dimostrare come non sia più appagante la ricostruzione della partecipazione del sindacato italiano all'organizzazione dell'impresa nei termini della cosiddetta "partecipazione conflittuale" essendo il contesto maturo per un salto in avanti che spinga il modello di partecipazione fuori dalla prospettiva meramente conflittuale, verso una partecipazione che si potrebbe definire "partecipazione incentivata *ad condividendum*".

Infatti, la sempre più ampia attribuzione di un ruolo su temi organizzativi e quindi la possibilità, laddove riesca a raggiungere un accordo, di ingerirsi nel potere organizzativo del datore di lavoro, rende il sindacato compartecipe di quel potere che si esprime nei confronti dei lavoratori. E', cioè, possibile affermare che quando il sindacato raggiunge un accordo su temi di organizzazione, esso concorre a svolgere il ruolo dell'imprenditore e, dunque, si sposta dal piano conflittuale rivendicativo per allinearsi al datore di lavoro con cui contratta.

Appare, allora, opportuna una corretta valorizzazione di questo ruolo del sindacato nel senso di riconoscere a tutti gli accordi conclusi sull'organizzazione delle imprese, la funzione di dare una sorta di *imprimatur* di legittimità a quanto le parti hanno condiviso, *imprimatur* che impedisca ai singoli interessati di rimettere in discussione la formula organizzativa concordata.

Nella relazione si illustra, poi, come un appiglio normativo alla sollecitazione alla valorizzazione degli accordi di organizzazione si può

trovare nel riscritto art. 2086 c.c., rubricato, a far data dal 2019, gestione dell'impresa.

Interrogandosi sulle ricadute in chiave giuslavoristica di questa norma - che al neo-introdotta comma 2 impone all'imprenditore che operi in forza societaria o collettiva di adottare un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa - si esclude che essa arrivi ad affermare che l'organizzazione è adeguata solo se condivisa con il sindacato. Il novellato art. 2086 c.c., cioè, non impone di concordare con il sindacato l'organizzazione dell'impresa.

Certamente, però, esso rivitalizza le previsioni che impongono al datore di lavoro di informare e consultare il sindacato quando intende intervenire sulla organizzazione dell'impresa e nella relazione si propone di leggere l'art. 2086 c.c. nel senso che in esso si può trovare l'*imprimatur* di legittimità delle decisioni organizzative che sono state assunte con l'accordo del sindacato, decisioni che diventano, quindi, intangibili da parte dei singoli lavoratori coinvolti.

In altre parole, si propone di trovare nel comma 2 dell'art. 2086 c.c. il fondamento normativo per dare una nuova legittimazione al ruolo del sindacato nelle operazioni di organizzazione, nel senso di affermare che l'assetto organizzativo che esce da un confronto ed accordo sindacale genuino è da ritenersi "l'assetto adeguato" ex art. 2086 c.c. e quindi non può esser messo in discussione dai lavoratori.

Ma come anticipato, tale lettura non implica il contrario; non implica, cioè, che in mancanza di accordo l'operazione di riorganizzazione non è legittima o adeguata, perché così si introdurrebbe un obbligo di contrarre con, ed uno speculare potere di veto del, sindacato che la nostra Costituzione agli art. 39 e 41 non consente.

Si propone, invece, di dotare l'operazione organizzativa avallata dall'accordo con il sindacato di un'insindacabilità di cui non gode quella condotta unilateralmente dal datore di lavoro, sempre rimessa alla valutazione di genuinità e legittimità del giudice.

La relazione prosegue, poi, soffermandosi sulle sollecitazioni a ripensare il ruolo del sindacato in tema di organizzazione delle imprese che arrivano dalla realtà empirica.

In particolare, si sottolinea come il tessuto sul quale oggi il sindacato è chiamato a svolgere un ruolo è ben diverso da quello del passato.

E', infatti, profondamente cambiata la morfologia del lavoro, sia quella soggettiva che quella oggettiva.

Dal punto di vista soggettivo, al binomio classico datore di lavoro/ lavoratori si affiancano sempre più spesso forme di collaborazione integrata (codatorialità, reti di impresa, ma anche lavoro tramite piattaforme e collaborazioni eterorganizzate) che vedono sulla scena una pluralità di soggetti in cui la figura del datore di lavoro, e quindi l'interlocutore, si

disarticola o scolora.

Dal punto di vista oggettivo, cambia, anzi è già cambiata, la fabbrica. Quella che nel modello fordista era il centro di gravità del sistema delle relazioni sindacali ora, con la fabbrica 4.0, l'*i cloud* ed il lavoro tramite piattaforme, ma anche con il lavoro agile, perde centralità. E con essa viene meno un punto di riferimento storico e classico dell'azione del sindacato. Se 50 anni fa con lo Statuto dei Lavoratori si celebrava l'ingresso del sindacato in azienda, ora occorre prendere atto del fatto che il mutamento della morfologia del lavoro talora spinge il sindacato ad uscire da essa.

A ciò si aggiunga il venir meno dei confini tradizionali dell'impresa, sempre più spesso costretta a misurarsi a livello globale.

Questi cambiamenti inevitabilmente incidono sulle modalità con cui il sindacato opera, non solo perché cambia il modo di intercettare i rappresentati ma perché cambiano anche le esigenze dei rappresentati, datori di lavoro e lavoratori.

Da una parte, la competizione globale ha già fatto emergere la necessità di forme di organizzazione modellate sulle specificità delle singole imprese che si confrontano su uno scacchiere non più solo nazionale ma mondiale, con conseguente espansione del contratto aziendale o di prossimità talora anche a danno e comunque in deroga di quello nazionale.

Dall'altra, anche dal lato dei lavoratori, emergono sempre più forti e dilatate esigenze di individualizzazione della disciplina del rapporto di lavoro e quindi istanze rivendicative che si formalizzano a livello del singolo contratto individuale di lavoro.

Ancora, si evidenzia come non venga meno, ed anzi anche in questo caso si acuisce, la necessità che il sindacato continui a svolgere un ruolo perequativo delle diseguaglianze e dei trattamenti minimali per un lavoro decente, il ruolo di calmieratore della concorrenza al ribasso, perché il *dumping* nuoce ai lavoratori ma anche alle imprese.

La prima parte della relazione si conclude, quindi, sottolineando come nell'organizzazione delle imprese il sindacato si trova impegnato su più fronti apparentemente contrapposti: da una parte talora soffre una lotta interna tra livelli di contratto, dall'altra rischia di avere un nuovo concorrente, dato dalle istanze del singolo ad una disciplina individualizzata; ed ancora il sindacato deve contemporaneamente farsi carico di una tutela generalizzata e minimale del lavoro decente e dall'altra rispondere alle sempre più forti istanze di valorizzazione delle esigenze differenziate e financo individuali dei rappresentati, imprese e lavoratori.

Fatte queste premesse di ordine generale, la seconda parte della relazione si sofferma sulle singole ipotesi in cui è chiamato in causa il sindacato, a partire dalla previsione trasversale di cui all'art. 8 del d.l. 138/2011, e dunque sul ruolo regolativo attribuito dal legislatore al contratto di prossimità. Si esamina, poi, il ruolo del sindacato in alte

ipotesi organizzative raggruppate per aree di intervento: il controllo del decentramento e delle forme di organizzazione dell'impresa (trasferimento di azienda, cambio di appalto); l'intervento sulle forme di collaborazione con l'impresa (lavoro agile, collaborazioni eterorganizzate, contratto a termine e somministrazione); il ruolo svolto nell'organizzazione dello svolgimento del rapporto (inquadramento dei lavoratori e formazione, obblighi di sicurezza) per finire con la gestione dei processi di riorganizzazione e ristrutturazione delle imprese.

Nelle conclusioni si sottolinea la necessità di un intervento del legislatore sulle questioni che attengono l'individuazione dei soggetti sindacali legittimati ad interloquire, pena il rischio che il sistema sindacale resti un gigante dai piedi di argilla.

L'autore
di questo articolo

GIOVANNA PACCHIANA
PARRAVICINI

Avvocato cassazionista,
Professore associato diritto
del lavoro università di Torino
Presidente Agi Piemonte-Valle
d'Aosta

I WORKSHOP / CONVEGNO AGI 2022

Lavoro e crisi di impresa, politiche attive, occupazione, parità di genere, somministrazione e contratti a termine dopo la pandemia

GIORGIA CASIELLO

La seconda giornata dei lavori del Convegno AGI 2022 di Trieste è stata dedicata al dibattito ed al confronto nell'ambito dei Workshops. Con l'obiettivo di rappresentare le istanze delle lavoratrici e dei lavoratori e quelle delle imprese, in questa complessa fase storica, questi momenti di confronto si sono occupati di politiche attive, di transizione occupazionale, di formazione e di incentivi all'occupazione, nonché di ammortizzatori sociali, di parità di genere, di strumenti di composizione della crisi e di risanamento aziendale. Particolare attenzione è stata data altresì agli strumenti di flessibilità introdotti nel contratto, a seguito dell'emergenza pandemica, nonché allo sviluppo e alla fisionomia attuale dei contratti atipici a termine, ai quali si è largamente ricorso durante il medesimo periodo.

Politiche attive, transizione occupazionale, formazione e incentivi all'occupazione

Il primo Workshop sulle ***“Politiche attive, transizione occupazionale, formazione e incentivi all'occupazione”*** coordinato e diretto dall'avvocata **Anna Danesi**, ha interessato la riforma delle politiche attive nell'ambito del PNRR: “La discussione delle avvocate e degli avvocati - spiega - si è concentrata, anche in chiave critica, sulle nuove missioni affidate ai servizi per il lavoro e la formazione professionale nella sempre più fluida dimensione del mercato del lavoro. Particolare attenzione è stata riservata all'incidenza di tali politiche nella gestione delle eccedenze del personale e degli ammortizzatori sociali e, conseguentemente, sull'effettività delle tutele offerte al lavoratore nel mercato del lavoro”.

Parità di genere e discriminazione

La presidente AGI Friuli Venezia Giulia, **Luciana Criaco**, ha coordinato e diretto il workshop sulla ***“Parità di genere e discriminazione”***, nel quale si sono analizzate le forme sotto le quali si manifesta la discriminazione sui luoghi di lavoro: “I relatori - evidenzia - hanno affrontato il tema della discriminazione indiretta, con particolare riferimento al fattore della disabilità, proseguendo con la trattazione, anche in chiave critica, del recente intervento del legislatore sulla certificazione ‘della parità di genere’. I lavori si sono conclusi con una riflessione sugli strumenti processuali predisposti a tutela del soggetto discriminato e sulla opportunità di un intervento da parte

del legislatore per porre rimedio al fenomeno della “proliferazione” dei riti nella materia”.

Nuove modalità di svolgimento del rapporto di lavoro dopo la pandemia

Le nuove modalità di svolgimento del rapporto di lavoro dopo la pandemia, sono state oggetto del workshop coordinato e diretto dal vice presidente nazionale AGI **Enzo Morrigo**: “Il fenomeno pandemico ha comportato modifiche - talvolta sostanziali- non solo sul modo di vivere delle persone, ma in tutti i campi: da quello economico-finanziario a quello politico e sociale. Il diritto del lavoro non è stato esente, anzi è stata una delle principali fonti di regolamentazione. Nel Nostro workshop abbiamo affrontato proprio questi problemi esaminando come la pandemia abbia influito sul diritto del lavoro facendo talvolta modificare, o comunque adattare, istituti regolamentatori, oramai consolidati, alla nuova realtà. I relatori hanno affrontato in particolare tre specifici macro argomenti individuando le modalità e talvolta le criticità che tali strumenti possono creare. Hanno esaminato da un lato il “lavoro agile” distinguendolo dal “telelavoro” affrontando le criticità insite in tale disciplina quali, a mero titolo di esempio: i limiti al controllo a distanza sull’attività dei lavoratori (non solo sullo svolgimento dell’attività, ma anche sulla performance lavorativa), gli adempimenti in materia di privacy, i problemi sulla sicurezza ed i possibili conflitti nascenti dalla regolamentazione collettiva e/o del protocollo nazionale del 7.12.2021 rispetto a quella privata, e quanto incidono le nuove norme sulla trasparenza sull’istituto in oggetto. Dall’altro il lavoro svolto tramite piattaforme digitali, gli orientamenti giurisprudenziali, l’inquadramento dei riders anche secondo il modello Scoober e tutti gli aspetti relativi alle comunicazioni obbligatorie previste dal “Decreto Recovery”. Infine, la disciplina dei licenziamenti: come si è modificata rispetto a prima del fenomeno pandemico ed una volta cessato il c.d. “blocco dei licenziamenti” (le recentissime sentenze della Corte Costituzionale e della Cassazione; quelle di merito in ordine alla dovuta o meno imposizione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza; la rilevanza disciplinare delle condotte del lavoratore durante lo svolgimento del lavoro agile)”.

Ammortizzatori sociali, composizione della crisi di impresa e risanamento aziendale

L’avvocato **Nicola Caroppo** ha coordinato e diretto il workshop sugli “*Ammortizzatori sociali, composizione della crisi di impresa e risanamento*”

aziendale”: “Abbiamo analizzato la recente riforma sugli ammortizzatori sociali, con particolare attenzione alla modifica dei presupposti per l’accesso ai medesimi. Le relazioni e il dibattito si sono concentrati sulle novità introdotte dal codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in merito al c.d. concordato semplificato e sulle ricadute che le medesime novità avranno sul contenzioso. La riflessione del gruppo di lavoro si è conclusa con l’analisi del ruolo assunto dal sindacato nell’ambito della composizione della crisi di impresa”.

Contratti a termine e somministrazione dopo l’esperienza emergenziale

Infine il workshop sui “*Contratti a termine e somministrazione dopo l’esperienza emergenziale*”, è stato coordinato e diretto dal presidente AGI Lombardia, **Giorgio Molteni**: “Oggetto del confronto, in chiave ricostruttiva e critica, è stata la stratificazione normativa che ha interessato il contratto a termine e quello di somministrazione di lavoro soprattutto nell’ultimo decennio. Un particolare approfondimento è stato riservato allo spazio riconosciuto al sindacato in materia di deroghe ai “limiti” al ricorso al contratto a termine. L’analisi è stata allargata al di là dei confini nazionali, con la trattazione dei contenuti delle recenti pronunce della Corte di Giustizia sulle suddette fattispecie contrattuali e sulla conformità della legge italiana alle norme europee. I relatori hanno, in conclusione, volto lo sguardo al lavoro delle corti nazionali, delineando i possibili scenari conseguenti all’interpretazione della legislazione nazionale alla luce delle pronunce della Corte di Lussemburgo”.

Tutti temi che sono oggetto delle relazioni che pubblichiamo in questa Rivista e degli ulteriori approfondimenti che troverete sul sito di AGI e del Convegno (per approfondimenti, contenuti, materiali e diretta streaming in <https://www.giuslavoristi.it/articolo/1246/convegno-nazionale-agi-34-il-lavoro-e-l-39-impresa-nell-39-italia-che-riparte-34-la-cronaca-gli-atti-le-immagini>).

L’autore
di questo articolo

GIORGIA CASIELLO
Avvocata dell’Ufficio Studi
AGI

WORKSHOP1 / CONVEGNO AGI 2022

Le politiche attive e l'occasione storica del piano *next generation*

MAURIZIO DEL CONTE

Persa l'occasione per una gestione accentrata delle politiche attive, al paese si è presentata l'occasione storica del finanziamento europeo connesso al piano Next Generation EU. Per evitare che le ingenti risorse impegnate vengano disperse in attività burocratico/procedurali con un impatto marginale sulla occupazione, sarà necessario che le autorità centrali (Ministero del lavoro e Anpal) accompagnino la fase di implementazione del piano con una puntuale attività di indirizzo e vigilanza sulle misure predisposte dalle regioni.

La tradizionale via italiana della tutela occupazionale è stata la conservazione del contratto di lavoro, anche oltre la sua sostenibilità economica. Non a caso la quota maggioritaria della spesa in ammortizzatori sociali è destinata alla cassa integrazione guadagni, in ogni sua declinazione strutturale o eccezionale (c.d. in deroga.). La risposta italiana alla strategia europea per l'occupazione, volta a rafforzare i servizi di politiche attive per l'occupazione e la ricollocazione, è stata fredda, ribadendo la centralità della tutela contro i licenziamenti. Tuttavia non sono mancati i tentativi di riformare il sistema, con l'intento di riequilibrare il rapporto tra politiche passive e politiche attive. Se il primo segnale in questo senso può essere fatto risalire alla legge 196 del 1997 (c.d. "legge Treu"), con il D.lgs. 276 del 2003 (c.d. legge Biagi) il legislatore ha provato a rivedere nel suo complesso le regole del mercato del lavoro. Ma è soprattutto grazie agli interventi della legge 92 del 2012 (c.d. legge Monti-Fornero) e della più articolata riforma del 2015 (c.d. Jobs Act) che è stata profondamente ridefinita l'architettura istituzionale delle politiche di sostegno alla occupazione. Tuttavia, anche le ultime riforme hanno sostanzialmente fallito l'obiettivo di allineare il nostro paese alle esperienze europee più virtuose. Ciò si deve fondamentalmente a due ordini di ragioni: la prima è di natura economica, posto che la riforma del 2015 è avvenuta a "invarianza di spesa"; la seconda è di natura istituzionale, come conseguenza della mancata riforma del titolo quinto della Costituzione, che avrebbe comportato la centralizzazione della governance dei servizi per l'impiego.

L'occasione storica del finanziamento europeo connesso al piano Next Generation EU

Persa l'occasione per una gestione accentrata delle politiche attive, al paese si è presentata l'occasione storica del finanziamento europeo connesso al piano Next Generation EU. La conseguente elaborazione del PNRR ha, in effetti, previsto un intervento straordinario di rafforzamento dei servizi

per il lavoro e la formazione professionale. Il piano attuativo GOL, in realtà già tratteggiato nelle sue linee essenziali prima del PNRR, sembra per lo più un finanziamento dello status quo dei servizi, piuttosto che una radicale riforma degli stessi. Inoltre, gli obiettivi del piano sono solo marginalmente focalizzati sui risultati occupazionali, mentre l'attenzione è posta principalmente alle attività di trattamento dei disoccupati finalizzate a un generico miglioramento della occupabilità delle persone. Per evitare che le ingenti risorse impegnate vengano disperse in attività burocratico/procedurali con un impatto marginale sulla occupazione, sarà necessario che le autorità centrali (Ministero del lavoro e Anpal) accompagnino la fase di implementazione del piano con una puntuale attività di indirizzo e vigilanza sulle misure predisposte dalle regioni, esercitando il potere sostitutivo laddove gli obiettivi non siano raggiunti. Ma, soprattutto, sarà necessario che i meccanismi di rendicontazione della spesa non si riducano a una mera contabilità dei flussi di finanziamento, ma siano collegati a parametri di impatto reale sia in termini di occupazione (sotto il profilo quantitativo e qualitativo) sia di certificazione delle competenze acquisite attraverso i percorsi formativi finanziati.

L'autore
di questo articolo

MAURIZIO DEL CONTE
Professore Ordinario di
Diritto del Lavoro, Università
Bocconi e Avvocato
Giuslavorista

WORKSHOP1 / CONVEGNO AGI 2022

Missione 5 e transizione ecologica e digitale

LUCIA VALENTE

Il processo di cambiamento e di transizione verso le nuove tecnologie e i nuovi lavori, può e deve essere accompagnato da una serie di interventi in grado di garantire la sostenibilità sociale, che eviti impatti traumatici e pesanti sugli attuali occupati e nello stesso tempo preveda nuovi investimenti.

Il futuro delle economie avanzate, secondo studiosi e analisti, sarà caratterizzato dalla digitalizzazione, dall'innovazione e dal vincolo della sostenibilità. Il lavoro sarà ibrido e fluido sia nei contenuti sia nelle forme e richiederà competenze specialistiche e trasversali. Chi ha un lavoro, se non aggiornerà le proprie competenze, rischia di perderlo. Chi, invece, non ha un lavoro e lo cerca, se non sarà opportunamente guidato e assistito nel mercato rischia di rimanere ai margini e di non accedere a un lavoro dignitoso.

Transizione ecologica e digitale

Gli effetti dei rapidi avanzamenti tecnologici e digitali già in atto prima della pandemia sono fin d'ora evidenti nelle trasformazioni dei processi produttivi. Una parte rilevante dei cambiamenti in atto è ascrivibile alla transizione ecologica e all'esigenza di nuove competenze in settori strategici come quello dell'*automotive* che stanno determinando esuberi di personale; altra parte altrettanto rilevante è la transizione digitale che impone di "educare" cittadini e lavoratori alle opportunità collegate alle competenze digitali.

Il processo di cambiamento e di transizione verso le nuove tecnologie e i nuovi lavori, può e deve essere accompagnato da una serie di interventi in grado di garantire la sostenibilità sociale, che eviti impatti traumatici e pesanti sugli attuali occupati e nello stesso tempo preveda nuovi investimenti. In questo contesto il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, PNRR, impiega fondi straordinari messi in campo dall'Unione Europea per superare le conseguenze economiche della pandemia. Il piano presentato dal Governo italiano, articolato in sei Missioni, finanzia anche le politiche per il lavoro per far fronte ai processi di transizione in atto. In particolare con riferimento al mercato del lavoro, la Missione 5 prevede quattro interventi principali che idealmente sono funzionali alla crescita del tasso di occupazione: potenziamento delle politiche attive; rafforzamento dei Centri per l'impiego; incentivazione dell'occupazione femminile; promozione di nuove competenze per ridurre il *mismatch* tra domanda e offerta di lavoro.

Missione 5 e il GOL

La stessa Missione 5 finanzia il programma GOL, Garanzia di Occupabilità dei Lavoratori, un programma nazionale che ha l'obiettivo di rendere meno traumatico il passaggio ai nuovi lavori anche mediante processi di ricollocazione accompagnata da imprese e sindacati; e il Piano Nazionale Nuove Competenze per accompagnare la transizione verde e digitale.

In questo contesto, è assai significativa la torsione delle politiche del lavoro verso le transizioni occupazionali impressa dalla legge di bilancio per il 2022 che ha introdotto una riforma degli ammortizzatori sociali nel segno della universalità accompagnata da misure inedite di accompagnamento al lavoro anche in caso di sospensione del rapporto di lavoro. Segno che il legislatore prende definitivamente atto del superamento della tutela del "posto di lavoro": e che il *welfare* della persona non può essere garantito, come in passato, dal mantenimento fittizio del rapporto di lavoro o da generosi sussidi economicamente insostenibili, ma da una stretta interazione tra sistemi di sicurezza sociale e disciplina del mercato del lavoro dove s'intrecciano le tutele della persona nell'intero suo ciclo di vita.

Contribuire a superare lo *skill mismatch* e far entrare le politiche attive del lavoro nelle aziende che devono far fronte a esuberi di personale è un obiettivo strategico della Missione 5 e della legge di bilancio che finanziano una serie di strumenti per l'accompagnamento al lavoro. In particolare con la legge di bilancio per il 2022, per i beneficiari di ammortizzatori sociali in transizione è introdotto l'accordo di transizione occupazionale; è rafforzata la formazione per i percettori di Cigs; sono promossi i patti territoriali per governare le transizioni occupazionali locali; è potenziato il contratto di espansione e sono promosse azioni di reimpiego che limitino la dispersione delle competenze dei lavoratori in uscita. Sono inoltre previste politiche attive anche per i lavoratori autonomi che chiudono la partita IVA e per i giovani fino a 29 anni non occupati né inseriti in un percorso di studio o formazione.

Con l'*accordo di transizione occupazionale*, le parti possono concludere un accordo che consenta ai lavoratori interessati dal trattamento di integrazione salariale per riorganizzazione o crisi che non siano più riassorbibili, una proroga del trattamento straordinario d'integrazione salariale di ulteriori 12 mesi qualora l'azienda non possa più accedere ad altri trattamenti di Cigs nel quinquennio mobile non ancora esaurito. I lavoratori interessati dall'accordo di transizione occupazione accedono al percorso 5 del programma GOL "ricollocazione collettiva". A tal fine, il nominativo dei lavoratori interessati è trasmesso all'Anpal che lo trasmette alle regioni coinvolte dalla vertenza per i dovuti adempimenti. Nell'accordo sindacale sono definite le azioni finalizzate alla rioccupazione

o all'autoimpiego, quali formazione e riqualificazione professionale anche ricorrendo ai fondi interprofessionali. La mancata partecipazione alle azioni concordate comporta la decadenza dalla prestazione di integrazione salariale. Sono infine previsti incentivi per i datori di lavoro che assumono lavoratori in transizione occupazionale.

L'autore
di questo articolo

LUCIA VALENTE
Professoressa Ordinaria di
Diritto del Lavoro, Università
Roma "La Sapienza"

WORKSHOP1 / CONVEGNO AGI 2022

Garanzia occupabilità lavoratori (Gol) e riforma delle politiche attive

VINCENZO SILVESTRI

L'attuazione del programma GOL a detta dell'Anpal e di alcune regioni, si trova in linea con quelle che erano le previsioni. Il raggiungimento degli obiettivi di medio tempo, rispetto alla data finale del programma, il 2025, sono importanti perché permettono di ottenere il pagamento delle tranche del finanziamento concordato con l'Europa. È noto come tali obiettivi in questo momento si identifichino col raggiungimento di quel target di persone previste dal programma stesso. La scommessa del piano, però, non può essere solo quantitativa, anche se sufficiente a incassare quanto promesso. C'è in gioco, infatti, l'occasione per una vera riforma dei servizi per l'impiego che questo paese insegue da quarant'anni. Non si può fallire per l'ennesima volta, sarebbe un altro schiaffo alle nuove generazioni.

In base alle ultime rilevazioni dell'Anpal circa 60 mila persone, ovvero il 10%, dei potenziali beneficiari individuati dal programma GOL (600mila persone), sono stati presi in carico, grazie alle regioni che sono partite per prime.

Dopo aver approvato i piani regionali nei tempi previsti - e, cioè, nel primo trimestre dell'anno - l'Anpal con apposita delibera ha adottato in primavera nuovi strumenti operativi per l'accesso al programma e la personalizzazione dei percorsi dei lavoratori, «l'assessment», una valutazione multidimensionale basata su dati quantitativi e interviste qualitative col lavoratore che permette di identificare, in base alla distanza dal mercato, le misure di politica attiva più idonee a migliorarne l'occupabilità.

Già da fine giugno alcune Regioni (Lombardia in testa) si sono attrezzate per utilizzare questi nuovi strumenti e al momento in cui scriviamo un buon numero hanno avviato le attività secondo le nuove regole stabilite dal programma. La prima fase di presa in carico dei beneficiari, da parte del sistema pubblico, cioè i Centri per l'impiego (Cpi), con l'individuazione per ciascuno dei percorsi di Gol da intraprendere, va, quindi, a buon ritmo. Parallelamente dovrebbe partire il coinvolgimento del sistema privato, direttamente coinvolto nell'erogazione delle misure, sia di politica attiva, sia di formazione.

Con la delibera sull'«assessment», l'Anpal ha aggiornato i livelli essenziali delle prestazioni secondo gli standard di Gol e ha fissato - secondo modalità di costo semplificato - le remunerazioni degli organismi privati, avendo molta cura a favorirne il coinvolgimento, in particolare, in favore dei soggetti più lontani dal mercato occupazionale. Sulla base di tali regole nazionali, gli avvisi per la partecipazione delle Agenzie per il lavoro e degli

Enti di formazione sono in corso di pubblicazione in tutte le Regioni; alcuni avvisi, tra l'altro, non sono impostati secondo la modalità della gara tra i partecipanti, ma prevedono una semplice manifestazione di interesse, cioè sono «a sportello», e quindi, soddisfatti determinati requisiti, dovrebbero permettere al segmento privato di partire subito con le attività.

Da quanti anni si scrive che i Centri per l'impiego non devono più occuparsi solo di pratiche amministrative e fornire servizi per aiutare le persone a trovare lavoro? Quantomeno da una delle tante riforme che affastellano il nostro passato; per dirne una si potrebbe citare la legge n. 56 del 1987.

Bene, con Gol si torna sull'ennesima riforma dei CPI. Sarà la volta buona? C'è da chiedersi se è veramente cambiato qualcosa rispetto a prima e, soprattutto, se ci siano le condizioni perché anche questa riforma non fallisca come le altre.

Quello che viene indicato come novità in capo ai CPI, consiste nella metodologia che dovrà essere usata nel prendere in carico una persona. Si dovranno, infatti, valutare i fabbisogni di competenze per indirizzarla a formazione adatta al suo profilo, effettuare azioni di accompagnamento personalizzate e pure contribuire a una progettazione complessa - insieme agli altri servizi territoriali - per fornire ulteriori supporti, oltre la sfera prettamente lavorativa (inclusione sociale, disabilità, ecc.).

Perché i CPI dovrebbero riuscire in questo compito e non perdere l'ennesima occasione per rinnovarsi? Si indicano due fattori sostanziali che segnano la discontinuità rispetto ai precedenti tentativi: il potenziamento in termini di risorse umane, che porterà a raddoppiare la dotazione organica, e la presenza di cospicui finanziamenti derivanti proprio dal piano europeo.

Bisogna dare atto che mai una quantità di risorse economiche, come adesso, sono state riversate sulle politiche attive. Se questo sarà sufficiente, non sarà facile prevedere, di sicuro alcune considerazioni è possibile farle sulla base di quanto sta accadendo.

Occorre distinguere gli obiettivi da raggiungere mediante il programma GOL, da quelli che dovrebbero permettere il definitivo traghettamento dei nostri CPI verso un ruolo proattivo.

Quanto definito nel PNRR nella missione cinque che troverà attuazione proprio grazie a GOL, molto probabilmente verrà raggiunto. Questo però, come vedremo, non significherà aver risanato la funzione dei CPI.

È noto come per ottenere gli obiettivi di GOL si dovranno raggiungere entro il 2025 tre milioni di persone e sottoporle al programma descritto sopra che sostanzialmente coincide nell'assistenza finalizzata a proporre una misura di formazione utile al soggetto ad aumentarne la occupabilità.

Il rischio è quello che per rincorrere le rigide tabelle di marcia del piano che impongono di concretizzare entro la fine di ogni anno determinati limiti quantitativi, pena il riconoscimento economico per l'anno successivo, si possano rincorrere solo i numeri a discapito del risvolto sociale che

dovrebbe avere tutta l'iniziativa: trovare l'occupazione. Del resto, il piano è stato concordato proprio sull'aumento dell'efficienza del servizio pubblico che a sua volta si misurerà, al fine del riconoscimento economico, sulla quantità di persone raggiunte per l'assessment, indipendentemente dal risultato occupazionale raggiunto.

Non è un caso che analizzando le tabelle di suddivisione dei target e le diverse modalità previste per accedere al programma, si comprende che il primo obiettivo non sono i disoccupati di lunga durata, bensì i percettori di ammortizzatori sociali. Non solo ad essi viene attribuito il peso preponderante (40% del budget), ma ad essi si dà un accesso prioritario al Programma. Infatti, al fine di rendere cogente il principio di condizionalità, i percettori di ammortizzatori sociali (cigs, naspi, dis/coll) e i percettori di reddito di cittadinanza devono partecipare alle iniziative proposte pena perdita del sostegno al reddito.

Si spera così da un lato di intercettare in breve tempo un numero molto alto di lavoratori da inserire nel programma, dall'altro di risolvere il problema della condizionalità, uscendo dalla trappola della "congrua offerta di lavoro".

Se, quindi, è molto probabile che le rate del PNRR saranno rimosse e nel 2025 avremo i tre milioni di persone raggiunte dal programma GOL, e anche vero che questo non significherà, come detto, che avremo raggiunto il più importante obiettivo di aver riformato nel profondo il servizio pubblico all'impiego.

Temi cruciali quali l'integrazione con le politiche della formazione, il consolidamento della Rete territoriale dei servizi, la cooperazione pubblico-privato, il maggior coinvolgimento delle imprese, la digitalizzazione dei processi, la semplificazione delle procedure, se non ben definiti negli obiettivi e nei tempi di realizzazione, molto difficilmente e solo in alcune Regioni potranno avere sviluppi operativi concreti nel breve e nel lungo periodo.

L'obiettivo di realizzare un "Sistema unitario delle politiche attive e della formazione" - con una riforma strutturale in grado di accompagnare i processi di cambiamento dell'economia e del mercato del lavoro indotti dalla transizione verde e digitale - esige viceversa che siano preventivamente risolti i nodi critici che hanno condizionato il cammino delle precedenti riforme.

È fondamentale, pertanto, che si giunga rapidamente a definire una scala di priorità delle questioni da affrontare e risolvere in chiave unitaria ed in forma concertata anche con il sistema privato.

A nostro avviso è necessario un vero e proprio cambio di paradigma che porti a superare le dispute ideologiche, i conflitti di competenza, i contrasti di interesse, che fin qui hanno connotato il dibattito sulle politiche del lavoro, con una nuova visione e una nuova prospettiva. GOL può essere una

grande occasione per aprire una nuova stagione riformatrice, a condizione che non lo si sfrutti solo per incassare le rate del piano.

Ecco alcune delle “questioni” che se non risolte, rischiano di fare diventare GOL l’ennesima occasione perduta, già presentate all’Anpal e al Ministero del Lavoro in un documento congiunto del Consiglio Nazionale dell’Ordine dei consulenti del lavoro e la sua Fondazione Consulenti per il lavoro.

Rete nazionale dei servizi e forme di cooperazione

L’art. 1 del D.Lgs. n. 150/2015 ha istituito la Rete Nazionale dei servizi per le politiche del lavoro con l’obiettivo di “promuove l’effettività dei diritti al lavoro, alla formazione ed all’elevazione professionale previsti dalla Costituzione, il diritto di ogni individuo ad accedere a servizi di collocamento gratuito, di cui all’articolo 29 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, mediante interventi e servizi volti a migliorare l’efficienza del mercato del lavoro, assicurando, tramite l’attività posta in essere dalle strutture pubbliche e private, accreditate o autorizzate, ai datori di lavoro il soddisfacimento dei fabbisogni di competenze ed ai lavoratori il sostegno nell’inserimento o nel reinserimento al lavoro”

Questa previsione, volta a promuovere un modello di “servizio pubblico” basato sul partenariato pubblico-privato, come il più idoneo a garantire i livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio nazionale, non si è tradotta in un modello condiviso e strutturato in ambito nazionale, per cui si sono nel tempo consolidati alcuni modelli regionali, tra di loro diversi e talora in contrapposizione.

L’istituzione da parte di ANPAL dell’albo nazionale dei soggetti accreditati non è valsa a rimuovere le numerose difficoltà che gli operatori incontrano in pressoché tutti i contesti, dove i sistemi di accreditamento sono attivi da anni, a dimostrazione che si tratta di un problema “strutturale” nelle regole di ingaggio previste sulle politiche attive per il lavoro, che necessita di una profonda revisione.

Se l’interesse generale è il buon funzionamento del mercato del lavoro occorre valutare i potenziali soggetti privati, che in virtù delle specifiche funzioni, siano i più idonei a cooperare strutturalmente con i centri per l’impiego.

Ciò chiama in causa il sistema di autorizzazione e accreditamento, che nell’attuale modello costituisce il requisito che l’operatore deve possedere per essere affidatario del servizio, senza tuttavia entrare strutturalmente a far parte del sistema. Si ritiene, viceversa, che la programmazione di una adeguata offerta di servizi per il lavoro debba porsi l’obiettivo di far crescere una rete strutturata di servizi pubblici e privati, in grado di integrarsi nel territorio, non solo per garantire i livelli essenziali delle prestazioni, ma

ancor più per qualificare e migliorare l'offerta complessiva.

A tal fine si potrebbero ipotizzare due diversi livelli di accreditamento, prevedendo requisiti generali, giuridici e finanziari comuni per tutti gli operatori e requisiti strutturali e requisiti professionali differenziati in relazione al grado di specializzazione degli operatori presenti nelle sedi e alle capacità logistiche delle stesse.

Il medesimo soggetto potrebbe essere accreditato secondo due livelli che tengano conto della complessità della domanda espressa e del fabbisogno individuale dell'utente e che consentano nel contempo di supportare il "sistema" a prendere in carico il maggior numero di soggetti.

Per l'accREDITamento di primo livello, i soggetti erogatori dovrebbero garantire requisiti professionali per l'erogazione di prestazioni "di base" per target non complessi (informazione, accoglienza, primo filtro e presa in carico, orientamento professionale, consulenza orientativa, accompagnamento al lavoro e incrocio domanda/offerta di lavoro), assicurando in tal modo una presenza capillare su tutto il territorio, rendendo effettiva la possibilità di prendere in carico e gestire un considerevole numero di utenti. Sotto l'aspetto strutturale sarebbe sufficiente possedere una sala d'attesa, un locale idoneo a garantire la riservatezza durante i colloqui individuali, nonché adeguati strumenti tecnologici per la gestione delle misure (ad esempio: rete internet, pc, programmi di scrittura, webcam con microfono).

Per ottenere l'accREDITamento di secondo livello, il soggetto dovrebbe garantire requisiti professionali e strutturali idonei a fornire prestazioni per l'inserimento lavorativo e l'inclusione sociale di soggetti fragili e vulnerabili, in condizione di particolare svantaggio o con disabilità. Oltre ai requisiti strutturali e operativi vigenti, dovrebbero assicurare il rispetto di precondizioni aggiuntive quali a titolo di esempio operatori dedicati con comprovata esperienza pluriennale nella gestione di target complessi e una rete consolidata con altri soggetti pubblici e privati sul territorio quali ASL, servizi socioassistenziali, enti del terzo settore. Si tratterebbe, pertanto di punti operativi maggiormente professionalizzati, con risorse aggiuntive e locali idonei presenti sul territorio di riferimento.

Ciò ha come immediata conseguenza la necessità di rimodulare il sistema di accREDITamento, valutando altresì l'opportunità di rivedere i costi standard, tenendo conto della complessità dell'utenza gestita e del tempo necessario per l'erogazione del servizio.

Semplificazione dei processi e delle procedure

L'esperienza ci insegna che una delle maggiori criticità nell'erogazione delle politiche attive è data dalla oggettiva complessità delle procedure, cui si

aggiunge una eccessiva frammentazione delle fasi del processo, che porta ad allungare la filiera dei soggetti coinvolti. Ciò comporta una notevole spreco di tempo, una grande mole di lavoro improduttivo, la trasmissione a catena delle inefficienze, lo scarico di responsabilità tra i diversi attori.

La semplificazione e la trasformazione digitale del sistema comportano una radicale revisione del modello dei servizi, fino a rivoluzionarne l'intera "offerta". È un processo graduale, peraltro per alcuni versi già in atto, che deve accompagnare l'intero percorso del programma, ma che deve essere avviato immediatamente e in forma vincolante.

Il "sistema" ha tempi di contatto e presa in carico con i potenziali beneficiari che mal si sposano con le modalità e le tempistiche a cui noi tutti siamo ormai abituati, ciò vale a maggior ragione per i giovani. Per i "nativi digitali" è impensabile recarsi fisicamente in un ufficio, magari a chilometri di distanza, per effettuare operazioni che possono essere gestite on line con la medesima efficacia.

È necessario semplificare il processo di presa in carico e l'inserimento nei percorsi previsti dalle misure, consentendo di gestire il tutto a distanza e con il medesimo soggetto erogatore. L'esperienza ci insegna che la gestione delle fasi della misura da parte di più enti scoraggia i beneficiari, che non comprendono il perché di tale meccanismo, con il rischio di non portare a termine i percorsi. L'obiettivo, pertanto, oltre a quello di un maggior coinvolgimento del beneficiario che deve rapportarsi con un unico soggetto, deve essere anche quello di ridurre le tempistiche di erogazione delle misure e, al contempo, azzerare i tempi improduttivi. Per tale via si garantirebbe, inoltre, una generalizzata riduzione dei costi di gestione (per i programmi e per i singoli enti) con un notevole miglioramento della performance, non dovendo aspettare "azioni" preventive o "successive" da parte di altri enti e rendendo, pertanto, più immediata e misurabile la valutazione dei risultati raggiunti dai soggetti erogatori (oggi interviene prima il CPI per la profilazione, poi il soggetto sceglierà da chi farsi accompagnare nella misura, e chi erogherà la formazione magari sarà un terzo ente).

La formazione

L'esigenza di rafforzare l'offerta formativa come asse strategico delle politiche attive del lavoro è largamente condivisa, così come non si discutono gli obiettivi strategici e le linee di indirizzo generale che il Programma indica. Al tempo stesso sono note le carenze del sistema e le enormi difficoltà a programmare, organizzare e rendere fruibile una offerta formativa che risponda alle effettive esigenze delle imprese e dei lavoratori. Anche su questo aspetto cruciale il Programma GOL si limita a fornire le linee di

indirizzo e a definire gli obiettivi generali, demandando ai Piani regionali il compito di individuare le modalità concrete. Questa impostazione va corretta, anzitutto distinguendo tra le azioni finalizzate ad una riforma complessiva del sistema, che richiedono interventi di carattere strutturale e di lungo periodo, da quelle connesse agli obiettivi specifici del Programma GOL, da realizzare nel breve periodo.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, si osserva che l'attivazione di percorsi formativi di upskilling/reskilling, da erogare contestualmente alla politica attiva, con lo scopo di ridurre il gap di competenze del singolo lavoratore rispetto ai fabbisogni espressi dalle imprese, non è per nulla una cosa agevole. Il rischio è di perpetrare il vecchio andazzo che porta a corsi inutili, cui i lavoratori partecipano per obbligo senza trarne benefici reali.

Per scongiurare ciò, a nostro avviso, è opportuno che la contestualità dell'erogazione e la fattiva partecipazione dell'impresa siano considerati requisiti essenziali, dall'altro è necessario superare gli attuali ostacoli normativi che impediscono al soggetto che ha in carico il beneficiario di erogare percorsi di formazione mirati all'inserimento immediato all'interno delle imprese. Le tempistiche di organizzazione dei corsi di formazione presso altri soggetti erogatori spesso non collimano con le esigenze delle imprese e dei beneficiari delle misure, con il risultato di perdere importanti occasioni di lavoro per entrambi. In tale ottica si ritiene utile ripensare il ruolo dei Fondi Interprofessionali, utilizzandoli anche come cerniera formativa finalizzata all'occupazione dei soggetti destinatari di GOL.

L'autore
di questo articolo

VINCENZO SILVESTRI
Presidente Fondazione
Consulenti per il lavoro

WORKSHOP2 / CONVEGNO AGI 2022

Discriminazione e parità di genere: il giurista non può prescindere dal dato normativo

ANNALISA MULTARI

La parità di trattamento non va intesa come diritto ad un trattamento uniforme per tutti, ma tutela delle diversità tramite normative specifiche volte a riequilibrare le situazioni particolari in modo da garantire l'effettività della eguaglianza e il divieto di discriminazioni irragionevoli. Così per le donne in cui le norme interne si sono poste a protezione della posizione assegnata loro dal consesso sociale in ragione del ruolo biologico.

L'ordinamento nazionale, in primis art. 3 cost. come norma generale che garantisce non soltanto la uguaglianza di tipo formale ma anche l'effettività della tutela attraverso la rimozione degli ostacoli all'esercizio di tale diritto che peraltro, come ritenuto dalla Corte Costituzionale in sentenza ormai datata, consente di impedire la vigenza di norme che creino delle discriminazioni arbitrarie, ma non equivale a far ritenere che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, essendo consentito che le norme giuridiche disciplinino in modo diverso situazioni diverse (cfr. Corte cost. 64/1961).

Ne consegue che la parità di trattamento non va intesa come diritto ad un trattamento uniforme per tutti, ma tutela delle diversità tramite normative specifiche volte a riequilibrare le situazioni particolari in modo da garantire l'effettività della eguaglianza e il divieto di discriminazioni irragionevoli. Il lavoro che la Repubblica riconosce come diritto dei cittadini (cfr. art. 4 Cost.) e dove l'oggetto dello scambio nel contratto sinallagmatico coinvolge direttamente la persona fisica, è un settore di elezione del principio sia come divieto di discriminazione per fattori elencati tipicamente nel primo comma dell'art. 3 Cost. che nella predisposizione di norme speciali di protezione per i soggetti che si trovano in situazione peculiare (vedi disabilità); in modo tale da garantire loro le medesime opportunità degli altri soggetti.

Così per le donne in cui le norme interne si sono poste a protezione della posizione assegnata loro dal consesso sociale in ragione del ruolo biologico: come vedremo la norma di cui all'art. 37 Cost. riconosce alle donne non solo la parità di trattamento nelle condizioni di lavoro (declinato poi in accesso e trattamenti economici e normativi) ma anche la tutela della sua funzione di familiare di madre e moglie (con le tutele speciali per le lavoratrici sia in vista del matrimonio che in stato di gravidanza anche rispetto alla risoluzione del rapporto di lavoro) e del lavoro di cura che di regola (congedi familiari, permessi per disabilità, assistenza ad anziani) è svolto dalle donne.

Peraltro **nel rapporto di lavoro permane il diritto del datore di lavoro** ex art. 41 Cost. di organizzare la propria impresa e dunque il diritto

a differenziare le posizioni lavorative anche rispetto al percorso di crescita professionale e livelli retributivi. Ciò in ambito privato atteso che nel sistema pubblico è sancito in via normativa il diritto alla parità di trattamento retributivo. Infatti la norma di cui all'art. 36 Cost. garantisce la sufficienza e adeguatezza della retribuzione ma prescinde da una comparazione intersoggettiva dei livelli retributivi ex art. 3 Cost.

Inoltre la disposizione di cui all'art. 2077 c.c. comma secondo come evidenziato anche dalle sezioni unite 4570/1996 conferma che le parti del contratto di lavoro individuale possono sempre pattuire differenziazioni di trattamento economico più favorevoli rispetto alle pattuizioni collettive; ne consegue che il datore di lavoro può differenziare la posizione di propri dipendenti dal punto di vista economico rispetto a compiti analoghi e quindi può sussistere un trattamento economico differenziato senza possibilità di sindacato da parte del giudice sotto il profilo della validità dell'atto di autonomia privata non essendo invocabile la violazione dei principi di buona fede e correttezza "salva la prova di una discriminazione tipizzata e a meno che il rispetto delle clausole discenda dalla necessità di comparazione delle situazioni di singoli lavoratori da parte del datore di lavoro che nel contesto di una procedura concorsuale o selettiva debba operare la scelta di alcuni di essi così Cassazione 23 Marzo 2011 numero 6639 (in tema precedente Cass.sez.U. 1996 n. 4570).

Così in materia di autonomia negoziale collettiva e di assenza di discriminazione anche Cass. 23330/21 ha ritenuto non sindacabile la disciplina collettiva che prevedeva l'esclusione di alcune voci salariali (terzo elemento salariale) nei confronti di personale assunto a tempo indeterminato a seguito di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro rispetto ai dipendenti a tempo indeterminato cui il trattamento economico era conservato; i dipendenti "trasformati" erano equiparati ai neo assunti ed erano esclusi da questa voce salariale che non avevano mai percepito e che non era più stata prevista dalle norme collettive successive (in questo caso le parti collettive avevano posto l'accento sulla maggiore esperienza del personale in servizio e quindi sul diritto ad un compenso per lavoro di qualità superiore senza incidenza però sul mantenimento della anzianità).

Accanto alle fonti normative interne va poi ricordato il diritto unionale in cui il diritto discriminatorio nasce inizialmente con finalità diversa nel senso che sorge come principio regolatorio del mercato comune (il lavoro è considerato merce che deve liberamente circolare) impedendo effetti di dumping sociale (così nel trattato originario era contenuto il principio di parità retributiva tra uomini e donne). Rispetto alla tutela di genere del diritto interno si tratta quindi di un diritto che tende alla emancipazione della donna nella consapevolezza che l'indipendenza passa anche attraverso l'eguaglianza economica.

Principio successivamente *ampliato con le direttive comunitarie e anche con le pronunce della Corte di giustizia che hanno individuato nuovi fattori di protezione* oltre alla differenza di genere ancorando la tutela in senso valoriale alla ricerca della tutela della dignità umana che non può essere pregiudicata dal possesso di elementi distintivi della identità “non scelti dall’individuo” – come genere, razza, età, origine etnica, handicap- ovvero “scelti”- come religione, convinzioni personali, orientamento sessuale-. Diritti fondamentali della persona che prescindono dallo status di lavoratore e vanno garantiti: così la direttiva 2000/43 che vieta le discriminazioni basate sulla razza e origine etnica contiene il riferimento alle condizioni di accesso all’occupazione e lavoro sia dipendente che autonomo, che rispetto ai diritti di cittadinanza, protezione sociale, prestazioni sanitarie e sociali, istruzione accesso ai beni e servizi; direttiva attuata dal decreto legislativo 215/03.

La direttiva 2000/78 che garantisce parità di trattamento in materia di occupazione, condizioni di lavoro, vietando le discriminazioni fondate sulla religione, convinzioni personali, handicap, età e tendenze sessuali attuata dal diritto interno con il decreto legislativo 216/03.

Attualmente il trattato di funzionamento dell’unione europea all’art. 157 garantisce la parità di retribuzione tra lavoratori di sesso femminile e maschile per cui a parità di lavoro anche sotto il profilo del valore della prestazione compete diritto ad eguale retribuzione con previsione di potere di intervento da parte del Consiglio e Parlamento europeo per adozione di misure che assicurino la parità di trattamento; parità che non vieta la previsione di norme interne che dispongano vantaggi specifici volti ad agevolare l’esercizio di attività professionale o compensare gli svantaggi nelle carriere da parte del sesso sottorappresentato.

Quadro completato ulteriormente dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza i cui articoli da 20 a 26 contengono l’elencazione dei diritti (sotto il capo uguaglianza, così il 21 sulla non discriminazione e il 23 sulla parità tra donne e uomini in tutti i campi compresa occupazione, lavoro e retribuzione); carta che l’art. 6 del trattato dell’unione europea riconosce avere lo stesso valore giuridico dei trattati. Ne consegue che il giudice interno può fare applicazione diretta di questi diritti nell’ambito delle controversie tra privati senza necessità di mediazione di norme interne; inoltre in ipotesi di contrasto di norma interna deve disapplicarla atteso il primato del diritto eurounitario o in ipotesi di conflitto sollevare questione di costituzionalità.

Rispetto alla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego non va dimenticata la direttiva 2006/54 che ha modificato le precedenti direttive e che è attuata in Italia con i decreti legislativi 145/05 e 5/10 che hanno a loro volta modificato alcune previsioni del codice delle pari opportunità fra uomo e donna (decreto legislativo 198/06); codice che aveva l’ambizione di garantire la pari opportunità con

riferimento a tutti i fattori discriminazione; tutela garantita ad ampio raggio sia nei confronti di soggetti privati che pubblici. Codice che come noto disciplina anche le azioni che possono essere realizzate dal soggetto leso e dai soggetti collettivi in ipotesi di condotte che risultano lesive di interessi categoriali. Norme che prevedono oltre al diritto di azione del singolo soggetto che lamenta discriminazione, anche il diritto di azione a organismi di tutela e questo anche nel caso di potenziale pregiudizio di interessi collettivi ovvero potenziale pregiudizio di categorie di soggetti accomunati dal fattore di discriminazione.

Sotto il profilo dei **diritti politici** va ricordata la modifica del 2003 all'art. 51 Cost. volta a garantire alle donne parità di trattamento anche per l'aspetto della propria eleggibilità.

Riforma estesa anche ai consigli di amministrazione delle società a controllo pubblico (la famosa legge Golfo – Mosca legge n. 120/11 che dal 2011 al 2020 ha consentito un aumento della presenza femminile nei consigli di amministrazione di società a partecipazione pubblica e quotate); presenza poi garantita anche dalla proroga ulteriore della durata degli organi e dalle norme introdotte anche nel settore bancario.

In via ulteriore le recenti modifiche al codice introdotte dalla legge 162/21 sia rispetto alla nozione di discriminazione che alla certificazione della parità di trattamento e la legge 105/22 di attuazione della direttiva 1158/19 in materia di tutela dei dipendenti che si occupano del lavoro di cura; legge dovrebbe garantire il diritto del lavoratore di fruire della flessibilità oraria per esigenze familiari senza subire pregiudizi rispetto agli altri dipendenti.

Non vanno poi dimenticate le norme sul **licenziamento individuale** contenute nella legge 604/66 come modificata dalla legge 108/90, nonché l'art. 18 nella sua formulazione dei primi tre commi come modificati dalla legge Fornero e la norma generale di cui all'art. 15 dello statuto dei lavoratori che inficia con la nullità ogni patto o atto sia diretto che indiretto che abbia l'effetto di discriminare il lavoratore sia nella fase di accesso, svolgimento che di scioglimento del rapporto di lavoro. Non da ultimo le norme anche penali sui maltrattamenti e molestie, cui conseguono tutele previste dal legislatore anche rispetto al rapporto di lavoro con diritti di congedo previsti per le donne che sono sottoposte a programmi di protezione con sospensione del rapporto di lavoro in essere (vedi legge n. 80/15 che all'art. 23 disciplina il congedo della lavoratrice sottoposta ad un programma di protezione).

Nel concreto la discriminazione vietata nella normativa europea e in quella interna pur con alcune differenze è diretta o indiretta

In linea generale si verifica discriminazione diretta quando un soggetto a causa di uno dei fattori tipici di discriminazione indicati dalla legge (età,

genere, orientamento sessuale, handicap, convinzioni personali o religiose, razza o origine etnica) lamenti un trattamento meno favorevole rispetto a quanto sia stato, o sia, o sarebbe trattato un soggetto che si trovi in situazione analoga (la comparazione può essere anche potenziale).

Indiretta è quando una norma, un criterio, una prassi apparentemente neutri possono mettere in posizione di svantaggio le persone che professano una religione, una ideologia, o che hanno un handicap, che appartengono ad un genere, che hanno una certa età o un orientamento sessuale rispetto ad altre persone che non presentano lo stesso fattore di rischio.

In entrambi i casi il soggetto che lamenta la discriminazione deve provare il nesso causale tra la differenza lamentata e il fattore di discriminazione; nel caso della discriminazione diretta la stessa può essere esclusa soltanto in presenza di deroghe dell'ambito di applicazione del divieto. Sotto il profilo causale la verifica da effettuare di regola è quella controfattuale ossia ci si deve chiedere se il soggetto che agisce avrebbe ricevuto oppure no lo stesso trattamento anche in ipotesi di insussistenza del fattore discriminatorio.

Nel caso della discriminazione indiretta rispetto ad una platea di soggetti il soggetto che presenta il fattore discriminatorio lamenta di essere trattato in senso sfavorevole; in questo caso è l'effetto del trattamento che risulta *contra legem* e non il trattamento in se stesso che di per se stesso è neutro; pertanto la prova deve riguardare gli effetti pregiudizievoli.

In entrambi i casi dalla prova esula l'intento soggettivo che è indifferente e ciò sia per individuare la condotta vietata che per le cause di esclusione della fattispecie vietata. per la discriminazione non è necessaria la prova della intenzionalità essendo sufficiente il principio oggettivo. Quando il soggetto che agisce è riuscito a provare la condotta sfavorevole e la discriminazione diretta o indiretta con regime agevolato di cui si dirà qui di seguito (il cd. fattore di rischio), il datore di lavoro per il principio di vicinanza della prova è tenuto a dare prova rigorosa della insussistenza della discriminazione.

Nel caso della discriminazione indiretta la causa di esclusione della condotta potenzialmente *contra legem* si ha quando il soggetto convenuto in giudizio provi che la condotta è giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari.

Nel caso delle discriminazioni dirette il legislatore europeo consente deroghe al principio di discriminazione da parte del legislatore nazionale quando per la particolare natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui viene espletata una determinata caratteristica è requisito essenziale e determinante per lo svolgimento della stessa purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato. Così il giudice comunitario ha ritenuto legittimo e non discriminatorio nell'accesso al lavoro una differenza di

trattamento all'accesso al lavoro e formazione, fondato su una caratteristica specifica di sesso se per la particolare natura dell'attività lavorativa di cui trattasi o per il contesto in cui essa viene espletata questa caratteristica sia un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa purché l'obiettivo sia legittimo e requisito proporzionato.

Sul punto va ricordato che anche nel diritto interno si è posta questione di requisito fisico e accesso al lavoro (in particolare si trattava di altezza minima necessaria per assunzione in una azienda di autotrasporto); nel caso di specie la Corte di Merito aveva ritenuto legittimo il regolamento che prevedeva per lo svolgimento della mansione di addetto alla autostazione il possesso di una determinata altezza nonostante la ricorrente lamentasse che si trattava di requisito che propriamente raggiungevano i maschi rispetto ad una femmina e che non fosse essenziale per lo svolgimento della mansione tanto da non essere neppure previsto nel bando di concorso. La Corte di Cassazione con sentenza n. 23562/07 aveva cassato con rinvio la decisione di merito che non aveva valutato la compatibilità della norma regolamentare che prevedeva un limite di altezza eguale per uomini e donne; disposizione che era ritenuta in contrasto con il principio normativo e comunitario di non discriminazione per ragioni di sesso ritenuto che statisticamente l'altezza prevista era raggiungibile dai maschi più facilmente che dalle femmine e quindi le donne erano indirettamente pregiudicate nell'accesso al lavoro. Cassazione con rinvio al giudice che valutasse se l'altezza prevista fosse in diretta relazione con la prestazione richiesta al neo assunto e quindi la prestazione da svolgere (nel caso di specie addetto ad autostazione) giustificasse il possesso di una determinata altezza o se si trattasse di un trattamento sfavorevole ingiustificato (discriminazione indiretta).

Sempre in tema anche più recentemente si era posta controversia per assunzione di personale presso una società di trasporto ferroviario e anche in quel caso l'istante lamentava che il limite staturale costituiva una forma di discriminazione indiretta; la società invece sosteneva che il limite di altezza fosse necessario per lo svolgimento delle mansioni tecniche affidate al neo assunto. Cassazione 3196/19 ritiene corretta sentenza di merito che ha disapplicato il regolamento che prevedeva questo limite di altezza in quanto non oggettivamente giustificato né la società aveva provato come era suo onere la pertinenza e proporzionalità del limite staturale alle mansioni comportate dalla suddetta qualifica. Interessante sotto il profilo dell'onere della prova

Ciò ci si permette di aggiungere in perfetta conformità al diritto comunitario e all'art. 23 della Direttiva 2000/78 che nel considerando 23 prevede che: "...in casi direttamente limitati una disparità di trattamento può essere giustificata quando una caratteristica collegata alla religione o alle convinzioni personali, a un handicap, all'età o alle tendenze sessuali

costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa a condizione che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato”.

In merito all'altezza i giudici di legittimità ricordavano pronuncia della Corte Costituzionale che aveva ritenuto violato il principio di eguaglianza da norma provinciale (provincia di Trento) che aveva previsto quale requisito per l'accesso alla carriera direttiva e tecnica del servizio antiincendio il possesso di un requisito fisico della altezza. Si legge nella motivazione della sentenza dei giudici costituzionali n. 163/93 quanto segue: "... L'art. 3, primo comma, della Costituzione pone un principio avente un valore fondante, e perciò inviolabile, diretto a garantire l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e a vietare che il sesso - al pari della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche e delle condizioni personali e sociali - costituisca fonte di qualsivoglia discriminazione nel trattamento giuridico delle persone. Il secondo comma dello stesso art. 3 della Costituzione - oltre a stabilire un autonomo principio di eguaglianza "sostanziale" e di parità delle opportunità fra tutti i cittadini nella vita sociale, economica e politica - esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza "formale", nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita, grazie al primario imperativo costituzionale di rimuovere i limiti "di fatto" all'eguaglianza (e alla libertà) e di perseguire l'obiettivo finale della "piena" autodeterminazione della persona e quello della "effettiva" partecipazione alla vita comunitaria.

Il principio di eguaglianza - con il conseguente divieto di discriminazione, diretta o indiretta, in base al sesso - ha una generale applicazione nei rapporti della vita, considerati nella loro concreta conformazione. La Costituzione, comunque, conferisce uno specifico risalto a determinate applicazioni di quel principio in ordine alle relazioni sociali ritenute più significative. Con riferimento ai rapporti di lavoro, l'art. 37 della Costituzione ribadisce il principio di parità di trattamento fra uomo e donna. Inoltre, l'art. 51 della Costituzione sottolinea lo stesso principio in relazione all'accesso agli uffici pubblici. Ma, una volta riconosciuto il diritto alla parità di trattamento fra uomo e donna, la stessa Costituzione prevede, all'art. 37, che il legislatore, nel dare attuazione a quel diritto, sia tenuto a bilanciarlo con altri valori costituzionali e, in particolare, con quelli connessi alle norme che tutelano la maternità e i "diritti della famiglia", in modo che sia assicurato alla donna il diritto-dovere di adempiere alla sua essenziale funzione familiare (v. sentenze n. 210 e n. 137 del 1986 e n. 123 del 1969). In definitiva, fermo restando il particolare ruolo sociale della donna in riferimento ai valori costituzionali positivamente collegati a quel ruolo (maternità, famiglia, etc.), dall'insieme dei principi appena ricordati deriva il divieto - significativamente enunciato in termini analoghi anche in ambito

europeo (v. artt. 2 e 3 della direttiva CEE n. 76/207 del 9 febbraio 1976) - volto a impedire qualsiasi discriminazione basata sul sesso in relazione alle condizioni di accesso nel posto di lavoro e, in particolare, nei pubblici uffici.

Il principio di eguaglianza comporta che a una categoria di persone, definita secondo caratteristiche identiche o ragionevolmente omogenee in relazione al fine obiettivo cui è indirizzata la disciplina normativa considerata, deve essere imputato un trattamento giuridico identico od omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali in ragione delle quali è stata definita quella determinata categoria di persone. Al contrario, ove i soggetti considerati da una certa norma, diretta a disciplinare una determinata fattispecie, diano luogo a una classe di persone dotate di caratteristiche non omogenee rispetto al fine obiettivo perseguito con il trattamento giuridico ad essi riservato, quest'ultimo sarà conforme al principio di eguaglianza soltanto nel caso che risulti ragionevolmente differenziato in relazione alle distinte caratteristiche proprie delle sottocategorie di persone che quella classe compongono. In breve, il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista violazione di alcuno dei seguenti criteri: a) la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati, tenuto conto della disciplina normativa apprestata; b) la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito; c) la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita.

La disposizione contestata si inserisce in un articolo di legge (provinciale) diretto a stabilire i requisiti particolari per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi della Provincia autonoma di Trento. Più precisamente, essa è specificamente rivolta a prevedere come criterio di selezione nel relativo concorso pubblico il possesso da parte dei candidati - tanto se di sesso maschile, quanto se di sesso femminile - di una determinata statura minima (pari a metri 1,65). La previsione di tale requisito fisico non è contestata in sé, in ragione del fatto che il personale considerato, pur se è destinato a svolgere normalmente funzioni direttive o impiegatizie, può tuttavia essere adibito, in determinate circostanze, anche a compiti operativi, compiti che, per le caratteristiche delle attività di cui constano, esigono nei soggetti chiamati ad espletarli una certa prestanza fisica. Ciò che si contesta, invece, è che la previsione di una statura minima identica per gli uomini e per le donne costituirebbe un'irragionevole sottoposizione a un trattamento giuridico

uniforme di categorie di persone caratterizzate, in base ai dati desumibili da una media statistica, da stature differenti. Con la conseguenza che le candidate al concorso pubblico precedentemente ricordato sarebbero penalizzate in ragione del sesso, dovendo subire, in conseguenza della disposizione contestata, quella che l'art. 4, secondo comma, della legge n. 125 del 1991 definisce una "discriminazione indiretta". La fondatezza della doglianza deriva dalla corretta applicazione al caso di specie dei criteri di giudizio, indicati al punto precedente, riconducibili al principio di eguaglianza. Nel condizionare la partecipazione al concorso pubblico sopra detto al possesso del requisito fisico di una determinata statura minima, identica per gli uomini e per le donne, il legislatore provinciale ha individuato come destinataria del precetto normativo contestato una generalità di cittadini, senza distinguere all'interno della categoria le persone di sesso femminile da quelle di sesso maschile. Tale classificazione risponde evidentemente a una valutazione legislativa che è basata su un presupposto di fatto erroneo, vale a dire l'insussistenza di una statura fisica mediamente differenziata tra uomo e donna, ovvero è fondata su una valutazione altrettanto erronea, concernente la supposta irrilevanza, ai fini del trattamento giuridico (uniforme) previsto, della differenza di statura fisica ipoteticamente ritenuta come sussistente nella realtà naturale. Nel primo caso, la violazione del principio di eguaglianza, stabilito dall'art. 3, primo comma, della Costituzione, è indubitabile, per aver il legislatore classificato una categoria di persone in relazione a caratteristiche fisiche non rispondenti all'ordine naturale, avuto presente che il fine obiettivo della disciplina normativa in esame è quello di selezionare l'accesso al posto di lavoro sulla base di criteri attinenti alla statura fisica. Non meno evidente è la violazione dello stesso principio costituzionale nel secondo caso: in quest'ultima ipotesi, infatti, l'aver previsto un requisito fisico identico per l'uno e per l'altro sesso sul presupposto della irrilevanza, ai fini dell'accesso al posto di lavoro, della diversità di statura fisica tra l'uomo e la donna - mediamente consistente, come risulta da rilevazioni antropometriche, in una differenza considerevole a sfavore delle persone di sesso femminile - comporta la produzione sistematica di effetti concreti proporzionalmente più svantaggiosi per i candidati di sesso femminile, proprio in ragione del loro sesso. In altri termini, l'adozione di un trattamento giuridico uniforme - cioè la previsione di un requisito fisico per l'accesso al posto di lavoro, che è identico per gli uomini e per le donne, - è causa di una "discriminazione indiretta" a sfavore delle persone di sesso femminile, poiché svantaggia queste ultime in modo proporzionalmente maggiore rispetto agli uomini, in considerazione di una differenza fisica statisticamente riscontrabile e obiettivamente dipendente dal sesso.

Del pari ricordavano i giudici di legittimità che anche nei corpi militari era prevista una altezza minima ma differenziata per uomini e donne. Nel

codice delle pari opportunità vi sono norme dedicate ai limiti staturali anche con riferimento agli impieghi pubblici e corpi militari.

Poste le fonti e le domande azionabili a livello processuale, le problematiche

Dal punto di vista giudiziale ad un esame delle pronunce più recenti le problematiche che si pongono all'interprete e all'operatore del diritto riguardano principalmente il principio della domanda, l'onere probatorio (sotto il profilo della allegazione e prova gravante su chi agisce e chi è convenuto in giudizio) nonché la tutela accordabile considerato il principio di effettività della tutela richiesto dall'art. 3 Cost. e il necessario bilanciamento con il diritto contrapposto dell'imprenditore ad organizzare la propria attività nei termini di cui all'art. 41 Cost..

Sul principio della domanda; la tutela predisposta dal legislatore è corrispondente ad un diritto soggettivo assoluto rispetto al quale il tribunale in funzione di giudice del lavoro ha cognizione piena indipendentemente dalla qualità pubblica o privata del soggetto convenuto in giudizio (come emerge anche di recente dalla sentenza emessa nei confronti di Ryanair a tutela del diritto di libertà sindacale individuale e collettiva qualificato come diritto fondamentale vedi Cass. 20819/21).

Chi agisce ha l'onere di allegare fatti idonei a prospettare la questione della discriminazione; va ricordato che la scelta del tipo di discriminazione è rilevante vincolando il giudice nell'esame della domanda.

In tema di comportamenti datoriali discriminatori, nel caso di discriminazione diretta la disparità di trattamento è determinata dalla condotta, nel caso di discriminazione indiretta la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto, di una disposizione, di una prassi in sé legittima; ne consegue che, essendo diversi i presupposti di fatto e, conseguentemente, le allegazioni che devono sorreggere le rispettive azioni, viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato il giudice che senza una specifica richiesta, ed in mancanza di specifiche allegazioni, pur nell'identità del "petitum", muti la "causa petendi" e qualifichi come diretta la discriminazione indiretta prospettata dalla parte. (In applicazione di tale principio, la S.C. con sentenza n. 20204/19 ha cassato la sentenza di merito che aveva qualificato come richiesta di accertamento di discriminazione diretta la domanda di un lavoratore, che chiedeva venisse dichiarato nullo il licenziamento intimatogli per essere indirettamente discriminatoria la disciplina collettiva sul comportamento quando applicata ai lavoratori disabili, sostituendo la "causa petendi" dedotta con altra fondata su un fatto diverso da quello allegato). Sulla rigidità delle allegazioni e della impossibilità per il giudice di valutare come indiretta una discriminazione indicata dall'istante come diretta vedi anche Cassazione 25543/18)

Competenza territoriale e rito

In primo luogo al di là dello strumento ordinario o sommario utilizzato – nel caso della parità di genere le previsioni contenute nel codice della pari opportunità non escludono la possibilità di ricorrere al ricorso ordinario ex art. 414 c.p.c. rispetto al quale comunque vale il principio di competenza fissato dalla legge che ha valore inderogabile e generale e che essendo collegato al luogo in cui si verifica il comportamento denunciato risponde al principio di effettività di tutela e vicinanza della prova. Così Cassazione 17392/21 In tema di azioni in materia di discriminazione di genere, ove la controversia sia promossa direttamente in via ordinaria, ai fini dell'individuazione della competenza per territorio occorre far riferimento al criterio del luogo in cui è avvenuto il comportamento denunciato, ex art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006, da ritenersi esclusivo ed inderogabile non solo rispetto all'azione specificamente prevista dal citato d.lgs., ma anche rispetto a quella ordinaria, avuto riguardo all'importanza primaria che, nel nostro sistema di valori, rivestono le finalità perseguite dal legislatore attraverso la disciplina antidiscriminatoria e all'esigenza di comuni regole processuali atte a garantire una tutela effettiva per l'attuazione dei principi di parità di trattamento.

È interessante il punto 44 della motivazione ove i giudici evidenziano che l'importanza primaria nel nostro sistema di valori che rivestono le finalità perseguite dal legislatore attraverso la disciplina antidiscriminatoria ha posto l'esigenza di creare delle regole comuni processuali indipendentemente dallo strumento sommario o ordinario adottato e ciò al fine di garantire l'effettività della tutela.

Analogamente sotto il profilo dell'onere della prova va ricordata la norma ritenuta generale ed applicabile in qualsiasi tipo di giudizio (ordinario, sommario o anche legge Fornero) in cui si discuta di discriminazione contenuta nell'art. 40 del decreto legislativo 198/06; deroga al principio generale della prova piena incombente su colui che agisce in giudizio e che pone una agevolazione probatoria per l'istante il quale può fornire un quadro di presunzioni precise e concordanti fondate su anche dati statistici in deroga alla norma generale del 2729 c.c. che richiede anche la gravità delle presunzioni.

Così nel caso di lavoratrice in stato di gravidanza che assumeva di aver subito una discriminazione non essendole stato prorogato o rinnovato il contratto a termine a differenza di quanto accaduto ad altri dipendenti che si trovavano in situazione analoga, la Corte di Cassazione con sentenza n. 5476/21 ha cassato la sentenza di merito in cui i giudici di appello avevano rigettato la domanda ritenendo che la parte non avesse provato pienamente la discriminazione. Per contro sul piano delle allegazioni e tenendo conto

del principio di vicinanza della prova i giudici di legittimità avevano ritenuto errata la sentenza, disponendo il rinvio ad altri giudici di merito perché valutassero alla luce della sufficienza di un quadro probatorio di presunzione, l'esistenza di una discriminazione fondata sul sesso di cui lo stato di gravidanza costituiva un sottosistema.

Nella motivazione si legge quanto segue: "... 10. Circa l'operatività dell'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006, questa Corte ha già da tempo affermato che, nei giudizi antidiscriminatori (sia proposti con le forme del procedimento speciale sia con quelle dell'azione ordinaria - v. Cass. 5 giugno 2013, n. 14206 -), i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 cod. civ. (finendosi altrimenti per porre a carico di chi agisce l'onere di una prova piena del fatto discriminatorio, ancorché raggiunta per via presuntiva), bensì quelli speciali, che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente; ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva n. 2006/54/CE - che ha riprodotto il testo dell'art. 4 della direttiva 97/80/CE citata -, le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione (v. in tal senso, tra le più recenti, Cass. 2 gennaio 2020, n. 1; Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543).

In senso analogo appunto Cass. 1/20 con riferimento a trasferimenti che avevano investito nella maggioranza lavoratori appartenenti ad un sindacato ove la Corte effettua una disamina completa dell'onere probatorio gravante su chi agisce per la discriminazione ritenendo che sia sufficiente un quadro di presunzioni non gravi a differenza di quanto previsto da 2729 c.c.. Ciò significa che se il quadro presuntivo è preciso e concordante ma non dotato di gravità e sussistono ancora dei margini di incertezza di prova piena, comunque tale margine ricade sul datore di lavoro che deve per contro fornire prova piena della non discriminatorietà della condotta (così in materia di disabilità da ultimo Cass. 9870/22).

Mi pare interessante anche ulteriore pronuncia Cass. 11530/20 nella quale la Corte nel confermare la correttezza della pronuncia di merito nella quale i giudici di appello avevano rigettato il ricorso della lavoratrice che assunta con contratto di apprendistato lamentava di non essere stata stabilizzata a causa del suo status di donna e madre, ha chiarito che chi propone la domanda deve comunque provare il diritto non c'è una inversione dell'onere a suo favore; l'attenuazione probatoria sopra

indicata produce l'effetto che una volta allegata la discriminazione e provata sotto il profilo presuntivo anche in termini statistici la condotta sfavorevole collegata al fattore di diversità lamentato (con decadenza di rito sulla indicazione dell'elemento di discriminazione) soltanto in quel caso scatta onere del datore di lavoro di dare la prova piena della assenza di discriminazione.

Nella motivazione si legge: "...9.1. Parte ricorrente non individua alcuna affermazione in diritto della sentenza impugnata in contrasto con il regime probatorio delineato dall'art. 40 d. Igs n. 198 del 2006, del quale ripetutamente denuncia la violazione. Anzi, la sentenza impugnata risulta del tutto coerente con tale previsione la quale non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della Direttiva CE n. 2006/54 (come interpretato da Corte di Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10), l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, relativi ai comportamenti discriminatori lamentati, purché idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso (Cass. n. 14206 del 2013) o, come nel caso di specie, in ragione dello stato di maternità. " I giudici ritenevano congrua la motivazione anche sotto il profilo della considerazione di un arco temporale più ampio rispetto a quello allegato dalla lavoratrice (per esaminare se effettivamente la azienda avesse stabilizzato uomini invece di donne o comunque donne non madri) rilevando come i dati statistici fossero più affidabili se riferiti ad un arco temporale più ampio.

Onere non comprende anche la prova della intenzionalità della condotta discriminatoria

Sul piano comunitario rileva la oggettività per quanto detto e ciò anche nel nostro ordinamento anche se poi sul piano pratico non mancano ipotesi in cui si verifica una confusione di piani nel senso che si chiede ai sensi del 1345 c.c. la prova anche dell'intento lesivo unico determinante.

Questo è accaduto in particolare con il licenziamento ritorsivo che parte della giurisprudenza più datata ha qualificato come specie del licenziamento discriminatorio, considerata la tendenza estensiva delle tutele e all'effetto pratico la nullità conseguente.

Dal punto di vista normativo il legislatore nel caso di condotta

discriminatoria compreso licenziamento, prescinde dall'intento lesivo così art. 4 legge del 1966/604 nonché art. 3 della legge 108/90: norme in cui le ipotesi di discriminazione sono ancora limitate (credo politico, religioso, affiliazione sindacale) ma in cui il legislatore espressamente evidenzia come sia irrilevante la motivazione dell'atto (così anche con riferimento alle condotte di cui all'art. 15 statuto lavoratori).

Ciò in particolare con riferimento al licenziamento ritorsivo che in alcune pronunce di merito e poi di legittimità era stato qualificato quale specie del più ampio licenziamento discriminatorio. Questo soprattutto in ragione degli effetti pratici che erano qualificati comunque in termini di nullità e applicazione dell'art. 18 nel testo originario indipendentemente dalle dimensioni aziendali in termini di organico e con estensione anche ai dirigenti. La assimilazione era stata effettuata dalle pronunce soprattutto nella necessità di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio. Così Cass. 2011 n. 17087. Si evidenziava in tal senso come al pari del licenziamento discriminatorio anche il licenziamento ritorsivo fosse affetto da nullità insanabile anche se in questo caso fosse onere del lavoratore provare che l'atto di recesso fosse stato determinato unicamente dalla intenzione ritorsiva e non fosse ricollegabile a giusta causa o giustificato motivo.

Attualmente l'art. 18 come modificato dalla legge Fornero prevede al comma 1 la tutela della nullità del licenziamento perché discriminatorio o intimato in violazione dei divieti stabiliti dalla legge (tra i quali come è noto matrimonio maternità) ovvero negli altri casi previsti dalla legge o determinato da motivo illecito determinante ai sensi del 1345 c.c. analoga previsione nella legge 23/15 art. 2. in cui ricade il licenziamento ritorsivo che l'attuale giurisprudenza di legittimità ha chiarito essere fattispecie diversa rispetto a quello discriminatorio : secondo la giurisprudenza il licenziamento ritorsivo è ingiusta ed arbitraria reazione rispetto ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata con onere del lavoratore di indicare e provare anche tramite presunzioni i profili specifici da cui desumere l'intento ritorsivo quale motivo unico e determinante del recesso. Cass. 2019 n. 1195. Ne consegue che è onere di chi agisce e lamenta il trattamento ritorsivo o discriminatorio essere chiaro sotto il profilo della domanda: nel caso di discriminazione per quanto detto la nullità dell'atto discende dalla violazione di norme interne e di diritto europeo , mentre nel caso del ritorsivo l'elemento qualificante è dato dalla illiceità del motivo unico e determinante il recesso; ne consegue che come detto nel discriminatorio il lavoratore può limitarsi a fornire elementi di fatto che siano idonei a fondare in termini precisi e concordanti la presunzione di atti o comportamenti discriminatori essendo onere del convenuto provare la insussistenza della discriminazione che opera obiettivamente in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore

riservato al lavoratore protetto e a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro), nel licenziamento ritorsivo invece il lavoratore oltre a provare l'ingiustificatezza del licenziamento deve provare anche il motivo unico determinante (così Cass. 2017 n. 14456).

Al fine di garantire l'effettività della tutela il legislatore ha attribuito al giudice potere ampio di carattere anche sanzionatorio e ciò al fine di ripristinare la situazione di eguaglianza che la condotta discriminatoria ha o potrebbe ledere (così la previsione della possibilità di pubblicare le decisioni). Per quanto riguarda l'effettività della tutela accertata la discriminazione il giudice nel caso di tutela sommaria può ripristinare la situazione ex ante analogamente a quanto previsto dall'art. 28 legge 300/1970 per le azioni antisindacali. Più problematica la questione risarcitoria ritenuto che l'art. 18 della direttiva in materia di discriminazione di genere prevede che gli stati membri debbano introdurre all'interno degli ordinamenti nazionali le misure necessarie per garantire che l'indennizzo o la riparazione siano reali ed effettivi, in modo da garantire di essere dissuasivo e proporzionato.

Trattandosi di un danno non predeterminato e di liquidazione equitativa rimane sul piano della discrezionalità del giudice; quindi va chiesto e provato anche con presunzioni.

va sul punto osservato che la giurisprudenza di legittimità anche di recente ha escluso che abbia natura di danno punitivo o danno penale; trattasi di danno accordabile solo quale misura ulteriore volta a riportare la situazione nella legalità e quindi accordabile dal giudice anche a soggetto portatore di interessi legittimi e non necessariamente un pregiudizio subito da una persona fisica(nel caso cui mi riferisco si trattava di associazione sindacale) e che essendo di natura comunitaria analogamente a quanto previsto dalla giurisprudenza per i contratti a termine , deve garantire la dissuasività ed effettività ; trattasi di danno non patrimoniale che nel caso di soggetto portatore di interessi collettivi si identifica con il pregiudizio dell'interesse protetto; . Nella pronuncia 20819/21 (vicenda di Ryanair che applicava contratto irlandese che prevedeva per il personale di cabina un contatto diretto con la società senza intermediazione sindacale pena il recesso dal contratto individuale di lavoro ovvero la non applicazione di incrementi retributivi).

provata la discriminazione era stato confermato anche il danno che purché motivato in modo congruo nella sua liquidazione non è sindacabile dal giudice di legittimità. Dunque trattasi di danno comunque soggetto ad una prova ex art. 1226 c.c. anche se poi liquidabile in via equitativa (in tal senso nel caso di responsabilità extracontrattuale e lesione del diritto collettivo della attività sindacale Cass. sez. U 20819/21

Nella massima si legge Nelle controversie in materia di discriminazione proponibili con il procedimento ex art.28 del d.lgs. n.

150 del 2011, è ammissibile, ai sensi del comma 5 del predetto articolo, la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, il quale, allorché sia riconosciuto a favore di un sindacato che abbia agito “iure proprio” a tutela di interessi omogenei individuali di rilevanza generale, si caratterizza per una funzione “dissuasiva”, che esula dai cd. “danni punitivi”, soprattutto se si consideri che la discriminazione collettiva rileva anche in assenza di un soggetto immediatamente identificabile.

Questo aspetto del danno può porsi anche rispetto al problema del *petitum* che può coincidere con la prestazione non riconosciuta per ragioni discriminatorie; la questione si è posta in termini problematici nel caso di prestazione di maternità riconosciuta dall’Inps in favore delle lavoratrici che operavano per compagnie aeree in misura retributiva inferiore rispetto a quanto corrisposto per la malattia; in quel caso la Cassazione ha riformato la sentenza di merito rigettando la domanda per intervenuta prescrizione annuale ritenendo che l’azione discriminatoria fosse soggetta allo stesso termine breve previsto per le prestazioni di maternità atteso che altrimenti si sarebbe ottenuta una discriminazione inversa dando spazio a domande non più proponibili in senso ordinario e che invece grazie alla diversa prospettazione potevano ottenere la stessa prestazione non riconosciuta inizialmente (così Cass. 2021 n. 25400).

Decisione criticata da alcuni autori che valorizzano il diritto discriminatorio come diritto diverso (che infatti è disciplinato dal legislatore con norme speciali) che peraltro nulla prevedono in termini di prescrizione. E’ anche vero che nel valutare il contenuto di una domanda e nel qualificarla il giudice tiene conto non soltanto della causa petendi ma anche del *petitum*; nel caso di specie i giudici di legittimità hanno valorizzato il principio di certezza del diritto con un ragionamento analogo a quello sviluppato dalla corte di cassazione con riferimento alla anzianità di servizio nei contratti a termine in cui era stato applicato il termine quinquennale valorizzando l’aspetto retributivo e non risarcitorio della richiesta. La questione rimane aperta perché come evidenziato dai commentatori indubbiamente nel caso della prestazione di maternità liquidata in forma ridotta manca la piena consapevolezza della lesione da parte delle interessate (tanto che ad agire era stato un organo terzo) e quindi la brevità del termine nel caso di specie cozzerebbe con la effettività della tutela che il legislatore comunitario impone anche nella previsione delle norme processuali che non devono risultare così restrittive da impedire sostanzialmente l’esercizio del diritto.

Se la misura liquidata dal giudice fosse stata valutata come uno strumento per ripristinare lo stato di parità che era stato pregiudicato dalla condotta dell’ente previdenziale, tenuto conto che anche la condotta del soggetto deve essere considerata dal giudice ai fini della liquidazione del danno, allora forse l’eccezione di prescrizione sollevata dall’Inps

avrebbe potuto essere rigettata dalla Corte.. Problema ancora aperto atteso che a fronte di una mancata previsione da parte del legislatore vi è chi sostiene l'applicabilità del termine ordinario di prescrizione ovvero la imprescrittibilità del diritto.

La parità di genere è una problematica particolare che ha dato luogo a poche controversie non tanto per l'inesistenza del problema quanto piuttosto per la difficoltà di prova trattandosi di discriminazioni al più indirette; eppure la parità di trattamento economico e normativo spettante alle donne le quali proprio in ragione della funzione familiare e biologica attribuita e che ha condotto a una normativa interna anche di protezione, sono fruitrici più degli uomini del lavoro a tempo parziale e in generale erano e sono destinate allo svolgimento di attività (come quelle del lavoro domestico, o agricolo in famiglia, ovvero nel settore tessile e manifatturiero) che sono meno remunerate ovvero non oggetto di tutela sindacale, è diffusa e soprattutto è presente in tutti gli ambiti. Posizione che l'aumento della flessibilità e precarizzazione del lavoro ha ulteriormente indebolito per certi aspetti. Importanti sotto questo profilo sono le norme contenute negli artt. 28 e 29 del decreto legislativo 198/06.

Sulla portata del principio di parità di genere e tutela della donna sotto il profilo del diritto ad un trattamento contrattuale non peggiorativo conseguente al suo status femminile merita a mio avviso richiamo anche sentenza della Cassazione 26663/18 per l'ampio respiro e la disamina della questione. Nel caso si trattava di un contratto aziendale per il quale la corte ha ritenuto corretta interpretazione del giudice di merito nel senso includere anche i periodi di congedo facoltativo di maternità ai fini della erogazione del premio fedeltà in quanto unica interpretazione che era rispettosa del principio di parità di trattamento. Occorre infatti considerare che la Direttiva n. 2006/54 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) ha statuito nei Considerando che "La parità fra uomini e donne è un principio fondamentale del diritto comunitario, ai sensi dell'articolo 2 e dell'articolo 3, paragrafo 2, del trattato, nonché ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le suddette disposizioni del trattato sanciscono la parità fra uomini e donne quale «compito» e «obiettivo» della Comunità e impongono alla stessa l'obbligo concreto della sua promozione in tutte le sue attività", (Considerando n. 2). "Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta chiaramente che qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso. Pertanto, occorre includere esplicitamente tale trattamento nella presente direttiva". (Considerando n. 23). "Per chiarezza, è altresì opportuno prevedere esplicitamente la tutela dei diritti delle lavoratrici in congedo di maternità, in particolare per quanto riguarda il loro diritto a riprendere lo

stesso lavoro o un lavoro equivalente e a non subire un deterioramento delle condizioni di lavoro per aver usufruito del congedo di maternità nonché a beneficiare di qualsiasi miglioramento delle condizioni lavorative cui dovessero aver avuto diritto durante la loro assenza”, (Considerando n. 25). L’art. 9, lett. g) del Direttiva citata considera discriminazione “interrompere il mantenimento o l’acquisizione dei diritti durante i periodi di congedo di maternità o di congedo per motivi familiari prescritti in via legale o convenzionale e retribuiti dal datore di lavoro”. Il D.Lgs. n. 198 del 2006, come modificato dal D.Lgs. n. 5 del 2010, di attuazione della citata Direttiva, impone di assicurare “la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini..., in tutti i campi, compresi quelli dell’occupazione, del lavoro e della retribuzione”. Il divieto di discriminazione per ragioni connessi al sesso, sancito già dall’art. 15, L. n. 300 del 1970, come modificato dal D.Lgs. n. 216 del 2003, è ribadito dall’art. 3 del D.Lgs. n. 151 del 2001 e dall’art. 25, comma 2 bis del D.Lgs. n. 198 del 2006, entrambi come modificati dal D.Lgs. n. 5 del 2010, che hanno esteso il divieto di atti e comportamenti discriminatori anche alla genitorialità, con particolare riguardo a “ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità o dell’esercizio dei relativi diritti”. In relazione al caso di specie, occorre peraltro considerare che la controricorrente usufruì dei periodi di astensione facoltativa dal lavoro per due semestri, negli anni 1991 e 1993, (cfr. ricorso per cassazione, pag. 5). 23. La disciplina in vigore all’epoca dell’astensione facoltativa era quella dettata dalla L. n. 2104 del 1971 che all’art. 7 stabiliva: “La lavoratrice ha diritto di assentarsi dal lavoro, trascorso il periodo di astensione obbligatoria di cui alla lettera c) dell’articolo 4 della presente legge, per un periodo, entro il primo anno di vita del bambino, di sei mesi, durante il quale le sarà conservato il posto. La lavoratrice ha diritto, altresì, ad assentarsi dal lavoro durante le malattie del bambino di età inferiore a tre anni, dietro presentazione di certificato medico. I periodi di assenza di cui ai precedenti commi sono computati nell’anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia”. In virtù di tale disciplina, solo la lavoratrice madre poteva godere dell’astensione facoltativa dal lavoro per sei mesi, trascorso il periodo di astensione obbligatoria, (cfr. ora art. 32, D.Lgs. n. 151 del 2001, sul congedo parentale). Se si interpretasse la disciplina contrattuale nel senso preteso da parte datoriale, cioè come tale da escludere dal computo dell’effettivo servizio necessario ai fini del premio i periodi di astensione facoltativa dal lavoro, si farebbe derivare dalle disposizioni in esame un effetto di discriminazione indiretta di genere. Ai sensi dell’art. 25, comma 2, D.Lgs. n. 198 del 2006 si ha discriminazione indiretta “quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un

determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari". Difatti, in base alla disciplina di cui alla L. n. 1204 del 1971 che consentiva solo alle lavoratrici madri di poter godere dell'astensione facoltativa dal lavoro, la correlazione del premio alla prestazione di effettivo servizio per un certo numero di anni, con esclusione dal computo dei periodi di astensione facoltativa dal lavoro, metterebbe le lavoratrici donne in una condizione sfavorevole e penalizzante rispetto ai colleghi uomini. Tanto basta a far ritenere corretta, ai sensi dell'art. 1367 c.c., l'interpretazione data dalla Corte di merito, in quanto la sola idonea ad evitare la nullità della clausola in parola per violazione dell'art. 15, comma 3, L. n. 300 del 1970, degli artt. 1 e 25 bis, D.Lgs. n. 198 del 2006, dell'art. 3, D.Lgs. n. 151 del 2001, come modificati dal D.Lgs. n. 5 del 2010.

La questione che si può porre è quella della volontarietà della scelta dell'orario ridotto che sotto il profilo del mantenimento. Infatti come è noto la direttiva comunitaria 81/97 di cui il decreto legislativo 61/00 costituisce attuazione tutela sia la volontarietà che la non discriminatorietà.

In particolare è evidente che la scelta del part-time implichi che sia il lavoratore che la lavoratrice siano garantiti nella possibilità di fruire stabilmente dei tempi di non lavoro assicurati dal contratto o che l'eventuale sacrificio degli stessi sia adeguatamente remunerato e compensato in termini non solo strettamente economici ma ad esempio sotto il profilo della considerazione anche in termini di progressioni future. La giurisprudenza comunitaria nel caso di trattamenti deteriori per i lavoratori part-time rispetto a quelli a tempo pieno ritiene sussistere una presunzione iuris tantum dell'esistenza della discriminazione a danno di personale di sesso femminile che è maggiormente occupato a tempo parziale, salva la dimostrazione della utilità sociale del trattamento differenziato (vedi Corte Giust. 7.3.1996 C-278/93).

La questione si pone soprattutto sotto l'aspetto del diritto del datore di lavoro di modificare discrezionalmente e con preavviso minimo gli orari di lavoro introducendo lavoro supplementare ovvero previsioni di contrattazione aziendale che aumentino le materie o la possibilità del datore di lavoro di modificare l'orario ovvero riducano le misure di compensazione previste nel caso di variazione od ancora prevedano sanzioni disciplinari per chi rifiuti di eseguire la prestazione in ipotesi di variazione di orario. Indubbiamente le recenti modifiche introdotte dalla legge 105/22 e anche la legge 162/21 costituiscono uno strumento importante di contrasto a questo tipo di condotte ; certo aver chiarito che parità di condizioni nell'accesso comprende anche le selezioni (essendo pacifico che nelle assunzioni è compresa anche la fase preassuntiva) come

pure le modifiche organizzative come elemento che può creare forme di discriminazione indiretta è un ulteriore tassello nella affermazione e tutela della parità di genere. Il part-time generalmente è scelto dalle donne piuttosto che dagli uomini. Ciò non significa che il datore di lavoro non possa retribuire in misura superiore i lavoratori a tempo pieno rispetto a quelli a part-time in modo globale (esempio trattamento pensionistico aziendale) ma nel caso di azione discriminatoria dovrebbe provare che la prassi salariale era giustificata da fattori oggettivi ed estranei da ogni discriminazione; nel caso di adattabilità dei lavoratori ad orari variabili la azienda dovrebbe dimostrare che la adattabilità ad orario è importante in modo specifico per l'esecuzione della prestazione richiesta.

Residua una ulteriore problematica che è quella delle progressioni essendo ancora poco diffuso una progressione apicale delle donne che per cause fisiologiche (maternità lavoro di cura) difficilmente in termini di quantità di lavoro (per durata giornaliera o complessiva come anzianità) raggiungono le progressioni degli uomini (anche nel pubblico).

A fronte di strumenti processuali ad hoc che disciplinano la tutela al fine di garantire una risposta rapida ed effettiva da parte del giudice, rimane il problema dell'istante di proporre domande che siano sufficientemente allegare negli elementi normativi e dell'interprete di valutare correttamente, nella consapevolezza che nella globalità del sistema la tutela delle diversità sarà un ambito sempre più frequente di confronto e interventi; materia ancora inesplorata e da valorizzare al fine di garantire il principio generale di civiltà sociale di cui all'art. 3 Costituzione.

L'autore
di questo articolo

ANNALISA MULTARI
Consigliere sezione Lavoro
Venezia

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

I licenziamenti dopo la pandemia

FABRIZIO DOMENICO MASTRANGELI

Al momento della ripresa, gli operatori del diritto del lavoro sono chiamati a confrontarsi, per quanto attiene i licenziamenti, con una disciplina nei fatti profondamente mutata, e che è suscettibile di ulteriori cambiamenti.

Quando mi è stato affidato il tema oggetto del presente intervento mi sono subito domandato: quale è il quadro con il quale devono confrontarsi il datore di lavoro e il lavoratore una volta superato il noto blocco dei licenziamenti ricollegato all'emergenza pandemica?

E il primo dato che mi è subito saltato agli occhi è che, una volta venuto definitivamente meno il noto divieto di recesso per ragioni oggettive, ci siamo trovati di fronte ad una disciplina fortemente mutata, vuoi per gli interventi della Corte Costituzionale, vuoi per gli arresti della Corte di Cassazione, vuoi infine per l'entrata in vigore dal 13 agosto scorso del c.d. Decreto Trasparenza (d.lgs. n.104/22)¹.

Si ha quindi la sensazione che -a fronte di un indubbio disagio sociale causato dallo scenario a livello mondiale- la giurisprudenza in primis si sia fatta carico di introdurre, per una strada diversa da quella legislativa, non secondarie limitazioni alla facoltà di recesso.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Partendo dal licenziamento per ragioni oggettive, abbiamo assistito negli ultimi tempi ad una totale riscrittura dell'art.18, settimo comma l.n.300/70.

A parte infatti quanto statuito con la sentenza n. 59 del 2021², il sistema è stato profondamente modificato a seguito della sentenza n. 125 del 2022³, facendo sì che anche la Corte di Cassazione (vedi la sentenza n.21470 del 6 luglio 2022) cassasse una pronuncia di merito per chiedere una nuova valutazione da parte del giudice di rinvio sulla base del mutato quadro normativo di riferimento.

-
1. Per una approfondita disamina del quadro anteriore alla recenti modifiche, cfr. AA.VV., *Il licenziamento*, Milano, 2019; GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020
 2. *In Foro It.*, 2021, I. 1510; *Arg. Dir.lav.*, 2021, 957, con nota di TIRABOSCHI, *La Corte Costituzionale "censura" la disarmonia tecnica e valoriale del legislatore*. Come è noto, tale pronuncia ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il settimo comma dell'art.18, l.n.300/70 nella parte in cui prevede
 3. *In Dir.e prat.lav.*, 2022,1487
- che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "può altresì applicare"- invece che "applica altresì" - la disciplina della reintegra. Per un commento su tale decisione, cfr. GHERA, *Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv.It. Dir. Lav.*, 2022, 3 ss.

Senza entrare nella disamina specifica della decisione della Consulta, ovviamente ben nota nel suo contenuto, mi permetto di formulare alcune brevi considerazioni critiche in merito.

a) In primo luogo a mio avviso il sistema aveva già trovato un suo equilibrio nel senso cioè che la Corte di Cassazione aveva delineato in più di una occasione i criteri in base ai quali ritenere che il fatto posto a base del licenziamento fosse manifestamente insussistente.

Infatti, la Suprema Corte aveva ritenuto che tale concetto dovesse essere riferito “ad una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso” (Cass. 12 maggio 2018 n. 10435). In sostanza si doveva trattare di una chiara, evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti di legittimità del recesso, cui non può essere equiparata una prova meramente insufficiente (cfr. Cass. 25 giugno 2018 n. 16702 e da ultimo Cass. 19 maggio 2021 n.13643)⁴.

E mai queste pronunce avevano sospettato di incostituzionalità il comma 7 dell'articolo 18, l.n.300/70.

Anzi, in talune occasioni la Corte di Cassazione aveva fornito una lettura particolarmente rigorosa della norma, affermando che «*la verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore*» (Così Cass.2 maggio 2018, n. 10435).

In ragione di ciò, secondo un filone interpretativo (vedi Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159 nonché Cass.29 luglio 2020 n.16253), anche la violazione dell'obbligo di ricollocazione, laddove fosse “manifesta”, poteva condurre alla reintegrazione nel posto di lavoro⁵.

Quindi, pur non ritenendo personalmente del tutto condivisibile tale orientamento (per le ragioni che poi verranno illustrate), comunque a livello di interpretazione giurisprudenziale la declinazione del concetto di “manifesta infondatezza” poteva già condurre alla reintegra nel posto di lavoro, lasciando quindi al Giudice la possibilità di valutare caso per caso la pretestuosità o meno del fatto (comprensivo dell'obbligo di repaceage) posto a base del recesso.

A ciò va aggiunto, mi si consenta una battuta, che il concetto di manifesta insussistenza ha comunque una sua valenza giuridica; non a caso, tanto per

4. In *Dir.rel.Ind.*, 2018, 888, con nota di ANGELETTI

5. Cfr. sul tema, VIDIRI, *Il licenziamento per motivi economici ed il repaceage nel diritto del lavoro che*

cambia, in *Arg. Dir.lav.*, 2019, 42 ss.; ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repaceage*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo*, Torino, 2017, 97 ss.

fare un esempio, la Consulta stessa viene investita sulla base di un giudizio di non manifesta infondatezza.

b) Nella motivazione della predetta pronuncia la Consulta afferma che è problematico nella prassi individuare il discrimine tra l'evidenza conclamata del vizio e l'insussistenza pura e semplice del fatto, ragion per cui il criterio prescelto dal legislatore si presterebbe a incertezze applicative e a soluzioni difformi.

Ma questo direi che è un rischio insito nel nostro sistema, nel momento in cui si tratta di applicare al caso concreto, la cui valutazione spetta al giudice di merito, la fattispecie astratta della giusta causa o del giustificato motivo.

c) Non concordo poi con quanto afferma la Corte, laddove sostiene che la tutela indennitaria sarebbe riservata ai soli casi di violazione dei criteri di scelta, mentre l'impossibilità di impiegare altrove il lavoratore (e cioè l'obbligo di *repechage*) farebbe parte del "fatto" la cui insussistenza porta inevitabilmente alla reintegra nel posto di lavoro.

In realtà, a mio parere, il "fatto" deve essere interpretato in maniera circoscritta; per esempio, se si licenzia per la soppressione di un posto in quel dato ufficio, il Giudice dovrà a mio avviso valutare la sussistenza o meno di quel dato "fatto" e somministrare la reintegra solo se quella circostanza non risponde al vero.

Il *repechage*, sempre a mio avviso, si pone -assieme ai c.d.criteri di scelta- in un obbligo che è estraneo al "fatto" vero e proprio che ha portato al licenziamento, la cui violazione-quindi-deve condurre ad una tutela meramente indennitaria⁶.

Per altro verso, la sentenza n.125/22 fa nascere l'interrogativo se il sostanziale ripristino della tutela reintegratoria per i licenziamenti per ragioni oggettive nell'ambito di applicazione dell'art.18, l.n.300/70 possa determinare un effetto di "trascinamento" anche per quanto riguarda possibili questioni di legittimità costituzionale inerenti la disciplina di cui al d.lgs.n.23/15 sempre per i recessi per ragioni oggettive.

Anche se nulla si può più oramai escludere a priori, personalmente reputo che la tecnica legislativa utilizzata nell'art. 3, comma 1, d.lgs.n.23/15 – dove vi è stata una scelta senza ambiguità per la tutela meramente indennitaria- renda la norma molto più impermeabile a sospetti di incostituzionalità.

Ma dove veramente ritengo che la Corte Costituzionale abbia oltrepassato il suo ruolo è nella sentenza n. 183 del 22 luglio ultimo scorso⁷.

6. Tutela indennitaria che comunque deve mantenere un proprio ambito di operatività, dal momento che l'art.18, 7 comma, l.n.300/70 dispone che nelle "altre ipotesi" in cui il Giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo trova applicazione il quinto comma dell'art.18 (per l'appunto la tutela indennitaria).

7. Per un primo commento, cfr. PICCININI, *Brevi riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale del 22 luglio 2022 n. 183*, in www.comma2.it; MANFREDI, *Licenziamenti, il criterio di distinzione fra datori per numero di dipendenti non attua un'efficace tutela*, in *Guida lav.*, 2022, 22 ss.

Infatti la Corte, con una sentenza “monito”, mette in discussione il confine fra tutela forte e tutela debole, invitando il legislatore ad intervenire sui parametri di cui all’articolo 9, comma 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015, minacciando un proprio successivo intervento qualora permanga una inerzia legislativa a tale riguardo.

Reputo non condivisibile la pronuncia della Consulta per le seguenti ragioni.

a) Anzitutto, la stessa Corte Costituzionale, sin da prima della l.n.108/90 ha più volte avuto modo di affermare che non viola alcun precetto costituzionale la cosiddetta tutela obbligatoria di cui articolo 8 della legge n.604 del 1966 (v.Corte Cost. n.81 del 1969; n. 155 del 1974; n.240 del 1993; n.44 del 1996, la quale ultima ha affermato proprio che è giustificata la diversificazione dei regime dei licenziamenti individuali in ragione delle dimensioni dell’impresa).

Dato che anche l’articolo 9 risponde a principi di tutela indennitaria, non vedo la ragione per la quale questo pur risalente giudizio debba essere disatteso.

Il tutto senza considerare che le centinaia di magistrati, sia di merito che di legittimità (da Cass.22 aprile 1997 n.3450 in poi), che hanno avuto modo di pronunciarsi su fattispecie di recesso in regime di tutela obbligatoria, non hanno ravvisato in tale sistema la violazione di alcun precetto costituzionale.

b) Ancor più sorprendenti sono poi le ragioni per le quali il sistema sarebbe potenzialmente violativo di precetti costituzionali.

Afferma infatti la Corte che *“in un quadro normativo dominato dall’incessante evoluzione della tecnologia e dalla trasformazione dei processi produttivi, al contenuto numero di occupati possono fare riscontro cospicui investimenti in capitali e un consistente volume di affari”*, cosicché il criterio numerico sarebbe sprovvisto di una significativa valenza.

Tale considerazione pare a me non opportuna, sia perché la stessa mira a condizionare scelte che spettano esclusivamente al legislatore sia perché a questo punto si rischia di introdurre elementi discretivi (come il volume di affari) quantomai aleatori e quindi potenzialmente forieri di ancora maggiori incertezze.

Del resto, a mio sommesso avviso, reputo ancor oggi condivisibile quanto affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n.81/69 secondo cui la componente numerica assume un valore determinante anche per quel che attiene l’organizzazione del lavoro, essendo rappresentativo della forza economica datoriale.

Inoltre, i moniti della Consulta potrebbero avere anche un riflesso sulla stessa disciplina di cui all’art.8 della l.n. 604/66, dove la differenza di regime tra tutela comunque forte ex art.18, l.n.300/70 (ed ancor più rafforzata dopo le sentenze n.59/21 e n.125/22) e tutela debole o meramente obbligatoria è ancora più marcata.

La mia preoccupazione è quindi che la Consulta possa, sempre in caso di

mancato intervento del legislatore, cancellare tout court le tutele obbligatorie (o indennitarie) dichiarando incostituzionali le norme di riferimento, creando però in questo modo un danno gravissimo alle piccole imprese, essendo illogico che un piccolo artigiano debba sopportare le medesime conseguenze economiche di una impresa di rilevanti dimensioni⁸.

I licenziamenti per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo. I riflessi sulla prescrizione

Per ora abbiamo parlato del giustificato motivo oggettivo.

Ma anche per quanto riguarda i licenziamenti per ragioni soggettive il quadro è fortemente mutato visti i recenti arresti dalla Cassazione: mi riferisco in particolare alle sentenze 11 aprile 2022 n.11665 e 26 aprile 2022 n.19115, le quali hanno affermato che è consentita al Giudice la sussunzione della condotta addebitata al lavoratore ed in concreto accertata giudizialmente nella previsione che punisca l'illecito con sanzione conservativa anche laddove sia espressa attraverso clausole generali o elastiche; ciò in linea con quanto sostenuto nella ordinanza interlocutoria 27 maggio 2021 n.14777 (Relatrice Dott.sa Ponterio)⁹.

Tale ricostruzione mi trova invece pienamente concorde, in quanto -come è noto-alcuni contratti collettivi (per esempio quelli del settore bancario) non contengono una specifica elencazione delle condotte illecite, per cui -seguendo una linea di pensiero contraria a quella ora fatta propria della Cassazione- la possibilità di somministrare la reintegra nel posto di lavoro sarebbe a priori esclusa proprio perché non esiste una elencazione di condotte riconducibili a sanzioni meramente conservative¹⁰.

8. Nel solco del trend che tende a limitare la facoltà di recesso va letta anche la sentenza della Cassazione 16 settembre 2022 n.20649, secondo cui il licenziamento intimato in violazione dell'art.2110 da datore di lavoro privo dei requisiti dimensionali di cui all'art.18, comma 8, l.n.300/70 deve ritenersi nullo; a tale recesso non può però applicarsi la c.d. tutela obbligatoria di cui all'art.8, l.n.604/66, in quanto tale tutela è stata limitata ai soli casi i cui non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo. La Corte ha quindi concluso nel senso che "il licenziamento intimato in violazione dell'art.2110, comma 2, cod. civ., è nullo e le sue conseguenze sono disciplinate, secondo un regime sanzionatorio speciale, dal comma 7, che a sua volta rinvia al comma 4, del medesimo articolo 18, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro".

9. Da non dimenticare anche quanto affermato da

Cass.19 novembre 2021 n.35581, in *Riv.it.dir.lav.*, 2022, 62, con nota di GARBUJO, secondo cui per la determinazione della proporzionalità della massima sanzione espulsiva il giudice di merito deve tenere conto di ogni aspetto della condotta anche laddove questa sia chiaramente configurata in astratto dal codice disciplinare aziendale e dalle tipizzazioni della contrattazione collettiva come giusta causa di licenziamento.

10. La già citata sentenza 26 aprile 2022 n.19115 ha anche ricordato l'orientamento della stessa Suprema Corte secondo cui "avuto riguardo alle previsioni della contrattazione collettiva che graduano le sanzioni disciplinari, essendo quella della giusta causa e del giustificato motivo una nozione legale, si è più volte espresso il generale principio che tali previsioni non vincolano il giudice di merito (ex plurimis, Cass. n.8718 del 2017; Cass.n.9223 del 2015; Cass. n.13353 del 2011)".

Ed ancora, vi sono varie pronunce che stanno mettendo in discussione quanto era stato affermato dalla Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n.30985 del 2017¹¹ giusta la quale il licenziamento illegittimo per fatto tardivamente contestato dovrebbe dar luogo solo alla tutela indennitaria “forte” di cui al comma 5 dell’articolo 18; si veda a tale riguardo quanto affermato dal Tribunale di Ravenna con ordinanza del 12 gennaio 2022¹², secondo cui -per l’appunto- la tardività costituirebbe indice della irrilevanza disciplinare del fatto, con conseguente applicabilità della tutela reintegratoria.

A ciò va poi aggiunto quanto si dirà nel proseguo per quanto attiene i controlli tramite agenzie investigative.

Assistiamo quindi ad un ritorno al passato, in quanto a mio avviso, in forza dell’attuale diritto vivente, almeno per i rapporti sorti prima del 7 marzo 2015 la reintegra ritorna ad essere la regola e non l’eccezione; stupisce quindi quanto affermato da Cass. 6 settembre 2022 n.26246, secondo cui allo stato attuale il rapporto di lavoro non è munito di adeguata tutela e quindi, senza operare alcuna differenza fra art.18, l.n.300/70 e d.lgs.n.23/15, per quei diritti non prescritti al momento dell’entrata in vigore della l.n.92/12 il termine di prescrizione decorre dalla cessazione dei rapporti di lavoro¹³.

Infatti, ritengo che sulla base del quadro appena delineato il lavoratore cui si applichi l’art.18 della l.n.300/70 goda di adeguata protezione nel caso dei licenziamenti, dal momento che per quelli collettivi è prevista ex art.5, comma 3, l.n.223/91 la reintegra nel caso di violazione dei criteri di scelta (e quindi per le violazioni di carattere sostanziale), mentre per i recessi individuali siamo ritornati ad un sistema che oramai ben poco si discosta da quello anteriore alle modifiche apportate dalla l.n.92/12, se non per la esclusione della reintegra essenzialmente per vizi di carattere procedimentale.

Rispetto dunque alle intenzioni che animarono la c.d. “riforma Fornero” assistiamo davvero ad una eterogenesi dei fini¹⁴.

11. In *Giur.It.*, 2018, 409, con nota di PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare. Le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*

12. In *Lav.giur.*, 2022, 5422, con nota di C.GAROFALO

13. Per un immediato commento, v. ALVINO-D’ONOFRIO, *Crediti prescritti dalla fine del rapporto di lavoro*, in *Il Sole 24 ore*, 7 settembre 2022, che per l’appunto non concordano sulla affermazione secondo la quale la tutela reintegratoria avrebbe allo stato un carattere recessivo. V.anche FERRARA, *Tutti precari sul lavoro, in Italia oggi*, 8 settembre 2022; ZAMBELLI, *Con la nuova prescrizione esigibili crediti di*

lavoro di oltre 15 anni, in *Il Sole 24 ore*, 10 settembre 2022.

14. Sul tema, per il quadro anteriore alla recente decisioni, cfr. MARESCA, *Sulla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi (in attesa dell’intervento nomofilattico della Cassazione)*, in *Arg.dir.lav.*, 2022, 211 ss., secondo cui “dopo la pronuncia di incostituzionalità del 2018 e avendo riguardo ai presidi da essa stabiliti quanto ai rimedi esperibili dal lavoratore illegittimamente licenziato, il timore del licenziamento non costituisce un vulnus all’esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti re ciò vale anche con riferimento al decorso della prescrizione dei crediti contributivi”.

È quindi auspicabile una rimeditazione rispetto alla soluzione cui ha aderito la Cassazione, nel senso cioè che pare a mio avviso più coerente con l'attuale sistema tenere conto della diversità di regime fra i rapporti assoggettati all'art.18, l.n.300/70 e quelli regolamentati dal d.lgs. n.23/15, dove effettivamente –salvi futuri interventi da parte della Corte Costituzionale- la reintegra nel posto di lavoro appare recessiva rispetto alla tutela indennitaria.

È in ogni caso inevitabile che le Sezioni Unite vengano investite del problema ex art.374, secondo comma c.p.c., trattandosi indubbiamente di questione della massima importanza.

—

"Decreto Trasparenza" e licenziamenti

Ma come se non bastasse, sempre in una curiosa concentrazione temporale, vi è stata l'entrata in vigore a partire dal 13 agosto 2022 del c.d. "Decreto Trasparenza" (D.lgs. n.104/22), che è potenzialmente idoneo ad avere un impatto anche per quanto riguarda i licenziamenti.

Infatti, l'art.14 del decreto va interpretato ed applicato con la dovuta attenzione.

Intanto, il primo comma utilizza la tecnica del divieto del licenziamento conseguente all'esercizio dei diritti previsti sia dal decreto n. 104/22 che dal decreto n.152/97; in ragione di ciò, la conseguenza di un eventuale recesso è quella della nullità di diritto comune, indipendentemente dalla data di assunzione del lavoratore e dalla dimensione del datore di lavoro.

La tecnica legislativa è quindi la medesima utilizzata per il blocco dei licenziamenti causa pandemia, per l'appunto nel senso di un totale divieto di recesso con conseguente pienamente reintegratorie.

Ancor più complesse questioni è destinato a sollevare il secondo comma¹⁵ dell'art.14.

A parte il fatto che –singolarmente- per la richiesta del lavoratore non è previsto un termine entro la quale la stessa debba essere formulata (mentre il datore di lavoro è gravato di un termine piuttosto ristretto per rispondere), la norma finisce anzitutto con il creare nel caso di licenziamento di lavoratori dipendenti una commistione con l'art.2 della l.n.604/66, che già prevede l'obbligo di specificazione dei motivi del recesso

15. Il secondo comma dell'art.14 prevede testualmente che "fatta salva la disciplina di cui all'art. 2 della legge 15 luglio 1966 n.604, i lavoratori estromessi dal rapporto o comunque destinatari di misure equivalenti al licenziamento adottate nei loro

confronti dal datore di lavoro o dal committente possono fare espressa richiesta al medesimo dei motivi delle misure adottate, Il datore di lavoro o il committente fornisce , per iscritto, tali motivi entro sette giorni dall'istanza".

(anche se uno spazio autonomo potrebbe rinvenirsi, per esempio, per un dirigente cui non sia applicabile direttamente un CCNL, visto che quasi tutti i contratti prevedono l'obbligo di contestuale specificazione dei motivi).

La domanda è quindi: se un lavoratore chiede espressamente la motivazione ex art.14, comma 2, anche se la stessa è già contenuta nella lettera di recesso (eventualmente anche *per relationem* con riferimenti alla contestazione disciplinare), il datore di lavoro è comunque tenuto a reiterare la comunicazione dei motivi?

E se il datore di lavoro non risponde, cosa succede, dal momento che la norma non specifica la sanzione conseguente alla omissione?

Vi sono tre opzioni interpretative:

- › l'atto rimane valido perché motivato ai sensi dell'art.2, l.n.604/66.
- › il recesso diventa illegittimo con il regime suo proprio in virtù dei limiti dimensionali e dalla data di assunzione;
- › il recesso diventa radicalmente nullo per violazione di norma imperativa.

Personalmente reputo che -se la finalità è quella della trasparenza e se l'atto è già motivato in ottemperanza all'art.2, l.n.604/66 - non vi è spazio per una ulteriore sanzione diversa da quella già esistente.

Per converso, vi è da domandarsi se- a fronte di un recesso totalmente generico (ad esempio, "ti licenzio per g.m.o.") - una richiesta del lavoratore può rimettere "in pista" il datore di lavoro per specificare i motivi del recesso.

Rimane da valutare se la norma in oggetto possa trovare applicazione anche in altre fattispecie per così dire contigue al licenziamento; mi riferisco in particolare al recesso per mancato superamento della prova, in quanto lo stesso potrebbe essere ritenuto atto equivalente al licenziamento essendo volto ad estromettere il dipendente dal rapporto.

Il dubbio è se -a fronte di un consolidato orientamento giurisprudenziale che non richiede alcun obbligo di motivazione per il recesso durante la prova- la novella introduca la necessità per il datore di dare conto delle ragioni per le quali ha ritenuto che il lavoratore non abbia superato la prova e, conseguentemente, quali possano essere le conseguenze per il caso di mancata risposta ovvero, se il datore di lavoro illustri i motivi, quali siano i limiti di sindacabilità degli stessi.

Sicuramente la norma avrà un considerevole impatto nei casi di recesso dai contratti genuinamente etero-organizzati (art.2, comma 1, d.lgs. n.81/15) o da quelli di collaborazione coordinata e continuativa ex art.409 n.3 c.p.c., dato che la previsione di che trattasi è applicabile anche ai medesimi, come dimostra anche il generico riferimento normativo alla estromissione dal rapporto e non al licenziamento tout court.

Ed anche in questo caso il problema sarà quello di individuare le conseguenze in caso di violazione di tale norma; personalmente ritengo che le stesse saranno quelle di matrice civilistica a seconda del contenuto

del contratto applicando i criteri di cui agli artt.1218 e ss. c.c., anche se – come già evidenziato per il recesso durante la prova- non è chiaro come la norma possa trovare applicazione in quelle fattispecie, sempre che siano genuinamente autonome, nelle quali è prevista contrattualmente la facoltà di recesso ad nutum.

Infine, ancora più indecifrabile è il terzo comma dell'art.14, giusta il quale, qualora il lavoratore faccia ricorso all'autorità giudiziaria lamentando la violazione del comma 1, incombe sul datore di lavoro la prova che i motivi adottati a fondamento del licenziamento non siano riconducibili a quelli di cui al comma 1.

Qui si pongono due problemi.

a) In primo luogo, gli obblighi a carico del datore di lavoro derivanti dal Decreto Trasparenza sono veramente molteplici (vedi anche l'art.10 sulla transizione a forme di lavoro più prevedibili, stabili e sicuri, oppure l'obbligo di preavviso in caso di modifica dell'orario di lavoro); ciò farà a mio avviso proliferare i ricorsi nei quali verrà dedotto che il reale motivo del recesso sarebbe l'esercizio dei diritti contemplati dal decreto.

Ed è da ritenere che-essendo la fattispecie da ricondurre alla categoria del licenziamento ritorsivo (oltre che nullo per violazione di norma imperativa)- la tutela sarà quella reintegratoria c.d. piena.

b) Stando alla lettera della norma, il datore di lavoro dovrebbe fornire la prova che il recesso non è ricollegato all'esercizio dei diritti da parte del lavoratore di cui al decreto: ritengo peraltro che, essendo impossibile fornire una prova negativa, tutto si incentrerà nel valutare se il datore di lavoro sia in grado di fornire la prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di recesso.

E in questo caso, se fosse stato mantenuto il concetto di “manifesta infondatezza del fatto”, avremmo avuto a disposizione un criterio valutativo in più, nel senso cioè che -laddove il recesso fosse stato ritenuto del tutto pretestuoso- ciò avrebbe rappresentato un elemento di conferma del reale motivo ritorsivo.

Nell'attuale quadro, ritengo comunque che, laddove il recesso per giustificato motivo oggettivo venga ritenuto illegittimo ed il lavoratore deduca la violazione dei diritti di cui al d.lgs. n.104/22, non si possa automaticamente ritenere la nullità del recesso per ragioni ritorsive.

La quesizione, ovviamente, non è certo secondaria, in quanto la ritorsività del recesso comporta una tutela reintegratoria piena, mentre ai sensi dell'art.18, comma 7 avremmo eventualmente o una tutela reintegratoria limitata dal punto di vista economico a 12 mesi ovvero una tutela puramente indennitaria.

E ciò vale a maggior ragione per i rapporti assoggettati al d.lgs n.23/15, dove in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo vi è -al momento- solo una tutela indennitaria.

A mio avviso, non si potrà ritenere ritorsivo il recesso qualora il fatto dedotto come motivo di licenziamento risulti effettivamente sussistente, anche se poi il licenziamento stesso viene ritenuto illegittimo per violazione dell'obbligo di repaceage o dei criteri di scelta; in questo caso, infatti, il fatto "oggettivo" è sussistente e ciò basta a mio avviso ad escludere la ragione ritorsiva del recesso, che come è noto deve costituire il motivo unico e determinante della risoluzione del rapporto.

Come si vede quindi, al momento della auspicata ripresa dopo la pandemia ci ritroviamo con un quadro normativo di riferimento in materia di licenziamenti non solo già profondamente mutato ma anche suscettibile di ulteriori evoluzioni se i moniti della Consulta non troveranno un effettivo riscontro.

Obbligo di utilizzo dei dispositivi di protezione individuale e sanzionabilità della condotta omissiva del dipendente

Il secondo profilo di quello che è il panorama sui licenziamenti attiene inevitabilmente le diversità di opinione per quanto attiene l'utilizzo di determinati dispositivi di protezione individuale nei luoghi di lavoro.

Mi riferisco in particolare all'obbligo di indossare le mascherine, che ha già portato a vari contenziosi.

Infatti, il datore di lavoro al momento si trova di fronte ad una complessa alternativa:

- a) se impone l'obbligo di indossare la mascherina, avrà indubbiamente a che fare con dipendenti riottosi che si rifiutano di metterla ritenendola nociva per la salute, portando tale opposizione alle estreme conseguenze;
- b) dall'altro lato, alcuni dipendenti potrebbero sostenere la funzione prevenzionale delle mascherine e richiederne quindi la generale adozione, con il rischio per il datore di lavoro che non ne impone l'utilizzo di vedersi esposto ad azioni risarcitorie da parte di chi ha contratto il virus e riesca a dimostrare che ciò sia avvenuto nell'ambiente di lavoro a causa della mancata adozione delle mascherine.

Personalmente reputo che nulla quaestio possa esservi sino a quando sono in vigore i vari protocolli conclusi fra le parti sociali (ultimo dei quali, il 30 giugno), essendoci una totale condivisione sulla utilità di tale dispositivo ai fini prevenzionistici.

Il problema si porrà qualora questi protocolli non vengano rinnovati ma il virus continui comunque a circolare, seppure -come si auspica- in misura inferiore al passato.

In proposito ritengo che l'applicazione al caso di specie del concetto di massima sicurezza tecnologicamente possibile -che sta alla base dell'art.2087 c.c. (cfr. per tutte Cass.16 maggio 2017 n.12110)- possa

consentire al datore di lavoro di imporre (in ambienti chiusi e condivisi con altri lavoratori o aperti al pubblico o comunque laddove non sia possibile un distanziamento interpersonale di almeno un metro) l'utilizzo delle mascherine, con conseguente sanzionabilità della condotta omissiva del lavoratore, addirittura fino al licenziamento nel caso di reiterate infrazioni.

Si vedano a tale riguardo le lucidissime considerazioni del Tribunale di Trento nella sentenza 8 luglio 2021 laddove afferma che va censurata la condotta del lavoratore che si sia rifiutato di indossare la mascherina dal momento che questi ha “anteposto all’interesse generale (oltre che a quelli di utenti e colleghi) proprie convinzioni personali che non trovano fondamento (contrariamente alle prescrizioni che impongono l'utilizzo della mascherina sui luoghi di lavoro, specialmente se chiusi) in conoscenze riconosciute dalla comunità scientifica perché sottoposte a severe verifiche”¹⁶.

Del resto, lo stesso Protocollo considera l'utilizzo della mascherina come un “presidio importante per la tutela della salute dei lavoratori”.

Sarà poi il medico aziendale a farsi carico di eventuali specifici casi di soggetti per i quali l'utilizzo della mascherina possa avere controindicazioni per la loro salute.

Lavoro agile e licenziamenti disciplinari

Il terzo ed ultimo profilo si ricollega al tema del lavoro agile¹⁷.

Infatti, il più frequente ricorso a tale modalità di svolgimento della prestazione fa nascere vari problemi per quanto attiene la rilevanza disciplinare di alcune condotte del lavoratore, con particolare riferimento al controllo che può esercitare il datore di lavoro sul corretto svolgimento della prestazione di lavoro da remoto e a distanza ed ai comportamenti ulteriori che le parti possono configurare come inadempimento.

In primo luogo, a mio avviso nasce il problema della ampiezza della facoltà di controllo da parte del datore di lavoro¹⁸.

Infatti, il necessario coordinamento dell'art.21 della legge n.81/17 con l'art.4 dello Statuto dei Lavoratori fa sì che, almeno teoricamente, il datore

16. Nello stesso senso, cfr. Trib.Venezia 4 giugno 2021 n. 387.

17. Sul tema, in generale, cfr. FIORILLO-PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018; DEL CONTE, *Problemi e prospettive del lavoro agile tra remotizzazione forzata e trasformazione*

organizzativa, in Arg.dir.lav., 2921, 549 ss.

18. Per una disamina sul tema, cfr. A.PESSI, *I controlli dell'imprenditore nel lavoro agile e nel lavoro tramite piattaforma*, in PISANI-PROIA-TOPO (a cura di), *Privacy e lavoro. La circolazione dei dati personali e i controlli nel rapporto di lavoro*, Milano, 2022, 531 ss.

di lavoro possa esercitare un controllo quantomai esteso, dal momento che tutti gli strumenti con i quali il lavoratore si collega da remoto possono considerarsi da questi utilizzati per rendere la prestazione di lavoro.

In buona sostanza, stando alle lettera della legge, nel momento in cui il datore di lavoro rispetta gli obblighi di informativa di cui al comma 3 ed individua le condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali che possano dare luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, si potrebbe ritenere che ogni singolo momento della prestazione possa essere controllato o monitorato.

La norma dovrà quindi essere interpretata in modo quantomai prudente e restrittivo al fine di non creare surrettiziamente un controllo a distanza pressochè totale.

Per esempio, a mio avviso non potrà essere consentito l'utilizzo di programmi che possano costantemente monitorare gli accessi ad internet o lo stesso utilizzo del PC; ciò in quanto, come anche indicato sia dal Garante della Privacy¹⁹ che dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro²⁰, i software non possono essere considerati strumenti di lavoro in senso stretto e quindi devono essere oggetto di preventiva autorizzazione²¹.

Pertanto, anche per quanto concerne i controlli sulla posta elettronica, varranno i principi generali.

Al riguardo, il Garante della privacy (con provvedimento del 1° marzo 2007) ha imposto al datore di lavoro che intende effettuare i controlli, una serie di accorgimenti:

- › informare preventivamente i lavoratori sulle modalità di utilizzo della posta e su eventuali controlli effettuati (ad esempio con l'adozione di una policy interna)²²;
- › adottare una serie di accorgimenti per il trattamento e la conservazione dei dati ottenuti dal controllo delle mail;
- › adottare misure di tipo organizzativo idonee, ad esempio l'utilizzo di indirizzi mail condivisi e, parallelamente, altri a uso privato del lavoratore, o ancora inserire un messaggio di avvertimento ai destinatari sulla natura non personale della missiva.

Peraltro, non sono ammessi controlli individuali, prolungati, costanti, indiscriminati, o la raccolta (a priori) di tutte le mail dei lavoratori²³.

19. Vedi il provvedimento n.139/18 del Garante.

20. Si veda sul punto la disamina compiuta dalla Circolare INL 26 luglio 2017 n.4.

21. Cfr. il provvedimento n.303/16 del Garante

22. Da ricordare che Trib.Genova 14 dicembre 2021 ha annullato un licenziamento, disponendo la reintegra

nel posto di lavoro, in caso di invio a terzi a mezzo mail di informazioni aziendali riservate senza che sia stata però fornita la informativa sui possibili controlli e sulle relative finalità.

23. In questo senso si veda anche la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Barbulescu c.Romania, 12 gennaio 2016 C61496/08

Al contrario, è possibile effettuare controlli anonimi con successivo *alert* generalizzato su un utilizzo anomalo della posta elettronica, oltre all'invito a rispettare le istruzioni impartite.

Per quanto riguarda l'utilizzo di internet, l'analisi del traffico del lavoratore può formare oggetto di controllo da parte dell'azienda, secondo il Garante della privacy, se finalizzata a tutelare beni estranei al rapporto di lavoro, come il patrimonio dell'azienda o la sua immagine.

Anche in questo caso, tuttavia, è fatto carico al datore di lavoro di informare preventivamente i dipendenti sul corretto utilizzo di internet e sulle modalità con cui vengono svolti i controlli.

Per tali ipotesi rimarrà comunque salva la possibilità di far valere i c.d. controlli difensivi, nei limiti elaborati dalla giurisprudenza²⁴.

È sicuramente consentito l'utilizzo di investigatori privati anche nei riguardi degli smart workers.

Per esempio, se un lavoratore deve comunque osservare un impegno lavorativo in determinate fasce orarie, il datore di lavoro può far verificare se il lavoratore si dedichi ad altre attività estranee al lavoro.

Non va peraltro dimenticato che anche per questo aspetto di recente la Cassazione ha assunto un orientamento piuttosto restrittivo, in piena sintonia con quanto detto in precedenza in materia di licenziamenti: la recente Cass.24 agosto 2022 n.25287 ha infatti ribadito quanto già affermato da Cass. 11 giugno 2018 n.15094, precisando che il controllo mediante investigatori privati "non possa riguardare, in nessun caso, né l'adempimento né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera, essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'adempimento, all'attività lavorativa, che è sottratta a tale vigilanza", per cui è stato ritenuto che il datore di lavoro non potesse

24. Cfr. di recente Cass. 9 novembre 2021 n.32683 con la quale la Suprema Corte ha respinto il ricorso di un dipendente licenziato per giusta causa a seguito della sottrazione furtiva di merce aziendale accertata attraverso l'acquisizione delle registrazioni dell'impianto di videosorveglianza legittimamente installato. Secondo la Corte, infatti, il recesso rientra senz'altro nell'ambito di operatività del nuovo art. 4 st. lav., che ammette l'impiego di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo per la tutela del patrimonio aziendale. Si veda altresì Cass. 2 novembre 2021 n.34092 dove la Suprema Corte distingue tra controlli difensivi «in senso lato» - vale a dire quelli "a difesa del patrimonio aziendale che riguardano tutti i dipendenti (o gruppi di dipendenti) nello svolgimento della loro prestazione di lavoro",

rientranti nell'alveo dell'art. 4 st. lav. - e controlli difensivi "in senso stretto", diretti ad accertare specificamente condotte illecite ascrivibili, in base a concreti indizi, a singoli dipendenti, anche se questo si verifica durante la prestazione di lavoro. Secondo la Corte, tali ultimi controlli, anche se effettuati con strumenti tecnologici, "non avendo ad oggetto la normale attività del lavoratore", si collocano "all'esterno del perimetro applicativo dell'art. 4", anche nel testo vigente (v. Cass. 22 settembre 2021, n. 25732, in *Labor*, 21.10.2021, con nota di Agostini) e, comunque, risultano «compatibili con la tutela della riservatezza di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 17 ottobre 2019, Lopez Ribalda e altri c. Spagna, con nota di Nuzzo in *Labor* 2020, n. 2).

verificare che il lavoratore, durante l'orario di lavoro e sfruttando la flessibilità, fosse andato in palestra o al supermercato.

Pertanto, secondo questo orientamento, il controllo esterno potrà essere giustificato solo in caso di perpettazione di illeciti, quand'anche ne esista solo il sospetto.

Al riguardo, non posso nascondere le mie perplessità in ordine a tali principi, perchè a mio avviso il controllo non riguarda il contenuto intrinseco della prestazione (questo sì vietato) ma il fatto stesso dello svolgimento o meno della attività lavorativa; il tutto senza considerare che siffatta condotta del dipendente costituisce sicuramente un illecito civilistico, che può assumere anche un rilievo penale laddove -per esempio- il dipendente attesti di avere lavorato quando invece era intento ad altra attività.

Ritornando al tema del lavoro agile, ai fini della sanzionabilità assumeranno un ruolo essenziale gli accordi di cui al comma 2 dell'art. 21²⁵.

Infatti, è sicuramente opportuno che il datore di lavoro, nel momento in cui sottoscrive l'accordo per il lavoro agile, individui le varie condotte suscettibili di rilevanza disciplinare.

Non è chiaro infatti se possano essere contestate, anche in mancanza di tale accordo, condotte tenute al di fuori dei locali aziendali, stante l'assenza di una specifica norma sanzionatoria per il caso di violazione di tale previsione.

È comunque indiscutibile, a mio avviso, che pure in presenza di un accordo che preveda determinate condotte come passibili di licenziamento, al Giudice non sarà certo precluso valutare se le stesse sono rispettose dei concetti generali di giusta causa o giustificato motivo nonché del principio di proporzionalità; ciò anche in considerazione del fatto che non esiste una diretta "mediazione" da parte delle parti sociali, per cui non risulta coerente con i principi generali dell'ordinamento giuslavoristico consentire la individuazione di condotte che non rispettino i predetti principi.

Ovviamente, qualora i contratti collettivi abbiano individuato le ipotesi disciplinarmente rilevanti per l'ipotesi di prestazione lavorativa svolta al di fuori dei locali, l'accordo individuale dovrà rispettare quanto convenuto negli stessi, non potendo essere stabilite in detto accordo sanzioni più afflittive.

25. Si veda sul punto anche il Protocollo Nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021, il quale però, all'art.2, comma lett. g) si limita ad affermare che l'accordo individuale deve avere cura che siano previsti "gli aspetti relativi alla esecuzione della prestazione lavorativa svolta al

di fuori dei locali aziendali, anche con riguardo alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro e alle condotte che possono dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari nel rispetto della disciplina prevista dai contratti collettivi.

Per converso, l'assenza di un accordo non potrà inficiare un recesso intimato a causa di condotte violative di precetti di carattere generale, postulati da norme di legge.

Conclusioni

Il senso finale di queste mie brevi considerazioni è che, al momento della ripresa, gli operatori sono chiamati a confrontarsi, per quanto attiene i licenziamenti, con una disciplina nei fatti profondamente mutata, e che è suscettibile di ulteriori cambiamenti sia in relazione ai moniti della Corte Costituzionale sia con riferimento al quadro politico che verrà a delinarsi dopo le consultazioni del 25 settembre. Ma di quello che sarà ne parleremo l'anno prossimo a Lucca.

L'autore
di questo articolo

FABRIZIO DOMENICO
MASTRANGELI
Avvocato giuslavorista

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

Lavoro agile e luogo del lavoro prima e dopo la pandemia

MARIA AGOSTINI

E' necessario accompagnare, in dialogo con le parti sociali e limitando eccessi di euforia, un processo che non miri a diffondere la "remotizzazione" del lavoro in quanto tale, ma semmai guardi a questa modalità agile di lavorare nella sua corretta dimensione, con obiettività, senza utopie e nella misura in cui sia anche umanamente sostenibile. Usciti dall'emergenza pandemica, nel nuovo scenario rappresentato dalla crisi energetica, la prestazione di lavoro resa in modalità agile può costituire un nuovo punto di equilibrio rispetto all'aumento dei costi legati alla pesante crisi energetica.

È noto che l'emergenza pandemica abbia determinato una diffusione rapida e capillare del lavoro "agile", snaturandone però la disciplina originaria contenuta nella l. n. 81/2017 (artt. 18-23).

In pillole, i sei articoli di legge contengono la disciplina di una particolare modalità di svolgimento del lavoro subordinato, appunto quella "agile", affidandone la disciplina delle relative modalità all'accordo individuale (art.19), anche con riferimento alle forme di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, agli strumenti utilizzati dal lavoratore, ai tempi di riposo, nonché alle misure tecniche ed organizzative volte a garantire la disconnessione. L'accordo può essere a tempo determinato e/o indeterminato: in tale ultimo caso è data alle parti facoltà di disdetta con preavviso di 30 giorni (90 giorni per i lavoratori disabili); in ogni caso deve essere garantito il recesso, ante tempus o senza preavviso, in presenza di giustificato motivo.

All'art. 20 è disciplinato il diritto del lavoratore agile ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato in virtù dei contratti collettivi di cui all'art. 51 d.lgs. 81/2015 ed il diritto alla formazione permanente con rinvio all'accordo individuale (art. 19).

Il rinvio all'accordo individuale è contenuto anche nell'art. 21 per l'individuazione delle modalità di esercizio del potere di controllo e disciplinare, nel rispetto dell'art. 4 dello Statuto e sempre all'accordo individuale viene rimessa la possibilità di individuare condotte sanzionabili, nel rispetto delle previsioni disciplinari del Contratto Nazionale di lavoro applicato, in connessione all'esecuzione della prestazione al di fuori dei locali aziendali.

Gli artt. 22 e 23 si occupano del tema della sicurezza sul lavoro e dell'assicurazione obbligatoria per gli infortuni e le malattie professionali, nonché delle modalità di comunicazione obbligatoria.

Ma su questi aspetti avremo modo di soffermarci ampiamente in seguito.

Se fino alla primavera del 2020 il lavoro agile era rimasto appannaggio di singole realtà imprenditoriali medio grandi, di fatto sconosciuto nel

pubblico impiego, la Pandemia ha dato un forte impulso a tale nuova modalità di lavoro, con significative deviazioni, però, dal modello genuino di cui alla legge 81/2017

Per fronteggiare il contenimento dei contagi, infatti, è stata riconosciuta la possibilità di utilizzare l'istituto anche in assenza dell'accordo individuale, senza garantire l'alternanza nello svolgimento della prestazione lavorativa e facendo coincidere il luogo esterno all'azienda con una postazione fissa domiciliare, togliendo così al lavoratore agile quei margini di flessibilità accordatigli in via originaria dalla legge e che stanno, invece, alla base di uno degli scopi del ricorso al lavoro in modalità agile (la conciliazione dei tempi di vita e lavoro).

L'art. 18 della legge 81/2017 definisce il lavoro agile come **modalità di svolgimento del lavoro subordinato**:

Le disposizioni del presente capo, allo scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, promuovono il lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. La prestazione lavorativa viene eseguita, in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

Probabilmente, senza una tale definizione legale, la modalità di svolgimento della prestazione, senza precisi vincoli di orario e di luogo di lavoro, convenuta tra le parti a mezzo di un accordo individuale, avrebbe messo in crisi il paradigma di cui all'art. 2094 c.c., affiancando alla flessibilità dedotta il rischio della "novazione" del rapporto, facendo presumere la modifica intervenuta una deviazione causale del lavoro subordinato tipico.

Il luogo di lavoro e, con esso, l'organizzazione del lavoro è infatti un elemento fondamentale della fattispecie tipica del lavoro subordinato.

Basti pensare all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 che, nella versione originaria, precedente alla modifica del 2019 disponeva:

A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente [anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro]. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali.

E non è un caso che la disciplina del lavoro agile segua, nella stessa legge 81/2017, la disciplina del lavoro autonomo.

Si ricordi che l'art. 15 della stessa legge, nel modificare l'art. 409, n. 3 c.p.c., ha inserito il seguente testo: «*La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa*». Evidente, quindi, come in assenza della definizione di cui all'art. 18 cit., si sarebbero posti problemi di qualificazione della fattispecie concreta del lavoro agile.

Dal luogo di lavoro "classico"...

Nel nostro ordinamento non vi è una norma che definisce espressamente cosa si intenda per luogo di lavoro, fatto salvo l'art. 62, co. 1, d.lgs. n. 81/2008, che, però, non ha una portata generale, ma trova applicazione solo con riguardo alla normativa posta a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. *Ai fini dell'applicazione delle disposizioni del titolo II, d.lgs. n. 81/2008, per luogo di lavoro deve intendersi «qualsiasi posto in cui il lavoratore acceda, anche solo occasionalmente, per svolgervi le mansioni affidategli, in ciò rientrando anche l'ipotesi in cui l'ambito spaziale sia nella disponibilità giuridica di soggetti diversi rispetto all'affettivo datore di lavoro».*

Invero, un implicito riferimento al luogo di lavoro si rinviene nell'art. 2094 c.c., nella parte in cui individua il prestatore di lavoro subordinato in colui che si obbliga a "collaborare nell'impresa", di modo che l'elemento dell'inserzione sembrerebbe costituire parte integrante della fattispecie.

Per lunghi anni la concezione del luogo di lavoro si è evoluta secondo il modello della fabbrica taylor-fordista e, dunque, come lavoro inserito "materialmente" e stabilmente all'interno di un'organizzazione caratterizzata da un ciclo produttivo che veniva a esaurirsi in un unico edificio.

Il lavoro subordinato ha continuato così a essere identificato nel lavoro eseguito all'interno della fabbrica tanto che lo Statuto dei lavoratori, al fine di tutelare la libertà e la dignità dei lavoratori «nei luoghi di lavoro», sembra accogliere una nozione statica di luogo di lavoro, individuando nell'«unità produttiva» la destinataria di una serie di discipline poste a tutela dei lavoratori.

Questo scenario è oramai in profonda e continua evoluzione: già da qualche decennio si sta assistendo al progressivo superamento della concezione statica e unitaria del luogo di lavoro. E, infatti, l'incidenza delle innovazioni tecnologiche sui modelli di organizzazione del lavoro, così

come l'avvento della c.d. economia delle piattaforme, oltre ai fenomeni di scomposizione e segmentazione produttiva, hanno messo definitivamente in crisi il paradigma aristotelico dell'unità di luogo, tempo e azione.

... a quello “agile”: la legge n. 81/2017

In questo mutato contesto organizzativo-produttivo, si è inserita la scelta del legislatore di regolare la modalità c.d. “agile” di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, nel tentativo di far fronte alle profonde e rapide trasformazioni che hanno investito il mondo del lavoro, al fine espresso di «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 18, co. 1, l. n.81/2017).

Limitando la riflessione alla dimensione spaziale, la normativa dispone che la prestazione “agile” sia resa «senza precisi vincoli [di orario e] di luogo di lavoro» (art. 18, co. 1, primo periodo), «in parte all’interno di locali aziendali e in parte all’esterno» e «senza una postazione fissa» (art. 18, co. 1, secondo periodo).

Rispetto alla manifestazione socialmente tipica del lavoro subordinato, la fattispecie disciplinata dall’art. 18, si connota, quindi, per la ricorrenza congiunta di due elementi: lo svolgimento della prestazione lavorativa in forma necessariamente alternata (fuori e dentro l’azienda) e la potenziale variabilità del luogo di lavoro esterno.

Sebbene l’**alternanza geografica** tra prestazione resa all’esterno dei locali aziendali e quella interna sia un **elemento imprescindibile**, il legislatore non ha ritenuto necessario imporre in via eteronoma una proporzione tra lavoro interno e lavoro esterno, preferendo rimettere la determinazione del *quantum* all’accordo individuale di cui all’art. 19 della stessa legge.

Tuttavia, considerato l’espresso richiamo contenuto nella norma all’“alternanza” della prestazione, il lavoro reso nei locali aziendali deve pur sempre mantenere una certa rilevanza, anche per evitare che il lavoro agile si sovrapponga alla fattispecie contigua del telelavoro nella quale, al contrario, l’attività lavorativa deve essere eseguita in una postazione fissa al di fuori dei locali aziendali (Si veda la clausola n. 2 dell’Accordo quadro europeo del 16 luglio 2002 e il successivo art. 1, par. 1 dell’Accordo interconfederale sul telelavoro del 9 giugno 2004).

La norma del 2017, poi, non chiarisce se la sede di lavoro «esterna» debba intendersi rimessa alla libera scelta del lavoratore o, viceversa, costituire oggetto di apposita pattuizione nell’accordo individuale di lavoro agile.

In ogni caso, l’esplicito riferimento all’assenza di una postazione fissa, la non inclusione del luogo esterno di lavoro tra i contenuti obbligatoriamente richiesti dall’art. 19 ai fini dell’accordo individuale, l’utilizzo nell’art. 23, co. 3, dell’espressione «luogo [...] prescelto» e il richiamo, tra le finalità del lavoro agile, alla conciliazione dei tempi di vita e lavoro, sembrano deporre per la libera scelta del lavoratore. Resta fermo, però, che il lavoratore non può modificare a sua discrezione il luogo liberamente scelto, senza alcun obbligo di preventiva comunicazione al datore di lavoro, perché ciò

si scontrerebbe con l'esigenza di tutela della salute e della sicurezza del lavoratore anche in relazione alla parte di prestazione resa al di fuori dei locali aziendali.

Tale obbligo infatti grava sempre sul datore di lavoro in virtù del combinato disposto dell'art. 2087 c.c. e delle previsioni del d.lgs. n. 81/2008, come confermato indirettamente dalla previsione di un obbligo di cooperazione del lavoratore nella ripartizione degli obblighi di sicurezza e nella regolamentazione di cui all'art. 23 in materia di infortunio in *itinere*.

E, dunque, il luogo di lavoro agile non può essere lasciato indeterminato del tutto, ma occorrerà perlomeno individuare nell'accordo individuale una rosa di possibili sedi esterne tra le quali il lavoratore potrà liberamente scegliere, così da permettere al datore di lavoro di tutelare la salute e la sicurezza del lavoratore agile e di predisporre un'informativa recante la puntuale indicazione dei rischi generali e specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione della prestazione (ex art. 22, l. n. 81/2017). E su questi aspetti torneremo diffusamente più avanti.

Il luogo di svolgimento della prestazione in modalità agile nell'esperienza pandemica

La disciplina emergenziale, avendo utilizzato il lavoro agile primariamente quale misura di contenimento del contagio e contestualmente per consentire la prosecuzione dell'attività lavorativa, ha trasferito il luogo di svolgimento del lavoro presso l'abitazione o il domicilio del lavoratore (in particolare in occasione dei c.d. *lockdown*) con una forte limitazione degli accessi alle aziende e, dunque, non vi è stata alcuna libertà di scelta del luogo ove svolgere la prestazione all'esterno dell'azienda.

L'agilità è divenuta una misura precauzionale, di tutela della salute, che ha consentito di conciliare la prosecuzione dell'attività lavorativa (nella propria abitazione) con il mantenimento della distanza fisica per fermare il contagio sia fra le persone sia nei locali aziendali.

Il luogo di lavoro ha finito, così, per coincidere con la residenza privata o il domicilio del lavoratore, senza che fosse possibile programmare rientri in azienda, senza poter garantire nemmeno quell'alternanza che, invece, è tipica del lavoro agile.

Una sorta, quindi, di remotizzazione forzata a domicilio, il cui obiettivo non è certo stato l'aumento del benessere dei lavoratori, né l'incremento della loro produttività o una migliore conciliazione degli impegni professionali con quelli personali e familiari.

È servita, semmai, - come pure era già accaduto in una precedente situazione emergenziale - a svolgere una funzione quasi di "ordine pubblico". Ad es. in occasione della tragedia del crollo del Ponte Morandi,

infatti, era stato stipulato, in data 12 settembre 2018, un accordo aziendale tra la Leonardo S.p.a. (ex Finmeccanica) e Fim, Fiom e Uilm, mediante il quale si riconosceva a tutti i dipendenti impiegati a Genova, previa verifica della “remotizzabilità” delle loro prestazioni, di accedere al lavoro agile (nell’accordo si parla invero di *smart-working*) allo scopo di limitare i disagi da loro sofferti, dovuti alle ripercussioni sul sistema di viabilità genovese, di decongestionare il traffico urbano e di garantire la continuità dell’attività produttiva (per il testo dell’accordo v: <https://www.noicisl.it/attachments/article/74/Accordo%20Leonardo%20Genova.pdf>).

Questa impostazione la si ritrova anche in sede di contrattazione collettiva dove tale modalità di esecuzione è stata talvolta definita «homeworking»: l’Accordo Allianz S.p.A. del 4.6.2020, ad esempio, ne ammette la variazione in un luogo diverso dalla residenza/domicilio solo in caso di necessità familiare, per un solo giorno e previa comunicazione da far pervenire al proprio responsabile.

Così come in alcuni contratti collettivi si è convenuto che luoghi diversi dalla residenza o domicilio debbano frequentemente essere concordati fra le parti (ad esempio il Ccnl Industria Alimentare del 31.7.2020, che però fa salve le diverse previsioni della contrattazione aziendale) o, persino, comunicati con congruo preavviso al datore di lavoro il quale dovrà prima autorizzarli.

L’accordo ING Bank Succursale di Milano del 4.8.2020, ad esempio, prevede che il lavoratore agile debba «svolgere la propria attività lavorativa presso la residenza privata/domicilio tempo per tempo comunicato alla Banca. Ogni altro luogo espressamente indicato dai dipendenti [...], dovrà essere di volta in volta preventivamente autorizzato dalla Banca» (art. 6), che si impegna a fornire riscontro in tempi ragionevoli e, comunque, non oltre i 5 giorni lavorativi.

In altri contratti collettivi, anche nelle ipotesi in cui l’accordo individuale nulla preveda sul luogo esterno, viene comunque sempre richiesto che lo stesso sia idoneo «a consentire lo svolgimento dell’attività lavorativa in condizioni di sicurezza, di massima riservatezza (anche con specifico riferimento al trattamento dei dati e delle informazioni aziendali), e di tranquillità». Così, ad esempio, l’art. 12, dell’accordo interconfederale per la regolamentazione del lavoro Cifa-Confsal del 1.3.2021. Nello stesso senso, cfr. l’art. 3, Linee Guida del 24.02.2021 per il lavoro agile nel settore assicurativo e di assicurazione/assistenza; l’art. 4, dell’accordo aziendale sullo SW di SNAM del 25.03.2021; l’art. 9 dell’accordo aziendale sullo SW di WINDTRE del 3.2.2021; l’art. 8 dell’accordo Fastweb del 29.9.2020 e il verbale di accordo Autostrade per l’Italia del 13.10.2020.

Sono, di conseguenza, sempre da escludere i locali pubblici o aperti al pubblico.

Al di là delle specifiche previsioni contrattuali, quello che preme qui sottolineare è che durante la pandemia il luogo esterno all’azienda è sempre

coinciso con il domicilio del lavoratore, con buona pace di quanto previsto dal legislatore del 2017, secondo il quale il luogo di lavoro può essere, sintetizzando, “ovunque”.

Le criticità della “domiciliarizzazione” del lavoro agile emergenziale (e non solo)

Nel momento in cui il domicilio è divenuto l'unica soluzione locativa della prestazione di lavoro, non poche sono le criticità emerse, da quelle relative alla salute e alla sicurezza sino alla compromissione della dimensione della conciliazione vita/lavoro, tradendo, così, uno dei principi, già prima richiamati, a cui è ispirata proprio la l. n. 81/2017.

Diverse ricerche condotte al tempo del Covid-19, hanno, infatti, rivelato un vissuto molto problematico, con un aumento del conflitto famiglia-lavoro e una crescita dei livelli di stress, con particolari fatiche percepite soprattutto da chi aveva in casa figli di età inferiore ai sei anni, oltre a un aggravamento delle preesistenti criticità di genere nel mercato del lavoro.

È diventato difficile dividere tempi e spazi di lavoro da quelli dedicati alla famiglia; non a caso si è parlato di emersione del nodo della liquidità temporale del lavoro agile, dove per definizione è incerto il confine tra tempi di vita e tempi di lavoro, ed è più concreto il rischio di sconfinamento in danno della dimensione privata e familiare.

Spesso si è assistito anche a un aumento generalizzato delle ore lavorate, con gli inevitabili impatti negativi in termini di stress dovuti all'essere costantemente connessi e presi dall'ansia di dover rispondere in tempo reale a mail e messaggi.

A tutto ciò si aggiunga che la “domiciliarizzazione” del lavoro agile ha inciso fortemente sulle relazioni sociali, rappresentando una potenziale fonte di isolamento sociale e di esclusione dal tessuto relazionale che, in diversa misura in base agli specifici contesti lavorativi e ai ruoli/mansioni dei singoli soggetti, caratterizza, invece, il lavoro in presenza. E questo può riflettersi negativamente sulle possibilità di carriera, ma anche in termini di discriminazioni a danno di tutti coloro, soprattutto la componente femminile, che sono coinvolti nello svolgimento delle prestazioni lavorative in modalità agile.

Da ultimo, va pure evidenziato come l'obbligatorietà del contesto abitativo quale unico luogo occupazionale, l'interazione con le attività domestiche, la necessità di organizzare lo spazio casalingo, la compresenza degli altri membri della famiglia, con una pluralità anch'essi di proprie esigenze, abbia inciso anche sugli incidenti domestici. Lo ha rilevato la stessa Inail sottolineando come tali condizioni spingano il lavoratore a una pericolosa promiscuità tra vita lavorativa e quella personale, determinata e

viziata dalle abitudini consolidate nella vita quotidiana, che inducono a un'eccessiva confidenzialità con l'ambiente circostante e spesso si traduce in un elevato numero di infortuni domestici.

In particolare, nella nota INAIL 2020 sul lavoro agile in situazioni emergenziali si sottolinea tale aspetto, anche nella distinzione tra lavoro agile e lavoro da remoto.

Limitare le differenze tra telelavoro e lavoro agile al solo requisito di una postazione fissa fuori dei locali aziendali, sarebbe molto riduttivo. Sicuramente l'evoluzione concettuale del lavoro a distanza in modalità agile si coglie nella specifica modalità di svolgimento della prestazione lavorativa fondata su una maggiore autonomia del lavoratore nel definire le modalità esecutive della propria attività (tempo-spazio-risultati) e su una maggiore responsabilità dello stesso per il raggiungimento dei risultati pianificati.

L'accordo tra lavoratore e datore di lavoro, nel quale si stabiliscono le modalità esecutive del rapporto di lavoro subordinato, rappresenta il cuore della disciplina del lavoro agile, che lo differenzia nettamente dal telelavoro.

Procedendo ad un esame dettagliato, l'esercizio del potere datoriale e il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza, avviene, per le due tipologie lavorative, con modalità, che seppur simili e rappresentative di un rapporto di subordinazione, tengono in conto la diversa filosofia manageriale e aziendale, che è propria del lavoro agile, forma sicuramente più flessibile. Nello specifico, nel **telelavoro** si mantiene il requisito più qualificante della subordinazione, l'**eterodirezione** del datore di lavoro: osservanza cadenzata dei tempi di lavoro, esecuzione della prestazione sotto le regolari direttive del datore di lavoro, vincolo di una postazione fissa e prestabilita nel rispetto degli stessi orari del lavoro in presenza. In merito alla sicurezza, il datore di lavoro è responsabile della tutela dei telelavoratori, ai quali si applicano le norme previste per i dipendenti che svolgono la medesima attività in azienda o in ufficio.

Nel lavoro agile, l'esercizio del potere di direzione e controllo del datore di lavoro è rimesso all'autonomia negoziale delle parti tramite l'accordo, dove si specificano le modalità di esternalizzazione e gli eventuali comportamenti sanzionabili. In sostanza il potere datoriale si realizza attraverso l'organizzazione del lavoro "anche per fasi, cicli e obiettivi", nella scelta della strumentazione e programmi informatici che permettono la connessione da remoto con la realtà interna aziendale, nei tempi di definizione del risultato, nello svolgimento dell'attività, secondo le finalità aziendali. In tale diversa modalità di lavoro subordinato, caratterizzata dalla flessibilità, al fine di limitare la sovrapposizione tra tempi e spazi di lavoro e tempi e spazi di vita privata, è riconosciuto al lavoratore agile un vero e proprio diritto, quello alla disconnessione. In tale contesto, si configura come un dovere del lavoratore a tutela della sua salute finalizzato ad evitare la facile commistione tra la dimensione personale e quella lavorativa. Ed infatti, la L. 81/2017, art. 19, co.

1, prevede che l'accordo scritto in merito allo svolgimento della prestazione lavorativa deve individuare «i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro».

Poiché le modalità del lavoro agile non consentono al datore di lavoro il previo controllo dell'ambiente scelto dall'operatore, il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza, è garantito attraverso la consegna al dipendente "agile" e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, di un'informativa scritta, con cadenza almeno annuale, nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore e il datore di lavoro contribuiscono entrambi alla predisposizione delle misure di prevenzione necessarie per i rischi legati all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali. In particolare, il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici consegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività, nonché della loro manutenzione. L'informativa, così come segnalato dalle linee guida della Presidenza del Consiglio dei Ministri, deve avere quei contenuti minimi per la salute e la sicurezza negli ambienti *indoor* e *outdoor*. Il lavoratore deve conoscere, ad esempio, le norme antincendio, il corretto utilizzo dell'impianto elettrico, i requisiti igienici dei locali (microclima, temperatura, ecc.) la verifica per l'efficienza delle attrezzature di lavoro, i requisiti minimi igienici e di ergonomia nonché in ambienti esterni, in riferimento al clima e ad altri fattori ambientali esterni.

Va però sottolineato che nello specifico contesto dell'emergenza, la repentinità dell'adozione delle forme agili da parte dei lavoratori, ha spesso costretto gli stessi all'uso di strumenti non sempre adatti allo svolgimento dell'attività. Infatti se in condizione di normalità la sicurezza della dotazione strumentale viene assicurata dal datore di lavoro, durante l'emergenza COVID è stato spesso il lavoratore ad adattare allo svolgimento della propria prestazione strumenti pensati per l'uso domestico. Oltre alle forme di lavoro agile e telelavoro, l'emergenza ha rappresentato, per molti lavoratori, l'esperienza di una terza modalità lavorativa: un "coworking" tra individui responsabili della propria attività, autonomi, di diversa età, trasformando l'ambiente domestico-lavorativo in un *maker space*.

In conclusione, nel contesto emergenziale del COVID-19, si sono verificati scenari inaspettati di adattamento del lavoro, in tempi brevissimi. Le soluzioni adottate hanno consentito il proseguimento di molte attività produttive e le tecnologie hanno consentito un adeguamento, nella contingenza, capace di superare alcuni limiti della normativa di riferimento. Il lavoro agile che si è declinato in questo scenario emergenziale rappresenta un'occasione di riflessione e futura sperimentazione, al fine di perfezionare ulteriormente il lavoro a distanza.

Gli obblighi di sicurezza

La legge n. 81 del 2017 dedica poche disposizioni alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

L'art. 22, "sicurezza sul lavoro", prevede: "1. Il datore di lavoro garantisce la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. 2. Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali".

L'art. 18, comma 2, stabilisce inoltre che "Il datore di lavoro è responsabile della sicurezza e del buon funzionamento degli strumenti tecnologici assegnati al lavoratore per lo svolgimento dell'attività lavorativa" e l'art. 19, comma 1, affida all'accordo tra le parti il compito di individuare "i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro".

Il problema di individuare l'esatto contenuto del debito di sicurezza del datore di lavoro nei confronti del lavoratore agile si pone, ovviamente, solo per quella parte di prestazione da eseguire all'esterno dei locali aziendali, non essendovi dubbi sulla applicabilità della normativa di sicurezza per il lavoro svolto nei luoghi aziendali.

Gli interrogativi che la legge n. 81 del 2017 pone all'interprete sono, essenzialmente, due.

Il primo è di natura prettamente ermeneutica: l'art. 22, comma 1, cit., se pure ribadisce l'obbligo che grava sul datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile, tuttavia sembrerebbe limitare tale obbligo, poiché prosegue stabilendo che "a tal fine (il datore di lavoro) consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro".

Si è opportunamente paventato il rischio di una lettura della disciplina in esame che, facendo leva sul dato letterale, potesse considerare il debito di sicurezza del datore di lavoro, quanto alla prestazione svolta al di fuori dei locali aziendali, adeguatamente assolto attraverso la consegna annuale dell'informativa scritta, al lavoratore e al rappresentante per la sicurezza.

Rischio aggravato dalla mancanza, nella legge n. 81 del 2017, di un

esplicito richiamo al decreto legislativo n. 81 del 2008, c.d. T.U. sulla sicurezza sul lavoro.

La legge effettivamente appresta una disciplina riduttiva e ambigua in punto di sicurezza e proprio la scarsa chiarezza del testo normativo è, probabilmente, alla base delle previsioni di alcuni contratti collettivi aziendali che sembrano considerare l'informativa scritta quale misura esaustiva dell'obbligo di sicurezza a carico della parte datoriale.

E' invece necessario analizzare l'art. 22 e le altre disposizioni della legge del 2017 in un'ottica sistematica, che tenga conto del tessuto normativo esistente in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori e, prima ancora, di come il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose, a prescindere dalle qualificazioni giuridiche dei singoli lavori, costituisca uno dei diritti fondamentali, riconosciuto dalla nostra Carta Costituzionale (artt. 2, 32, 36, comma 2, 41, comma 2), dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali UE, da plurime direttive europee, dalle convenzioni e raccomandazioni dell'Oil.

Non pare quindi possa dubitarsi della applicabilità al lavoro agile, che comunque rientra nella categoria del lavoro subordinato, non solo della norma cd. di chiusura di cui all'art. 2087 cod. civ., ma della disciplina dettata dal d.lgs. n. 81 del 2008, che è espressione di una nozione globale di sicurezza sul lavoro e trova già applicazione ben oltre i confini del rapporto di lavoro subordinato descritto dall'art. 2094 cod. civ.

Ferma quindi la necessità di coordinare le disposizioni in materia di sicurezza di cui alla legge n. 81 del 2017 con il T.U. del 2008, dovendosi escludere ogni carattere di specialità delle prime, occorre domandarsi se il lavoro agile possa essere ricondotto nell'ambito della previsione di cui al comma 10 dell'art. 3, del d.lgs. n. 81 del 2008, che disciplina il lavoro "a distanza" ("lavoratori subordinati che effettuano una prestazione continuativa di lavoro a distanza, mediante collegamento informatico e telematico"), come fattispecie generale comprensiva del telelavoro, svolto sia nelle pubbliche amministrazioni (D.P.R. n. 70 del 1999) e sia in ambito privatistico (Accordo-quadro europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002 recepito nel nostro ordinamento con l'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004).

L'art. 3, comma 10 cit. sancisce l'applicabilità ai lavoratori che svolgono attività continuativa a distanza, delle disposizioni di cui al titolo VII (artt. 172 e ss.), contenente specifiche misure di protezione legate all'uso dei videoterminali. Prevede, tra l'altro, che "Al fine di verificare la corretta attuazione della normativa in materia di tutela della salute e sicurezza da parte del lavoratore a distanza, il datore di lavoro, le rappresentanze dei lavoratori e le autorità competenti hanno accesso al luogo in cui viene svolto il lavoro nei limiti della normativa nazionale e dei contratti collettivi, dovendo tale accesso essere subordinato al preavviso e al consenso del

lavoratore qualora la prestazione sia svolta presso il suo domicilio”. La disposizione in esame impone, ancora, al datore di lavoro “l’adozione di misure dirette a prevenire l’isolamento del lavoratore a distanza rispetto agli altri lavoratori interni all’azienda, permettendogli di incontrarsi con i colleghi e di accedere alle informazioni dell’azienda, nel rispetto di regolamenti o accordi aziendali”.

Il secondo interrogativo è connesso alla difficoltà pratica di concepire un obbligo di sicurezza, e la conseguente responsabilità datoriale, rispetto ad un’attività lavorativa eseguita in un luogo che sfugge al controllo del datore medesimo e addirittura senza “una postazione fissa” e senza “precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro” (art. 22, comma 1).

Poste le premesse sulla normativa applicabile, anche se con qualche incertezza in ordine alla riconducibilità del lavoro agile nello spettro di cui all’art. 3 comma 10 cit., occorre domandarsi quali siano i rischi specifici del lavoro svolto in modalità agile.

La legge n. 81 del 2017 fa espresso riferimento solo ai rischi connessi alla sicurezza e al buon funzionamento degli strumenti tecnologici forniti dal datore di lavoro, attribuendo a quest’ultimo la relativa responsabilità (art. 18, comma 2).

Sulle attrezzature fornite al lavoratore, il d.lgs. n. 81 del 2008, agli artt. 70-73, detta una disciplina generale, espressamente richiamata dall’art. 3, comma 10, sul lavoro a distanza.

In base alla complessiva disciplina applicabile, può ritenersi che il datore di lavoro, anche al fine di predisporre i necessari dispositivi di protezione individuale (di cui agli artt. 74-79, capo II, titolo III, del T.U.), dovrà mettere a disposizione dei dipendenti, che lavorano in modalità agile, attrezzature conformi ai requisiti di sicurezza e predisporre un’adeguata formazione e informazione degli stessi. Ma i pericoli per la salute delle lavoratrici e dei lavoratori che derivano dallo svolgimento della prestazione in luogo diverso da quello aziendale, e spesso in ambiente domestico, sono molti altri e l’esperienza forzosa del lavoro agile in epoca pandemica, ha fatto emergere in tutta la loro complessità.

I rischi per la salute e la sicurezza nel lavoro agile, ovviamente calibrati in relazione alla maggiore o minore durata dello stesso rispetto al lavoro *intra moenia*, sono per lo più correlati all’esecuzione della prestazione in luoghi non progettati per un utilizzo lavorativo, con tutte le disfunzioni e interferenze che ciò provoca, non solo per la scarsa attenzione all’ergonomia ma, prevalentemente, per la perdita della dimensione collettiva e sociale, quindi di isolamento. Inoltre, qualora la prestazione sia resa in ambienti domestici, come l’abitazione privata, i rischi in esame sono collegati alla dilatazione dei tempi di lavoro, alla difficile autogestione dei ritmi e delle pause di lavoro, all’offuscamento dei confini tra vita privata e vita professionale.

L'art. 23 della legge n. 81 del 2017, poi, estende ai lavoratori agili la tutela contro gli infortuni e le malattie professionali, come riconosciuta alla generalità dei lavoratori. I rischi tutelati sono, ovviamente, quelli ulteriori rispetto al lavoro *intra moenia*, connessi alla prestazione resa all'esterno dei locali aziendali, e alle attività prodromiche o accessorie della stessa, essendo l'obbligo assicurativo subordinato ai requisiti oggettivi (svolgimento di lavorazioni rischiose) e soggettivi (caratteristiche delle persone assicurate), previsti dal D.P.R. n. 1124 del 1965, come precisato dalla circolare Inail n. 48 del 2017.

La tutela assicurativa ruota attorno al requisito della "occasione di lavoro", rivelatore di una diretta connessione tra l'evento lesivo e la prestazione lavorativa. Tale requisito è stato interpretato estensivamente dalla giurisprudenza, come tale da comprendere tutti i fatti inerenti all'ambiente di lavoro, alle macchine, alle persone, al comportamento colposo dello stesso lavoratore, purché attinenti alle condizioni di svolgimento della prestazione, ivi compresi gli spostamenti spaziali funzionali alla stessa, con l'unico limite del "rischio elettivo".

Le peculiarità del lavoro svolto in modalità agile, sia per la elasticità delle previsioni sulla scelta del luogo della prestazione e sulla preventiva comunicazione al datore e sia per la possibile sovrapposizione o coincidenza dei luoghi di lavoro con quelli di vita privata e familiare, richiederanno un notevole impegno interpretativo, attento a non comprimere gli spazi di tutela, senza tuttavia sacrificare oltre misura il concetto di occasione di lavoro.

Intervenuta con lo scopo di chiarire i profili assicurativi alla luce dell'entrata in vigore della Legge 81 del 2017, la Circolare INAIL del 2 novembre 2017 numero 48 chiarisce che i lavoratori a distanza *"devono essere assicurati all'Inail se, per lo svolgimento delle loro attività, sono esposti alle fonti di rischio previste dall'art. 1 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, fra le quali rientra anche il rischio elettrico connesso con l'uso di macchine di ufficio (quali per esempio, mezzi telematici, computer, videoterminali)"*.

In particolare, gli infortuni occorsi mentre il lavoratore rende l'attività all'esterno dei locali aziendali e nel luogo prescelto dallo stesso, prosegue l'INAIL, sono *"tutelati se causati da un rischio connesso con la prestazione lavorativa"*. Rientrano nella sfera di protezione assicurativa non solo gli infortuni collegati al rischio proprio dell'attività ma anche quelli connessi *"alle attività prodromiche e / o accessorie purché strumentali allo svolgimento delle mansioni proprie"* del dipendente.

Pertanto l'INAIL, nel valutare se un infortunio occorso allo *smart-worker* è o meno indennizzabile, individua come utile strumento l'accordo individuale tra azienda e lavoratore, al fine di valutare i rischi lavorativi ai quali l'interessato è esposto, oltre ai riferimenti spazio – temporali.

In assenza di accordo, come può essere accaduto nelle ipotesi di ricorso al lavoro agile “semplificato”, l’INAIL effettuerà specifici accertamenti “finalizzati a verificare la sussistenza dei presupposti sostanziali della tutela” e, in particolare, a stabilire se l’attività svolta dal dipendente al momento dell’evento infortunistico sia comunque in stretto collegamento con quella lavorativa “in quanto necessitata e funzionale alla stessa, sebbene svolta all’esterno dei locali aziendali”.

L’infortunio in itinere

Analoghe riflessioni valgono per la disciplina dettata dalla legge n. 81 del 2017 riguardo all’infortunio in itinere. In tal caso la tutela assicurativa concerne gli infortuni *“occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all’esterno dei locali aziendali, [...] quando la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse alla prestazione stessa o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza”*.

L’assicurazione INAIL si estende anche ai cosiddetti infortuni “in itinere” quelli, cioè, occorsi al lavoratore durante il normale percorso:

- › Di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro;
- › Che collega due luoghi di lavoro, in presenza di più rapporti;
- › Di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti, in mancanza di un servizio di mensa aziendale.

Con esclusivo riferimento all’articolo 23 della Legge 81/2017 (che prevede appunto che il lavoratore “ha diritto alla tutela contro gli infortuni sul lavoro occorsi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione lavorativa all’esterno dei locali aziendali” a patto che la scelta del luogo della prestazione sia dettata da esigenze connesse all’attività da remoto o dalla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda altresì a criteri di ragionevolezza) la Circolare INAIL del 2 novembre 2017 numero 48 ha chiarito che la tutela assicurativa per gli infortuni verificatisi durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello prescelto per lo svolgimento della prestazione all’esterno dei locali aziendali, opera quando “il fatto di affrontare il suddetto percorso sia connesso a esigenze legate alla prestazione stessa o alla necessità del lavoratore di conciliare le esigenze di vita con quelle lavorative e risponda a criteri di ragionevolezza”.

Esiste quindi una esigenza di tutelare massimamente la finalità conciliativa - che costituisce la ratio della legge istitutiva dello smart working - che dovrà essere affrontata in sede applicativa e che andrà temperata con i vincoli della tutela assicurativa.

Le trasferte ed il rimborso delle spese dei costi domestici

Altro nodo problematico riguarda le trasferte e quindi l'allontanamento del lavoratore dalla sede di lavoro e dal comune dove si trova l'azienda. Secondo il Tuir, il testo unico delle imposte sui redditi, i rimborsi e le indennità chilometriche riconosciuti in occasione delle trasferte non sono tassabili solo se interessano allontanamenti dalla sede di lavoro. Bisognerebbe quindi aggiornare il testo facendo riferimento anche all'allontanamento dalla sede lavorativa dichiarata in caso di *smart working*. Il rimborso della indennità chilometrica dovrebbe poi essere calcolato valutando l'effettivo percorso fatto dal lavoratore. Ovvero dal luogo di partenza e ritorno segnalato nell'accordo sul lavoro da remoto.

C'è poi il nodo bollette, argomento che sta diventando di stringente attualità nel passaggio dalla crisi pandemica alla crisi energetica. I lavoratori in *smart working* spendono più denaro in luce, gas, acqua e utenze internet. Secondo i dati di Selectra, società dell'energia, chi lavora da casa full time e si affida al servizio di maggior tutela a febbraio 2022 ha speso 57 euro in più nella bolletta mensile della luce (+230%, per un totale di 102 euro) e 159 euro in più per la bolletta del gas (+220%, per un totale di 290 euro) rispetto a febbraio 2021. L'Agenzia delle Entrate, rispondendo a un quesito sollevato da uno studio di ingegneria nel maggio 2021, fa sapere che «i costi sostenuti dal dipendente nell'esclusivo interesse del datore di lavoro, devono essere individuati sulla base di elementi oggettivi, al fine di evitare che il relativo rimborso concorra alla determinazione del reddito di lavoro dipendente». E che quindi sia tassato. Al momento l'unico modo di rimborsare il lavoratore, senza pagare tasse, è calcolare la quota di costi risparmiati dalla società. Un passo ulteriore sarebbe riuscire a inserire tra i fringe benefit, i buoni spesa o per l'acquisto del cellulare, anche questa tipologia di rimborsi. Per questo però servirebbe una norma fiscale ad hoc, stante il principio generale della onnicomprensività della retribuzione.

I possibili correttivi alla legge 81/2017 e il ruolo delle parti sociali

Va anche osservato come la domiciliarizzazione, anche oltre l'esperienza emergenziale, possa impattare negativamente sul ruolo del sindacato.

È evidente, infatti, che la remotizzazione del lavoro comporti il rischio non solo di finire isolati dal proprio contesto lavorativo e dalle relazioni sociali che vi si creano, ma anche dai normali e tradizionali processi di partecipazione collettiva e di sindacalizzazione.

L'ambiente domestico quale luogo di esecuzione della prestazione del lavoro è completamente diverso da quello tradizionale su cui sono nate e

si sono sviluppate le organizzazioni sindacali e la cui forza storicamente è rappresentata proprio dall'andare nei posti di lavoro e incontrare fisicamente le persone.

Con il lavoro da remoto, in altri termini, si è rotto l'elemento aggregativo garantito dal perimetro aziendale al quale si è sostituita la tecnologia divenuta un nuovo luogo di lavoro, ma virtuale.

In questo scenario si potrebbe quasi dire che i lavoratori a distanza non necessitano dell'intermediazione del sindacato, né l'impresa dell'associazione datoriale, perché tutto sarebbe affidato all'accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore agile.

Nella l. n. 81/2017 il legislatore ha scelto di affidare la regolazione della prestazione lavorativa all'autonomia privata individuale, nella logica di individualizzare i rapporti di lavoro in funzione delle specifiche esigenze della persona che lavora e della concreta realtà organizzativa. Non si è tenuto conto, però, sia dei possibili condizionamenti in concreto della libera volontarietà del soggetto parte debole del rapporto di lavoro, sia dell'importante e prezioso ruolo della contrattazione collettiva (non solo di anticipazione delle regole legali, ma pure) di riequilibrio dello squilibrio contrattuale.

In ogni caso, l'esclusione della contrattazione collettiva (o, meglio, la mancanza di un esplicito rinvio a essa) potrebbe anche essere letta come il tentativo di dare la più ampia diffusione del lavoro agile in ambiti aziendali non coperti dalla rappresentanza collettiva, senza arrivare però ad escluderla *ex ante*. E del resto, non solo l'entrata in vigore della normativa del 2017 non ha interrotto il coinvolgimento sindacale nelle esperienze di *smart working* aziendale, ma anche quando la normativa emergenziale ne ha reso possibile l'attivazione in via unilaterale, i datori di lavoro hanno continuato a cercare il confronto e l'accordo collettivo; anzi, è stata proprio la contrattazione collettiva ad anticipare la regolazione emergenziale del lavoro agile.

Il Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile riconosce la centralità della contrattazione collettiva, vincendo quindi lo spettro del lavoro senza intermediazione sindacale ed offre la definizione di linee di indirizzo.

Nello stesso senso va segnalato il Testo Unificato di disegno legge di modifica alla disciplina del lavoro agile il cui primo articolo, volto alla modifica dell'art. 18 della legge 81/2017 fissa al secondo comma le materie che devono essere disciplinate dalla contrattazione collettiva, nazionale o aziendale (con rinvio all'art. 51 d.lgs. 81/2015) specificando, in particolare:

- › La responsabilità del datore di lavoro in materia di sicurezza;
- › I diritti di priorità nell'accesso allo smart working, con particolari riferimenti alle condizioni legate alla genitorialità e all'assistenza dei disabili;
- › La parità di trattamento economico e normativo, il diritto alla salute e alla sicurezza del lavoro, nonché lo sviluppo della carriera, il diritto alla formazione permanente;

- › Il diritto alle ferie e ai permessi;
- › Il diritto alla disconnessione.

Viene prevista anche la modifica dell'art.19, individuando gli elementi essenziali dell'accordo individuale nei seguenti:

- › Durata dell'accordo;
- › Alternanza dei periodi dentro e fuori l'azienda;
- › Le fasce orarie di reperibilità;
- › L'informativa in materia di sicurezza (è infatti prevista l'abrogazione dell'attuale art. 22);
- › Le misure necessarie a garantire il diritto alla disconnessione;
- › L'attività formativa necessaria.

Ne consegue che il dispositivo legislativo finisce per essere integrato dalle fonti pattizie, in modo da sottoscrivere accordi collettivi nell'ambito dei quali siano dettagliate policy aziendali a tutela dei lavoratori e dei datori di lavoro, lasciando all'accordo individuale la sola regolamentazione specifica del caso concreto.

Da sottolineare che il principio dell'alternanza nel disegno di legge verrebbe espunto dalla definizione dell'art. 18, nel cui testo non comparirebbe più, e demandato invece solo all'accordo individuale, in tal modo facendo perdere al lavoro agile una delle caratteristiche sue proprie, avvicinandolo ad un lavoro da remoto *tout court*.

Infine, nel disegno di legge, se la materia della sicurezza è espressamente rimessa alla contrattazione collettiva è però prevista una modifica all'articolo 29, comma 3 del d.lgs. 81/2008 che amplia la nozione di rischio per il lavoro da remoto, estendendolo al trattamento dei dati personali, alle modalità di disconnessione ed ai tempi di riposo.

Le linee di indirizzo del protocollo del 2021 per un luogo "agile" in condizioni di "normalità"

Limitando l'analisi al luogo di lavoro, nel Protocollo le parti sociali hanno fornito importanti indicazioni per superare in modo consapevole le criticità dell'esperienza pandemica, anche per scongiurare quel rischio di rendere strutturale e definitivo il distanziamento delle persone che fa perdere il senso della *communitas* e, in qualche misura, come già osservato, indebolisce le relazioni sindacali.

Innanzitutto, si conviene sulla libertà di scelta del luogo di lavoro esterno ai locali aziendali: «il lavoratore è libero di individuare il luogo ove svolgere la prestazione in modalità agile purché lo stesso abbia caratteristiche tali da consentire la regolare esecuzione della prestazione, in condizioni di sicurezza e riservatezza, anche con specifico riferimento al trattamento dei dati e delle informazioni aziendali nonché alle esigenze di connessione

con i sistemi aziendali (art. 4, co. 1). Resta ferma la possibilità per la contrattazione collettiva di «individuare i luoghi inadatti allo svolgimento del lavoro in modalità agile per motivi di sicurezza personale o protezione, segretezza e riservatezza dei dati» (art. 4, co. 2).

Tale libertà, tuttavia, non potrà spingersi sino a stabilire che la prestazione possa svolgersi in toto dentro o fuori dai locali aziendali, venendo meno, in questa ipotesi, uno degli elementi tipici del lavoro agile, ossia l'alternanza tra prestazioni intra ed extra aziendali. E infatti, all'art. 2 si ribadisce quanto già stabilito ex lege, ovvero che nell'accordo individuale debba essere prevista «l'alternanza tra i periodi di lavoro all'interno e all'esterno dei locali aziendali», oltre ai «luoghi eventualmente esclusi per lo svolgimento della prestazione lavorativa esterna ai locali aziendali».

Il lavoro agile, dunque, non può essere “per sempre”, perché il suo presupposto è il mantenimento (anche fisico) del lavoratore nell'organizzazione produttiva, come espressamente previsto dalla l. n. 81/2017. Se così non fosse si rischierebbe di allontanare i lavoratori dal centro operativo, materiale ed umano costituito dall'azienda e dal contenuto regolatorio della disciplina lavoristica e ricadere in quella negatività che l'esperienza pandemica ha evidenziato.

Per un lavoro agile davvero produttivo e umanamente sostenibile è indispensabile considerare il suo equilibrio con il lavoro in presenza, oltre alla necessità di una formazione specifica e alla disponibilità, da parte dei lavoratori, dei supporti tecnologici più adeguati. Su entrambi questi profili, lo stesso Protocollo fornisce indicazioni molto precise.

Innanzitutto, sul versante della formazione, le Parti sociali ritengono necessario prevedere percorsi formativi, finalizzati a incrementare specifiche competenze tecniche, organizzative, digitali, anche per un efficace e sicuro utilizzo degli strumenti di lavoro forniti in dotazione, pure al fine di diffondere una cultura aziendale orientata alla responsabilizzazione e partecipazione dei lavoratori. Analogamente, ritengono fondamentale, a fronte della rapida evoluzione dei sistemi e degli strumenti tecnologici, l'aggiornamento professionale per i lavoratori posti in modalità agile che devono continuare a essere inseriti anche nei percorsi di sviluppo professionale rivolti alla generalità dei dipendenti (come previsto dall'art. 20, co. 2, l. n. 81/2017).

Importante anche aver precisato che la formazione può costituire per i lavoratori in modalità agile un momento di interazione e di scambio in presenza, per prevenire proprio quelle situazioni di isolamento già richiamate.

Resta fermo e impregiudicato il diritto alla formazione c.d. obbligatoria in materia di tutela della salute dei lavoratori e di protezione dei dati, da erogarsi nelle modalità più coerenti con lo svolgimento del lavoro agile.

Sul versante degli strumenti di lavoro, all'art. 5, le parti sociali hanno

convenuto che, «fatti salvi diversi accordi, sia il datore di lavoro, di norma, a fornire la strumentazione tecnologica e informatica necessaria allo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile, al fine di assicurare al lavoratore la disponibilità di strumenti idonei all'esecuzione della prestazione lavorativa e sicuri per l'accesso ai sistemi aziendali. Le spese di manutenzione e di sostituzione della strumentazione fornita dal datore di lavoro sono a carico del datore di lavoro stesso, che ne resta proprietario».

Per favorire l'individuazione di luoghi di lavoro alternativi al domicilio e, soprattutto, per rendere sostanziale la possibilità da parte del lavoratore e del datore di lavoro di optare per queste soluzioni, le parti sociali hanno convenuto sulla necessità di agire con la leva dell'incentivazione economica. Diverse sono, infatti, le questioni, in termini di costi, che si pongono sul piano pratico: dall'affitto delle postazioni in "luoghi terzi" (compresa la possibilità di detrazione fiscale), all'infrastrutturazione tecnologica in termini di portata/potenza e di livello di protezione dei dati, sino l'adeguamento del *layout* fisico degli spazi (pubblici e privati) adibiti ad attività lavorativa agile.

Da qui l'esplicita previsione, all'art. 15, co 1, circa la «necessità di incentivare l'utilizzo corretto del lavoro agile anche tramite un incentivo pubblico destinato alle aziende che regolamentino il lavoro agile con accordo collettivo di secondo livello, in attuazione del presente Protocollo e dell'eventuale contratto di livello nazionale, stipulati ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, che ne prevedano un utilizzo equilibrato tra lavoratrici e lavoratori e favorendo un'ottica di sostenibilità ambientale e sociale».

Gli obblighi di comunicazione e di informazione tra decreto semplificazioni e decreto trasparenza

Dal primo settembre di quest'anno hanno perso vigore tutte le norme emergenziali che prevedevano la possibilità di adottare forme di lavoro agile pur in mancanza di accordo individuale.

Ritorna, pertanto, nel suo pieno vigore la disciplina della legge 81/2017, con le modifiche nel frattempo apportate dal c.d. decreto semplificazioni.

L'articolo 41-bis del DL 73/2022, convertito dalla legge 122/2022, ha riscritto l'articolo 23 della legge 81/2017: «*Con decorrenza dal 1° settembre 2022, il datore di lavoro comunica in via telematica al Ministero del lavoro e delle politiche sociali i nominativi dei lavoratori e la data di inizio e di cessazione delle prestazioni di lavoro in modalità agile, secondo le modalità individuate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. I dati di cui al primo periodo sono resi disponibili all'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro con le modalità previste dal codice*

dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. In caso di mancata comunicazione secondo le modalità previste dal decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di cui al primo periodo, si applica la sanzione prevista dall'articolo 19, comma 3, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

L'accordo individuale rimane imprescindibile, ma non deve più essere caricato sul portale del ministero del Lavoro, come prevedeva la norma del 2017.

Già durante il periodo dell'emergenza pandemica l'obbligo di caricamento era stato sostituito da una semplice comunicazione (anche in forma massiva) dei nominativi dei lavoratori collocati in *smart working*.

Ora tale modalità semplificata diventa strutturale. Dal 1° settembre 2022 i nominativi dei dipendenti per i quali sono attivati accordi di *smart working* devono essere comunicati in via telematica al ministero del Lavoro, insieme alla data di inizio e di cessazione delle prestazioni di lavoro in modalità agile, secondo quanto indicato dal decreto del ministro del Lavoro del 22 agosto scorso. Al decreto è allegato il modulo che le aziende dovranno compilare e trasmettere in via telematica in caso di inizio, modifica o cessazione del periodo di lavoro agile.

Quanto all'accordo individuale di lavoro agile, il modello richiede semplicemente di indicare la tipologia (a termine o a tempo indeterminato), la data di sottoscrizione, quella di inizio della prestazione agile e quella di cessazione. Il decreto stabilisce anche l'obbligo per il datore di lavoro di conservare l'accordo individuale per cinque anni.

Restano valide le comunicazioni effettuate secondo le modalità previste dalla disciplina previgente: le aziende che in periodo pandemico hanno fatto le comunicazioni secondo le disposizioni emergenziali non dovranno ripeterle (salve naturalmente le ipotesi di modifica o cessazione).

C'è però da capire come sulla semplificazione apportata dalla legge 122/2022 si innestino gli ulteriori e diversi adempimenti imposti dal c.d. decreto trasparenza.

Con il d. lgs. 27 giugno 2022, n. 104 – pubblicato sulla G.U. 29 luglio 2022, n. 176 e entrato in vigore il 13 agosto 2022 – è stata data *“Attuazione della direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea”*.

Il dettaglio delle informazioni che devono essere fornite al lavoratore al momento della costituzione del rapporto contrattuale è offerto dall'art. 4, comma 1, lett. a), il quale ha sostituito l'art. 1 del d.lgs. n. 152/1997.

È ampliato notevolmente l'elenco delle informazioni che il datore deve fornire al lavoratore per iscritto, in formato cartaceo o elettronico, all'atto dell'assunzione prima che inizi l'esecuzione della prestazione e, comunque, entro i 7 giorni successivi (salvo il maggiore termine di un mese per alcuni

dati). Per i rapporti già in essere è previsto, invece, che il datore provveda all'aggiornamento su richiesta scritta del lavoratore entro 60 giorni dalla stessa. In ogni caso, la prova dell'avvenuta trasmissione o ricezione delle informazioni deve essere conservata per 5 anni dalla cessazione del rapporto.

Accanto ai dati tipici del rapporto – come la tipologia contrattuale, l'identità del datore, il luogo di lavoro, la data di inizio e fine, il periodo di prova (se previsto), l'inquadramento del lavoratore, l'orario di lavoro – il datore deve, tra l'altro, comunicare anche la formazione destinata al lavoratore, la durata delle ferie e dei congedi retribuiti, la procedura e i termini di preavviso in caso di recesso di ambo le parti, le condizioni per modificare i turni di lavoro (in presenza di orari prevedibili) e gli istituti previdenziali e assicurativi cui sono versati i contributi.

Qualsiasi variazione delle informazioni oggetto di comunicazione deve essere resa nota al lavoratore entro il primo giorno di decorrenza della modifica, salvo che non si tratti di rettifiche legislative o derivanti dalla contrattazione collettiva.

Ingenti sanzioni in caso di errore: l'omesso, il ritardato o l'incompleto adempimento degli obblighi informativi comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da 250 a 1.500 euro per ogni lavoratore interessato.

Accanto alle sanzioni amministrative è previsto l'espresso divieto per le imprese di licenziare, discriminare e sanzionare i lavoratori che esercitino i diritti previsti dal Decreto che, qualora vittime di comportamenti ritorsivi, possono ricorrere, oltre che all'ordinaria tutela giudiziaria, anche a strumenti più rapidi (quali la conciliazione e l'arbitrato) e sporgere denuncia all'INL, con il rischio per i datori di un'ulteriore ammenda.

Ci sono poi informazioni supplementari, molto dettagliate e complesse, che il Decreto stabilisce debbano essere fornite ai lavoratori per le seguenti tipologie di rapporti:

- a. quelli per i quali il datore utilizzi sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati,
- b. quelli resi all'estero,
- c. quelli in cui la prestazione non sia prevedibile.

Qualora il datore utilizzi sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati tesi a rilevare dati utili per l'assunzione, la gestione e la cessazione del rapporto nonché relativi alla sorveglianza, alla valutazione e all'adempimento della prestazione – fermo restando il rispetto della disciplina dei controlli a distanza e della privacy – il datore deve, tra l'altro, chiarire gli scopi e le finalità dei sistemi, le loro modalità di funzionamento e il relativo livello di sicurezza.

E' previsto, inoltre, per il lavoratore il diritto di accedere, direttamente o per il tramite dei sindacati, ai dati e di richiedere ulteriori approfondimenti sugli obblighi d'informazione elencati.

La violazione delle citate prescrizioni è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria.

Per i rapporti in cui il lavoro si svolga secondo modalità organizzative (in tutto o in gran parte) imprevedibili è sancito l'obbligo datoriale di informare il prestatore circa:

- › la variabilità della programmazione del lavoro, con indicazione delle ore minime retribuite garantite;
- › i giorni e le ore in cui è tenuto a lavorare;
- › il preavviso a lui spettante prima dell'inizio della prestazione e il termine entro cui l'incarico può essere annullato.

Il lavoratore può rifiutarsi di eseguire l'attività se il datore la richieda in giorni e ore diverse da quelle programmate o se violi l'obbligo di preavviso, senza subire alcuna conseguenza neppure disciplinare.

Infine, in caso di revoca di un incarico programmato senza un ragionevole preavviso, il lavoratore ha diritto alla retribuzione stabilita nel contratto collettivo se applicabile o, in mancanza, a un importo non inferiore al 50% di quanto convenuto per la prestazione annullata.

Nel caso di distacco o missione (per un periodo superiore a 4 settimane consecutive) all'estero, il datore deve comunicare quali sono le modifiche alle informazioni già fornite, il paese di destinazione, la retribuzione e la relativa valuta, le condizioni per il rimpatrio (ove previsto) nonché l'indirizzo del sito internet istituzionale dello Stato membro ospitante in cui sono pubblicate le informazioni sul distacco.

Pur con tutte le difficoltà e le incertezze interpretative derivanti dal sovrapporsi di novità normative così recenti, ed in assenza di esperienza applicativa diretta che ne orienti l'interpretazione, pare di potersi affermare che tutti i nuovi obblighi informativi, per quel che attiene al lavoro agile, dovrebbero essere superati dall'accordo individuale che, in maniera concordata tra le parti, è rivolto proprio alla individuazione in concreto delle modalità "flessibili" di svolgimento della prestazione, per cui è proprio nel lavoro agile che appare minore il rischio di disinformazione del lavoratore che contrattualizza in proprio le modalità di svolgimento della prestazione.

Semmai il suggerimento è ad implementare il contenuto degli accordi individuali tendo conto degli ulteriori obblighi introdotti dal legislatore.

Conclusioni

L'emergenza pandemica e l'esperienza della contrattazione collettiva (sia con la sottoscrizione del Protocollo sia con la sottoscrizione di Accordi sindacali post pandemia) ci lasciano l'idea di un potenziale lavoro "agile" non ancora pienamente sfruttato.

Secondo uno studio realizzato da Randstad e Fondazione per la Sussidiarietà - «*South working* per lo sviluppo responsabile e sostenibile del Paese» - lo *smart working* è strumento in grado di portare il lavoro là dove non vi è o è ancora sotto-utilizzato.

Il punto di partenza è da un lato il dato secondo cui il 77% delle aziende ha adottato lo *smart working* e il 46% è disponibile a progetti di *remote working* da 2 a 5 giorni settimanali. Dall'altro, l'analisi dei ricercatori su oltre 1,4 milioni di offerte di lavoro pubblicate sui principali siti di ricerca online tra il 2019 e il 2021. Il risultato? Le offerte di lavoro al Sud sono state solo l'8% del totale, mentre il 78% dei posti di lavoro sono concentrati nel Nord e il 14% nel Centro. La situazione è simile per le offerte di lavoro *hi-tech*, che vedono sempre una prevalenza del Nord (75%), seguito da Centro (16%) e Sud e Isole (9%).

Parallelamente a questo fenomeno ne esiste un altro, quello che segna una fase generale di stallo nello sviluppo dello *smart working*. A raccontarlo è Randstad Research (il centro di ricerca promosso dal gruppo) che, elaborando i dati Istat ed Eurostat, spiega come su 8 milioni di potenziali *smart worker* italiani, solo un terzo oggi lavora da remoto per almeno un giorno a settimana. Dato che colloca il nostro Paese in coda all'Europa. Finita l'emergenza pandemica cioè, se nel resto d'Europa il lavoro a distanza sembra destinato a proseguire la sua crescita, in Italia assistiamo a una sorta di ripiegamento.

Lo studio registra anche come stia crescendo l'interesse delle aziende agli «*hub* di lavoro» al Sud (lo studio ne prende in esame sei: Sant'Angelo le Fratte, Palermo, Licata, Castelbuono, Trapani, Tursi), spazi di *co-working* o veri e propri uffici con *team* aziendali dislocati in aree lontane dalle grandi città del Centro-Nord. «Sempre più imprese – spiega Marco Ceresa, Group Ceo di Randstad – iniziano a considerare di favorire lo sviluppo nelle aree più fragili del Paese, cercando di trovare anche quelle competenze e quelle risorse preziose che sempre più si fa fatica a trovare nel Nord del Paese. La creazione di un hub di lavoro può davvero essere il volano per il *south working*, potendo reclutare competenze altrimenti non accessibili, garantire il bilanciamento vita-lavoro alle persone e sostenere un indotto locale. Ma i presupposti fondamentali per esperienze di *south working* di successo sono la creazione di un'adeguata infrastruttura digitale, spazi adeguati e uno sforzo multilaterale tra aziende, agenzie per il lavoro, Comuni di riferimento e atenei universitari».

Gli accordi aziendali post pandemia, in adesione al Protocollo nazionale, cercano di restituire allo *smart working* le proprie caratteristiche essenziali: la variabilità del luogo e la volontarietà dello stesso, con scelta rimessa al lavoratore, salvi i limiti esterni di solito costituiti da: divieto di scelta di un luogo al di fuori del territorio nazionali (con tutti i problemi di individuazione della legge astrattamente applicabile che la fattispecie si

porta dietro); divieto di scelta di un luogo che non garantisca la sicurezza dei dati e la tutela della riservatezza degli stessi (no luoghi pubblici o aperti al pubblico); divieto di scelta di un luogo che non risponda ai criteri di sicurezza e idoneità o non sia funzionale al corretto adempimento delle prestazioni.

Il testo unificato del disegno di legge “Delega al Governo per il riordino della disciplina in materia di lavoro agile e l’introduzione del diritto alla disconnessione per il benessere psico-fisico dei lavoratori e dei loro affetti”, passato al Senato in data 28 agosto, non contiene grosse modifiche legate al “luogo” di lavoro, se non con riferimento ai rischi per la salute e sicurezza, in ragione dei quali viene sancito il principio dell’obbligo della cooperazione tra datore di lavoro e lavoratore, e con riferimento al diritto alla disconnessione, che forma oggetto di ampia ed analitica disciplina, sul presupposto della particolare rischiosità della modalità di lavoro agile sotto questo profilo, proprio in ragione della labilità spaziale dello stesso.

Si tratta di gestire «l’avvento di una nuova “civiltà del lavoro” intesa come fisica liberazione “dal” luogo di lavoro e di conseguenza “del” lavoro dai suoi limiti di tempo e di luogo», nonché di affrontare in modo compiuto la sfida del “lavoro agile”, per una più diffusa e condivisa innovazione tecnologica e organizzativa (oltre che sociale), della quale si possano avvalere positivamente il maggior numero di imprese e di lavoratori, senza arrivare allo scenario di un lavoro argonautico e reso “dove si vuole”, che sostituisca quello in azienda.

In altri termini, si tratta di accompagnare, in dialogo con le parti sociali e limitando eccessi di euforia, un processo che non miri a diffondere la “remotizzazione” del lavoro in quanto tale, ma semmai guardi a questa modalità agile di lavorare nella sua corretta dimensione, con obiettività, senza utopie e nella misura in cui sia anche umanamente sostenibile. Usciti dall’emergenza pandemica, nel nuovo scenario rappresentato dalla crisi energetica, la prestazione di lavoro resa in modalità agile può costituire un nuovo punto di equilibrio rispetto all’aumento dei costi legati alla pesante crisi energetica: da un lato infatti le aziende possono limitare i costi energetici programmando adeguatamente le presenze in azienda e ottimizzando quindi gli spazi fisici; dall’altro il lavoratore, grazie alla flessibilità concessa dal lavoro agile, può limitare i costi legati agli spostamenti da e per il lavoro, con aumento del salario reale.

L'autore
di questo articolo

MARIA AGOSTINI
Avvocata Giuslavorista e
presidente Agi Toscana

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

**Smart working:
un mondo diverso
dal telelavoro
fra la necessità di un
cambio di paradigma,
i controlli e il diritto
alla disconnessione**

MICHELA BANI

L'obiettivo che si prefigge il presente lavoro è quello di fornire un quadro d'insieme delle tematiche connesse al tempo della prestazione, al controllo ed al diritto alla disconnessione del lavoratore in smart working non tralasciando di evidenziare alcune differenze di tipo strutturale con la fattispecie, soltanto per alcuni versi, succedanea allo smart working rappresentata dal telelavoro.

Con riferimento al tema della gestione della prestazione ed in particolare sui controlli della performance, è indubbio che l'evoluzione del mercato del lavoro nel senso della *“remotizzazione della prestazione”* e della *“responsabilizzazione del risultato”* hanno reso fondamentale rileggere la disciplina dei controlli in una logica integralmente virtuale in cui lo strumento tecnologico rappresenta il punto di contatto fra datore e prestatore che per le sue caratteristiche intrinseche rappresenta uno strumento di controllo.

In questa prospettiva, nonostante siano trascorsi ormai 5 anni dall'entrata in vigore del D.lgs 81/17, rimangono aperti una serie di interrogativi resi ancora più evidenti alla luce della sperimentazione forzata dell'uso generalizzato di *“prestazioni remotizzate”* conseguito alla pandemia.

Il Telelavoro: solo una prestazione remotizzata

Per meglio comprendere il punto di partenza di qualunque speculazione sullo SW occorre avere ben chiara la sua essenza. In questo percorso ricognitivo non si può prescindere dalla fattispecie del telelavoro anche al solo fine di evidenziarne le differenze rispetto al lavoro agile.

In estrema sintesi il Telelavoro è definito come una forma di organizzazione e/o svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta fuori dai locali della stessa.

In ambito privato la disciplina dell'istituto è di fonte contrattuale attraverso l'implementazione dell'Accordo Interconfederale 9 giugno 2004 (per il recepimento dell'Accordo Quadro Europeo sul telelavoro del 16 luglio 2002).

L'art. 23 del D.Lgs 80/2015 prevede degli incentivi per i datori di lavoro privati che facciano ricorso a questo strumento per favorire le esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (i telelavoristi sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti dalle leggi e dai contratti per l'applicazione di particolari normative e istituti).

In particolare, l'Accordo Interconfederale detta una disciplina generale a livello nazionale e lascia ampio spazio di intervento alla contrattazione collettiva di categoria o aziendale, per integrare e/o adeguare i principi ed i criteri in esso definiti.

In estrema sintesi, gli elementi caratterizzanti della fattispecie sono essenzialmente:

- › la natura volontaria della modalità (può essere previsto in fase di assunzione nel contratto individuale di lavoro ovvero successivamente purché rappresenti comunque la volontarietà delle parti coinvolte);
- › la delocalizzazione dell'attività rispetto al luogo in cui si trova il datore di lavoro;
- › la flessibilità dei tempi di lavoro;
- › l'utilizzo di tecnologie che consentono di fatto l'espletamento della prestazione lavorativa da remoto in collegamento con il datore di lavoro.

In questo quadro il telelavoro non intacca l'aspetto qualificatorio del rapporto lavorativo (autonomo/subordinato), ma rappresenta unicamente una modalità di esecuzione della prestazione da remoto¹.

L'art. 2 dell'Accordo Interconfederale 9 giugno 2004, specifica che il telelavoro è espressione di una scelta volontaria dei contraenti.

Sotto questo profilo non si riscontra alcun vincolo in termini di esercizio di poteri datoriali di disporre la prestazione in Telelavoro così come non è configurabile come un diritto soggettivo del lavoratore allo svolgimento della prestazione con questa modalità.

La conseguenza necessitata di tale affermazione è quella per cui il rifiuto allo svolgimento delle prestazioni nella modalità del Telelavoro non può rappresentare motivo di risoluzione del rapporto di lavoro.

Ai sensi dell'art. 3 dell'Accordo Interconfederale, qualora il telelavoro non sia ricompreso nella descrizione iniziale della prestazione lavorativa, la decisione di passare al telelavoro è reversibile per effetto di accordo individuale e/o collettivo. La reversibilità può comportare il ritorno all'attività lavorativa nei locali del datore di lavoro su richiesta di quest'ultimo o del lavoratore. Le modalità di tale reversibilità sono fissate mediante accordo individuale e/o collettivo.

Dal punto di vista formale l'accordo di telelavoro non presenta particolari formalità rispetto ad un ordinario rapporto di lavoro soggiacendo, nel caso di telelavoro connesso al rapporto di lavoro subordinato, alle medesime

1. Il *Report on the implementation of the European social partner's Framework Agreement on Telework* del 2 luglio 2008 definisce il Telelavoro "un metodo di organizzazione e/o svolgimento del lavoro, con l'uso di tecnologie informatiche, che sia svolto

da una persona fisica, all'interno di un contratto o un rapporto di lavoro" in F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu *Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET giuridica, Milano, 2016.

regole relative all'obbligo d'informazioni previsto dal D.lgs 152/97, così come modificato di recente dal D.lgs 104/2022, avendo a mente di fornire le informazioni peculiari che attengo a questo particolare modo di rendere la prestazione a mero titolo esemplificativo appare opportuno indicare le persone con le quali il lavoratore dovrà collaborare, come pure le modalità delle comunicazioni che il prestatore dovrà adottare per interloquire con il datore di lavoro.

Dal punto di vista della gestione del rapporto di lavoro il telelavoratore non è dissimile da un qualunque rapporto ordinario ma, sono previste alcune peculiarità che riguardano la salute e sicurezza che saranno oggetto di altri interventi nel corso di questo Workshop ed a cui si rimanda.

Ancora, è peculiare la circostanza per cui il datore di lavoro sarà obbligato ai sensi del comma 3 dell'articolo 8 dell'Accordo Interconfederale all'adozione di misure finalizzate a prevenire l'isolamento del telelavoratore dal contesto aziendale. Sotto questo profilo è lo stesso accordo a fornire ipotesi esemplificative quali *“l'opportunità di incontrarsi regolarmente con i colleghi e di accedere alle informazioni aziendali”*.

Rispetto a quanto si dirà in seguito con riferimento al contratto di lavoro agile assume rilevanza quanto previsto all'articolo 6 dell'Accordo Interconfederale laddove affronta il tema degli strumenti di lavoro.

A differenza di quanto si potrà apprezzare successivamente affrontando le disposizioni afferenti il Lavoro agile/*smart working*, il rapporto con gli strumenti non è appannaggio del lavoratore ma è il datore di lavoro a farsi carico “di regola” della *“fornitura, dell'istallazione e della manutenzione degli strumenti necessari ad un telelavoro svolto regolarmente, salvo che il telelavoratore non faccia uso di strumenti propri”*.

Allo stesso modo sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva il datore di lavoro si fa carico dei costi derivanti dallo svolgimento della prestazione in telelavoro.

Sotto il profilo più strettamente legato al tema dei controlli, la disciplina dell'accordo interconfederale sul Telelavoro non fornisce alcun tipo di specificazione ulteriore se non richiamare la disciplina generale, il riferimento è evidentemente all'articolo 4 Stat. Lav.

L'unico elemento preso in considerazione dall'accordo riguarda la tutela dei dati trattati dal lavoratore nello svolgimento della prestazione².

2. Art. 4 “Il datore di lavoro ha la responsabilità di adottare misure appropriate, in particolare per quel che riguarda il software, atte a garantire la protezione dei dati utilizzati ed elaborati dal telelavoratore per fini professionali. 2. Il datore di lavoro provvede ad informare il telelavoratore in ordine a tutte le norme di legge e regole aziendali applicabili relative alla protezione dei dati. 3. Il telelavoratore è responsabile del rispetto di tali norme e regole. 4. Il datore di lavoro provvede ad informare il lavoratore, in particolare, in merito ad ogni eventuale restrizione riguardante l'uso di apparecchiature, strumenti, programmi informatici, quali internet ed alle eventuali sanzioni applicabili in caso di violazione, come stabilito dalla contrattazione collettiva”

La disciplina prevede, esclusivamente ed in modo assolutamente generico, che eventuali strumenti di controllo debbano essere proporzionati all'obbiettivo perseguito e comunque nel rispetto della disciplina relativa alla sicurezza sul lavoro.

In ultima analisi il Telelavoro dal punto di vista della disciplina dei controlli non fornisce una disciplina analitica se non richiamando genericamente il principio della proporzionalità fra il controllo e l'obbiettivo perseguito. Questo approccio, per così dire "minimalista", trova probabilmente il proprio fondamento anche nei tempi in cui la disciplina è stata implementata in cui il rapporto con lo strumento tecnologico non era percepito nei termini della propria capacità di generare forme di controllo. Occorre ulteriormente specificare che non si rinvergono particolari arresti giurisprudenziali in materia tenuto conto lo scarso utilizzo del citato istituto.

Lavoro agile: articolazione flessibile del lavoro subordinato nei tempi e nei luoghi

Giova innanzitutto il lavoro agile è disciplinato dagli artt. 18 e ss della L. 81/2017 ed ulteriori disposizioni sono state introdotte dalle Legge di Bilancio 2019 nonché dal *Protocollo nazionale sul lavoro in modalità agile del 7 dicembre 2021* con il quale le parti sociali hanno fissato un quadro di riferimento per definire lo svolgimento del lavoro agile esprimendo linee di indirizzo per i contratti collettivi nazionali ed accordi di secondo livello.

Il Lavoro agile, diversamente dal telelavoro, costituisce una possibile e diversa *modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato*, con collegamento da remoto e possibile utilizzo degli strumenti tecnologici, che si caratterizza per l'assenza di vincoli di orario e di luogo, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività.

La prestazione lavorativa nell'ambito del rapporto di lavoro agile viene eseguita in parte all'interno dei locali aziendali ed in parte all'esterno senza una postazione fissa.

La fattispecie lavoro agile non è, o quanto meno non solo, una modalità di esecuzione della medesima prestazione da remoto ma una modalità di rendere la prestazione il cui fine è quello di conciliare per un verso i tempi di vita e di lavoro ma anche quello di incrementare la competitività.

In questo contesto attraverso l'accordo individuale tra le parti la prestazione potrà essere organizzata in "*fasi, cicli e obbiettivi*" senza precisi vincoli di orario – se non quelli fissati per la durata massima della prestazione ai sensi D.lgs 66/03 – e nemmeno di luogo.

In una disposizione derogatoria ai principi classici del diritto del lavoro sul potere direttivo e conseguentemente di controllo del datore di lavoro

si è sostenuto che la disciplina del lavoro agile realizzerebbe, una sorta, di deviazione causale del contratto stesso³.

Secondo la posizione maggioritaria, però, il lavoro agile rappresenterebbe una mera attenuazione del vincolo di subordinazione in cui l'accordo individuale varrebbe ad esprimere un'estrinsecazione del *modus* dell'esercizio del potere direttivo⁴ senza comprometterne la sua struttura unidirezionale⁵ o la sua densità⁶.

Come detto, il contratto di lavoro agile si caratterizza per un elevato grado di flessibilità nella gestione del tempo e del luogo in cui la prestazione va eseguita il tutto con l'unico limite della durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale.

Ulteriore limite, di cui si discuterà nel prosieguo, del lavoro agile riguarderà il diritto alla disconnessione che rappresenta il baluardo rispetto a rischi connessi alla c.d. iperconnessione e, conseguentemente, della trasformazione da un lavoro agile ad uno continuo con tutte le ulteriori conseguenze in termini di tutela del diritto alla salute.

Venendo all'aspetto del tempo di lavoro, la disciplina legale lascia un ampio margine discrezionale all'accordo individuale nella determinazione dell'orario in cui deve essere svolta la prestazione nel limite dell'orario normale di lavoro.

In questo contesto, l'esperienza mostra come l'accordo, spesso, ricalchi l'orario di lavoro degli altri lavoratori presenti in azienda.

Tale tipo di impostazione, per quanto assolutamente legittima, snatura largamente il concetto stesso di lavoro agile in cui il vincolo delle dell'orario di lavoro è per definizione largamente attenuato.

Da questo punto di vista si segnalano alcune esperienze implementate anche prima della norma del 2017.

Il contratto di Euler Hermes SA del 15 gennaio 2016 prevede, per quanto attiene i tempi di lavoro, il mero rispetto da parte dello *smart worker* dell'orario di lavoro contrattualmente previsto.

-
3. Perulli La Soggezione regolativa nel diritto del lavoro, CSDLE, IT, n. 365/2018; o ancora lo stesso autore in Il jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro CSDLE, IT, 341/2017. Maresca A. Smart working subordinazione soft Il sole 24 ore 26 luglio 2017 prospetta un indirizzo più autonomo del lavoro subordinato.
4. A. Levi op Cit. 35 "Nella disciplina del lavoro agile, peraltro, il potere direttivo non viene soltanto attenuato, ma, addirittura ne viene messa in discussione la tradizionale natura unilaterale, seppure ab externo. Esso cioè subisce un ridimensionamento del tratto dell'unilateralità, se non in ordine all'esercizio in se delle relative prerogative almeno alla manifestazione"
5. G. Proia, L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile, in Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile, a cura di L. Fiorillo - A, Perulli, Giappichelli, 2018,179.
6. Per un'analisi complessiva delle posizioni si segnala G. Ricci, la nuova disciplina del "lavoro agile", NLCC 3/2018.

Più aderente allo spirito della norma l'accordo proposto da Ferrovie dello Stato italiane del 12 giugno 2017 secondo cui gli *smart workers* potranno lavorare esclusivamente nella fascia oraria compresa nel lavoro diurno quindi dalle 06:00 alle 22:00 lasciando poi la distribuzione effettiva dello svolgimento dell'orario ad accordi tra lavoratore e azienda che siano di volta in volta funzionali alle esigenze organizzative del datore di lavoro per un verso e dello *smart worker* per l'altro verso.

Ancora, sempre volendo prendere in considerazione le esperienze che hanno segnato il lavoro agile in Italia, può essere preso a riferimento l'accordo del 6 giugno 2017 della società Siemens in cui, analogamente a quanto avviene per il già citato accordo di Ferrovie dello Stato, il lavoratore potrà svolgere la propria prestazione in tutto l'arco della giornata feriata ma con specifico divieto di effettuare lavoro notturno.

Ancora, si segnalano gli accordi collettivi aziendali di General Motors e di Cariparma in cui viene specificato che il lavoratore agile dovrà, comunque, osservare una reperibilità nelle ore centrali della giornata.

Sotto questo profilo, nell'accordo sottoscritto da Cariparma è prevista con riferimento alla citata reperibilità l'espressa esclusione dei trattamenti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale in materia di reperibilità⁷.

Più di recente gli accordi aziendali⁸ tendono ad individuare un numero massimo di giornate ovvero una percentuale nel tempo di riferimento⁹ in cui il lavoratore presta la propria attività al di fuori dell'azienda e delle fasce orarie nelle quali rendere la prestazione.

Gli orari previsti dagli accordi collettivi tendono a contenere lo svolgimento della prestazione in orari che, in una certa misura, corrispondono a quelli in cui opera il personale presente fisicamente in azienda lasciando però allo *smart worker* la possibilità di auto determinarsi sulla collocazione oraria della prestazione evidentemente lasciando libere delle fasce orarie entro cui effettuare la pausa pranzo ovvero dei limiti nell'orario entro cui effettuare le riunioni.

Diritto alla disconnessione

Un ulteriore elemento caratterizzante del lavoro agile è quello del diritto alla disconnessione.

In particolare, la Legge 81/17 lo disciplina al primo comma dell'articolo 19 laddove statuisce che *“L'accordo individua altresì i tempi di riposo del*

7. Sugli accordi in materia di Lavoro Agile Cairo L., D'avanzo F., Ferretti F. Il lavoro agile e Coworking, UTET Giuridica 2018.

8. Accordo Poste Italiane del 1 marzo 2022

9. Accordo GSK S.p.A. 14 dicembre 2021; Accordo Enel Italia 21 marzo 2022.

lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore alle strumentazioni tecnologiche di lavoro”, ossia il diritto a non essere sempre raggiunti da comunicazioni e richieste lavorative tramite gli strumenti informatici.

Sebbene il principio generale sia applicabile ad ogni rapporto di lavoro in un modo “iperconnesso”, nel lavoro agile tale diritto assume una rilevanza ancora maggiore dal momento che la possibilità di svolgere la prestazione lavorativa in modalità lavoro agile dipende – di norma - direttamente dalla connessione continua mediante strumenti informatici.

Tale diritto è, ancora una volta, connesso alla premessa da cui muove l’intero complesso normativo sullo smart working laddove all’articolo 18, oltre che richiamare un principio di recupero di competitività, richiama la necessità di agevolare “*la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro*”.

In questo quadro diventa fondamentale che sia disciplinato il diritto a disconnettersi al fine di evitare di confondere e sovrapporre i piani della vita personale con quelli del lavoro.

Peraltro, il diritto alla disconnessione deve tendere alla tutela della salute del lavoro messa a rischio dalla iperconnessione.

Come noto, il primo Stato europeo ad aver cercato di disciplinare il diritto alla disconnessione è stata la Francia con la Loi n. 2016-1088 dell’8 agosto 2016 (la cosiddetta Loi Travail o El-Khomr) che ha modificato l’art. 2242-8 del **Code du Travail**.

Nella citata disciplina si prevede l’obbligo per le aziende aventi oltre 50 dipendenti di prevedere il diritto alla disconnessione nel contratto collettivo aziendale. Detta norma ha, altresì, disposto che, in mancanza di accordo, il diritto alla disconnessione debba essere previsto in un regolamento previa consultazione del *comité d’entreprise* (“comitato aziendale”), o, in mancanza, con i rappresentanti dei lavoratori.

Il citato regolamento dovrà definire le modalità di esercizio del diritto alla disconnessione e prevedere, per il personale addetto alla sorveglianza dei lavoratori, corsi di formazione e di sensibilizzazione su un uso ragionevole degli strumenti digitali di controllo dell’attività lavorativa.

Anche la Spagna si è dotata di una normativa specifica, infatti, con il Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia è stata riformata in modo organico la disciplina del lavoro a distanza¹⁰.

La legge ribadisce il diritto alla disconnessione del lavoratore a distanza già previsto dalla Ley Organica 3/2018 demandando alla contrattazione collettiva la determinazione degli strumenti per garantire l’effettività del diritto alla disconnessione.

10. Per una disamina complessiva della novella si veda Serrani L. La nuova legge sul lavoro a distanza in

Spagna in Bollettino ADAPT 28 settembre 2020

Sul tema del diritto alla disconnessione già, prima dell'entrata in vigore della Legge del 2017, si registra l'accordo Barilla del 2015, in cui era previsto che durante l'espletamento del lavoro agile, nell'ambito del normale orario di lavoro, la persona doveva rendersi disponibile e contattabile tramite gli strumenti aziendali messi a disposizione. Il che implica *a contrariis* che la disconnessione sarebbe stata garantita al di fuori di quell'orario.

Ancora, il già citato accordo della General Motor, sempre del 2015, in cui veniva disposto che gli smart workers dovevano essere raggiungibili nelle ore centrali della giornata telefonicamente o mediante il servizio di messaggistica istantanea aziendale.

Successivamente all'entrata in vigore della Legge 81/2017, il diritto alla disconnessione è stato, invece, espressamente disciplinato, nel pubblico, dal CCNL relativo al personale del comparto Istruzione e Ricerca 2016/2018, firmato il 18 aprile 2018. Infatti, l'art. 22, comma 4, lett. C8), il CCNL in questione rinvia alla contrattazione integrativa la definizione di "criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e familiare (diritto alla disconnessione)". Anche in ambito privato si registrano diversi esempi di disciplina collettiva sul diritto alla disconnessione¹¹.

I più recenti accordi collettivi sottoscritti, anche a seguito del protocollo condiviso del 2021, dedicano uno spazio adeguato al diritto alla disconnessione.

Sotto questo profilo a mero titolo esemplificativo l'accordo GSK del 14 dicembre 2021 prevede espressamente un diritto alla disconnessione nella fascia oraria fra le 19 e 8 del giorno seguente.

Allo stesso modo l'accordo sindacale di Enel Italia, del 21 marzo 2022, prevede un diritto alla disconnessione per i giorni feriali dalle 19 alle 7:30 e nel caso di "venerdì corto" a partire dalle 15:00 con il sesto giorno non lavorato di completa disconnessione. Il tutto oltre alle giornate festive.

L'approccio del recente accordo di Poste Italiane del 1° marzo 2022 è invece diverso nella misura in cui il diritto alla disconnessione è connesso all'esaurimento della prestazione giornaliera dovuta.

In ambito comunitario il tema del diritto alla disconnessione è particolarmente sentito anche in considerazione dell'aumento improvviso connesso alla pandemia delle fattispecie di lavoro a distanza.

In questo contesto il 21 gennaio 2021 è stata emanata la Risoluzione 2019/2181 con cui l'Europarlamento invita la Commissione ad elaborare una direttiva sul punto.

11. CCNL aziende industriali alimentari del 31 luglio

2020; CCNL aziende cooperative alimentari del 2 dicembre 2020.

In particolare, la risoluzione muove dalla rilevazione che nell'attuale quadro legislativo dell'UE non esiste una fonte che definisca e disciplini direttamente in modo omogeneo il diritto alla disconnessione.

La direttiva sull'orario di lavoro, infatti, fa riferimento a una serie di diritti che riguardano indirettamente la questione ma non tiene conto delle peculiarità che contraddistinguono questa nuova forma di lavoro. In questo quadro si considera che il principio 10 del pilastro europeo dei diritti sociali prevede un ambiente di lavoro sano, sicuro e adeguato e la protezione dei dati, mentre il principio 9 stabilisce l'equilibrio tra vita professionale e vita privata.

Ancora la Risoluzione da atto che i diversi stati membri hanno legiferato in modo autonomo o, comunque, avviato processi di per legiferare sulla materia. Sempre l'osservazione dei dati ha evidenziato che ancor prima le realtà aziendali si sono date delle regole che mirano a regolamentare i possibili effetti negativi delle tecnologie di comunicazione sulla vita dei lavoratori.

In questo quadro la commissione per l'occupazione e gli affari sociali ha approvato una relazione in cui invita la Commissione europea ad adottare una proposta legislativa di direttiva sul diritto alla disconnessione. La relazione mira a riaffermare il diritto di non ricevere sollecitazioni professionali al di fuori dell'orario di lavoro nel pieno rispetto della legislazione sull'orario di lavoro e delle disposizioni in materia nei contratti collettivi e nelle disposizioni contrattuali. Stabilisce, inoltre, requisiti minimi sull'uso degli strumenti digitali a scopi lavorativi al di fuori dell'orario di lavoro, con l'obiettivo di creare, nel tempo, una cultura che eviti i contatti lavorativi al di fuori dell'orario di lavoro. La relazione sottolinea, inoltre, il ruolo importante delle parti sociali nell'attuazione del diritto alla disconnessione e la necessità di soluzioni su misura che rispondano alle necessità e ai vincoli specifici delle aziende.

Analogie e differenze con il telelavoro

Dopo aver rappresentato seppure in modo estremamente sintetico le peculiarità dei due istituti appare opportuno riassumere quali sono i punti di contatto e le differenze tra i due istituti.

Nel corso del tempo alcuni interpreti hanno evidenziato, probabilmente in una visione non del tutto corretta, una sorta di continuità tra la disciplina del telelavoro e quella del lavoro agile ma, ad una più attenta analisi, vi sono differenze strutturali evidenti.

Sul punto appare esemplificativo come, all'indomani dell'entrata in vigore della legge del 2017, la stessa Funzione Pubblica nel diramare le linee guida in materia di promozione dei tempi di vita e di lavoro afferma testualmente: *“occorre tenere conto della differenza tra lavoro agile telelavoro*

ed evitare di ridurre la flessibilità ad una mera prestazione lavorativa da casa mantenendo ferme rigidità che non sono richieste atteso che l'attenzione si sposta dal rispetto di un orario di lavoro a raggiungimento di un risultato”¹².

Come anticipato mentre il telelavoro può essere sintetizzato in un “svolgo la stessa attività ma la svolgo da un luogo diverso” ed implica l’assegnazione di una postazione fissa, nel lavoro agile è la struttura complessiva dell’obbligazione del rapporto di lavoro ad essere parzialmente diversa, più tendente verso una forma di subordinazione attenuata in cui si individua con maggior forza l’elemento del raggiungimento dell’obiettivo e della responsabilità nella gestione della prestazione.

Si rammenta inoltre che la prestazione lavorativa nell’ambito del rapporto di lavoro agile viene eseguita in parte all’interno dei locali aziendali ed in parte all’esterno senza una postazione fissa.

Tale costruzione si ricava dalle finalità stesse dichiarate nel primo comma dell’articolo 18 della Legge 81/17, laddove individua tra gli scopi della normativa l’incremento della competitività che, evidentemente, dovrà essere misurata rispetto al raggiungimento degli obiettivi.

Tale elemento “strutturale” viene ribadito laddove si che le parti possono concordare forme di organizzazione per fasi cicli ed obiettivi.

Elementi questi ultimi che non sono in alcun modo rinvenibili nella disciplina del telelavoro.

Allo stesso modo elemento distintivo è ulteriormente ricavabile dall’attenzione al diritto alla disconnessione, nemmeno menzionato nell’accordo interconfederale regolativo del telelavoro.

Ulteriore differenza evidenziata in dottrina¹³ fra la fattispecie del lavoro agile è quella del telelavoro è rappresentata dalla circostanza che quest’ultimo è caratterizzato dalla regolarità con cui la prestazione viene resta da remoto. Tale elemento non si riscontra necessariamente nel lavoro agile.

Da ultimo, appare rilevante evidenziare che mentre nel contratto di lavoro agile l’utilizzo degli strumenti tecnologici è, puramente, eventuale nel caso del telelavoro lo strumento tecnologico non solo è necessario per rendere la prestazione ma è lo stesso datore di lavoro che ne è responsabile ed è anche colui il quale ne sopporta il costo. Sotto questo profilo però occorre evidenziare che l’evoluzione del lavoro agile negli accordi aziendali sta andando nella direzione (Vedi accordo Generali del 2021) allo stesso modo l’accordo sindacale di Enel Italia del 21 marzo 2022 pur non prevedendo forme di rimborsi, comunque prevede la possibilità di sottoscrivere contratti per la connessione ad internet ad un prezzo agevolato in forza di una convenzione sottoscritta con altra società del gruppo.

12. www.funzionepubblica.gov.it/lavoro-agile-linee-guida

13. Timellini C. In che modo oggi il lavoro è smart? Sulla definizione di lavoro agile, in *Lav. Giur.* 2018, 3, 229.

L'accordo interconfederale sul telelavoro prevede, invece, che sia lo stesso datore di lavoro sia responsabile della fornitura dell'installazione e della manutenzione degli strumenti necessarie a svolgere il telelavoro.

Lavoro agile e potere di controllo

Chiariti per linee essenziali i diversi istituti del telelavoro e del lavoro agile con riferimento a quest'ultimo occorre evidenziare il collegamento tra questa modalità di lavoro e la disciplina dei controlli che è l'oggetto della tesi.

Sotto questo profilo, la norma di riferimento contenuta nella Legge 81 del 2017 è rappresentata dall' articolo 21 che recita testualmente *“l'accordo relativo alla modalità di lavoro agile disciplina l'esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni. L'accordo di cui al comma uno individua le condotte connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”*.

Con riferimento all'aspetto del potere di controllo la norma sostanzialmente rimanda ad una disciplina negoziale prevista dall' accordo individuale fra datore di lavoro del lavoratore agile che a sua volta è comunque sottoposta al limite della disciplina di cui all'articolo 4 Stat. Lav. alla quale evidentemente ci si dovrà attenere.

Occorre ulteriormente rilevare che la disciplina della legge del 2017 non cita espressamente l'articolo 115 del *Codice privacy* laddove, proprio con riferimento ai telelavoratori ed agli *smart workers*, si precisa che nell'ambito del lavoro domestico del telelavoro e del lavoro agile il datore di lavoro è tenuto a garantire il rispetto della libertà morale e della personalità del datore di lavoro.

In ultima analisi, il testo normativo non fornisce ulteriori specificazioni rispetto ai normali limiti imposti dalla disciplina dei controlli per un qualunque altro rapporto di lavoro subordinato e nemmeno gli accordi collettivi, in linea generale specificano con quali modalità vengono effettuati i controlli.

Recentemente si segnala la stipulazione dell'accordo collettivo del gruppo Poste italiane del 1° marzo 2022 per il quale l'attestazione delle presenze verrà effettuata tramite un lettore virtuale delle timbrature “o altre modalità idonee ad attestare lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

Questo, però, non è probabilmente sufficiente nella misura in cui la peculiarità della fattispecie avrebbe meritato un maggior grado di approfondimento in modo da bilanciare con maggiore precisione le tutele apprestate dall'articolo 4 Stat. Lav. ed il potere di controllo in capo al datore

di lavoro. Per avere la dimensione di ciò deve evidenziarsi che la norma dello Statuto per quanto recentemente novellata non nasce per bilanciare i contrapposti interessi nella fattispecie del lavoro a distanza ma nella diversa ipotesi in cui il datore di lavoro può e deve esercitare il predetto potere di controllo anche con forme “analogiche” ed in presenza. Probabilmente in assenza di una novella normativa diventa necessario un cambio di paradigma.

In questo quadro occorre dare conto del testo unificato di riforma del lavoro agile che prevede l’abrogazione del citato articolo 21 oggetto di non poche critiche da chi ritiene che gli aspetti da esso disciplinati non possano essere, per varie motivazioni, demandate all’accordo individuale¹⁴.

Conclusioni: fra controllo della prestazione lavorativa, esigenze di riservatezza e misurazione dei risultati

Una volta chiarito il piano normativo e l’interpretazione che del tema è stata fornita dalla dottrina occorre mettere a fuoco il piano delle contrapposte esigenze che vengono in rilievo: da un lato il potere direttivo e di controllo del datore di lavoro; dall’altro i limiti al controllo stesso in una fattispecie in cui la prestazione viene svolta a distanza.

14. Domenico Iodice Il “testo unificato” delle dieci proposte di legge in tema di lavoro agile Un *pot-pourri* legislativo di dubbia coerenza e di scarsa utilità Working Paper Adapt n. 7/2022: “Last but not least, merita una riflessione a parte la giusta scelta, operata dalla proposta di novella contenuta nel testo unificato, di abrogare l’art. 21 della l. n. 81/2017 in materia di controllo e disciplinare per il lavoro agile. La norma dell’art. 21, attualmente vigente, prevede che l’accordo (collettivo e/o individuale) disciplini «l’esercizio del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all’esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall’articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300». Sempre detto accordo può individuare anche «le condotte, connesse all’esecuzione della prestazione lavorativa all’esterno dei locali aziendali, che danno luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari». È a nostro avviso inappropriato che una materia così delicata possa essere normata, come oggi purtroppo avviene nei casi di contrattazione individuale, in maniera solo formalmente pazzia, ma sostanzialmente unilaterale dal datore di lavoro. C’è il rischio, e persino la certezza, riguardante alcuni contratti individuali, che con le proposizioni tipiche dei c.d. “contratti per adesione” vengano introdotte clausole di responsabilità rafforzata del lavoratore, particolarmente

in materia di riservatezza dei dati trattati nel lavoro remotizzato. Il controllo datoriale realizzato con l’uso degli «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa» è già ormai, per le modificazioni dell’art. 4 comma 2 della l. n. 300/1970 introdotte dal c.d. Jobs Act, a tutti gli effetti considerato “controllo diretto”. Esso legittima una pervasività del c.d. “controllo difensivo” datoriale che sconta il solo limite della tutela della privacy del lavoratore. Se a questa già esistente prerogativa datoriale si associa anche la previsione pazzia di fattispecie disciplinari ulteriori e tipiche per il lavoro agile, con sanzioni appositamente applicabili per tale modalità di esecuzione della prestazione, c’è il rischio di superare de facto la natura di modalità accessoria del rapporto di lavoro, e di introdurre una tipologia di rapporto strutturalmente diversa e alternativa (oltre che potenzialmente discriminante) per struttura, disciplina e controllo. C’è, inoltre, certezza che le sanzioni disciplinari espulsive, qualora comminate per comportamenti appositamente individuati per il lavoro agile, rendano di fatto impossibile non soltanto la prosecuzione di tale modalità di lavoro, ma la permanenza del rapporto di lavoro sottostante, cui il lavoro agile accede. Per tutte le ragioni suesposte ci sembra davvero commendevole l’intento abrogativo del legislatore del testo unificato.”

Rispetto a questo bilanciamento di interessi è opportuno fare un passo indietro per provare ad inquadrare il tema sotto un'ottica diversa, e riprendere alcuni elementi già analizzati nel corso della trattazione delle fattispecie di lavoro a distanza.

In primo luogo, a prescindere dalla circostanza per cui si verta nell'ambito del lavoro a distanza o meno, occorre assimilare e dare per scontato il dato di fatto per cui molti - se non tutti - strumenti dell'uso quotidiano hanno in sé la potenzialità di essere strumenti di controllo.

Da questo assunto deriva che, al di là di casi limite quali i *software* specifici per il controllo della prestazione, il bilanciamento e la legittimità dello strumento andrà verificata caso per caso sulla base dell'effettività e della pervasività del controllo della prestazione del singolo lavoratore.

Sotto questo profilo il fatto che il lavoratore sia un lavoratore agile o meno non è dirimente in una realtà in cui - come detto - tutti gli strumenti tecnologici di uso comune hanno una forte potenzialità tracciante delle attività dell'utente.

Per meglio chiarire, si immagini il dipendente che opera in un ambiente virtuale a cui accede sia che egli sia in azienda o che si trovi in un luogo diverso, in questo caso appare del tutto evidente che il tema del controllo non assume caratteri differenti fra un lavoratore "ordinario" ed uno in *smart working*.

La vera differenza la si dovrebbe ricercare altrove muovendo dal diverso rapporto che si instaura fra il lavoratore agile ed il datore di lavoro e, conseguentemente, sul diverso tipo di controllo.

Per meglio comprendere questa prospettazione occorre superare la visione classica del rapporto di lavoro subordinato per cui il sinallagma è limitato alla mera messa a disposizione di energie lavorative contro il pagamento della retribuzione a favore di una forma di subordinazione attenuata in cui il punto di arrivo è - per usare le espressioni del legislatore - un'organizzazione per "fasi, cicli ed obiettivi".

Se la prestazione non è più connessa alla sola messa a disposizione di energie lavorative ma si pone sul piano del risultato, è del tutto evidente che anche i poteri di organizzazione e controllo saranno esercitati in forma differente.

In quest'ottica si avrebbe uno spostamento del paradigma del controllo dal controllo diretto dell'attività lavorativa al controllo sui risultati dell'attività lavorativa.

Se questa è la prospettazione il passo è breve per comprendere che il controllo non dovrà più essere valutato come controllo diretto ma come controllo indiretto legato alla *performance*.

Tale passaggio a sua volta genera ulteriori questioni sul come parametrare il controllo ed avvicina la tematica del controllo a quella degli aspetti retributivi/premiali.

Questo tipo di approccio però appare largamente distante dall'impostazione che il Legislatore ha intrapreso con il disegno di legge unificato in materia, per il quale non ci si discosta da un modello di subordinazione "classico" e non più in condizione di essere allineato con gli intenti stessi dell'istituto.

Sotto questo profilo si registra addirittura un arretramento rispetto al testo del 2017, a mero titolo esemplificativo, il progetto di riforma ha espunto dalla definizione di lavoro agile la finalità di *"incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro"* così come viene meno il richiamo all'organizzazione per obiettivi rimanendo solo il riferimento alle "fasi e cicli".

In questa impostazione del progetto di riforma è stato letto una sorta di *"limite all'interesse imprenditoriale a trasformare la prestazione di mezzi (fattispecie tipica prevalente nel lavoro subordinato) in obbligazione di risultati. Tale trasformazione, se non arginata, avrebbe conseguenze pericolose e ad oggi inesplorate ai fini dell'individuazione dell'esatto adempimento della prestazione lavorativa, con la possibile obbiettivazione e quantificazione dei criteri di individuazione dello "scarso rendimento"*¹⁵.

Tale impostazione appare, però, troppo legata ad una distinzione fra obbligazioni di mezzi contro una di risultati non appare del tutto compatibile con il modo di gestire le prestazioni lavorative degli ultimi anni in cui si registra anche un nuovo rapporto fra impresa e lavoratore sempre più imperneato su un nuovo patto di fiducia fra le parti del contratto di lavoro in cui il dipendente realizza i propri obiettivi attraverso il raggiungimento degli obiettivi aziendali, il tutto in una sorta di sovrapposizione di interessi che non può identificarsi con la mera messa a disposizione del tempo della prestazione.

In attesa delle scelte di politica legislativa coraggiosa che si occupi realmente del lavoro agile nel suo complesso e più in dettaglio del controllo del lavoratore agile nonché di sperimentare sul piano giurisprudenziale la questione del controllo su questa categoria di lavoratori, oggi e nell'immediato futuro il tema è quello di individuare nell'ambito della regolamentazione individuale criteri di valutazione della *performance* del dipendente che seppur indirettamente consentano al datore di lavoro di esercitare il proprio potere di controllo sulla prestazione senza violare i limiti posti dall'ordinamento.

Peraltro, si evidenziano come gli strumenti di valutazione della *performance* dello *smart working* successivamente connessi all'erogazione

15. Domenico Iodice Il "testo unificato" delle dieci proposte di legge in tema di lavoro agile

Un pot-pourri legislativo di dubbia coerenza e di scarsa utilità Working Paper Adapt n. 7/2022.

di politiche retributive premiali¹⁶ sia un tema su cui tutte le aziende dovrà interrogarsi e trovare soluzioni dedicate il tutto avendo anche a mente la necessità di fornire informazioni anche alla luce del D.lgs 104/2022 sugli strumenti, laddove automatizzati, utilizzati per la valutazione della performance.

16. F. Rotondi La Produttività a distanza va misurata
L'economia 6 aprile 2020; Bottini A. Paciello D.

Premi di risultato su misura per lo *smart working* in Il
Sole 24 ore 31 dicembre 2020.

**L'autore
di questo articolo**

MICHELA BANI
Avvocata giuslavorista,
Milano

WORKSHOP3 / CONVEGNO AGI 2022

I rider e il lavoro da piattaforma digitale tra autonomia e subordinazione

AGOSTINO CALIFANO

L'attività di lavoro da piattaforma si preannuncia essere, anche coniugata al cd. *smart working* e accanto a questo, la novità post pandemica nel panorama lavorativo cui le modalità della prestazione fanno intravedere la necessità di riscrivere il concetto di subordinazione.

I rapporti di lavoro dei cd. *rider* e -più in generale- dei lavoratori da piattaforma digitale vanno indubitabilmente ascritti a nuove modalità di svolgimento del rapporto di lavoro: basti pensare, da un lato, alla personalizzazione del rapporto (l'interlocutore del lavoratore è -almeno in principalità- una applicazione) e all'inesistenza di un luogo e di una sede di lavoro, dall'altro, alla flessibilità non più come esclusiva esigenza datoriale, ma anche dei lavoratori per ragioni personali, familiari o più semplicemente perchè l'attività non è quella principalmente svolta, per rendersi conto che siamo di fronte a modalità avulse dagli schemi che sino ad ora il diritto positivo e l'elaborazione giurisprudenziale hanno ricalcato.

I rider e il lavoro da piattaforma, che li comprende senza affatto esaurire la platea delle attività, esistevano ben prima della Pandemia, ma è sotto gli occhi di tutti- che nei due mesi del cd. *lock down* e nei seguenti mesi di altalenanti restrizioni, si è assistito ad un aumento esponenziale (non solo) dei servizi di consegna a domicilio, vincendo le resistenze anche dei più riottosi ad usare le piattaforme informatiche¹ e facendo diventare la richiesta di beni a domicilio un'abitudine ormai radicata e in costante crescita.

Dunque l'attività di lavoro da piattaforma si preannuncia essere, anche coniugata al cd. *smart working* e accanto a questo, la novità post pandemica nel panorama lavorativo cui le modalità della prestazione fanno, come vedremo, intravedere la necessità di riscrivere il concetto di subordinazione.

I rider: l'evoluzione della specie

Si diceva che durante e dopo Pandemia, le città sono state invase da *rider*.

L'attività di consegna a domicilio e l'analisi dei relativi rapporti di lavoro non è però certo una novità.

A cavallo tra gli anni '80 e '90 si diffuse l'attività dei cd. Pony Express, i fattorini che, a piedi o a bordo di bici o scooter, recapitavano plichi e pacchi

1. Al punto I delle premesse della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre 2021 si legge che il 60% dei cittadini europei ha dichiarato che

continuerà anche dopo la Pandemia ad avvalersi on line e, segnatamente, della consegna di cibo e bevande a domicilio.

e già allora proliferò un contenzioso sulla qualificazione del rapporto che finì con l'affermazione dell'autonomia².

Parallelamente - e a seguire - si sviluppò l'attività dei cd. *porta pizze*, i progenitori dei rider privi delle risorse tecnologiche di questi ultimi, che, però, probabilmente non avendo numeri significativi, non hanno avuto -per quello che consta- particolare attenzione da parte della Magistratura e degli Enti previdenziali.

Il ritorno prepotente del fenomeno delle consegne (*delivery*) a domicilio si è avuto, come è noto, nel secondo decennio degli anni 2000 segnatamente nel settore del cibo (cd. *food delivery*)³.

Per dare una dimensione della crescita, nel 2016, secondo un'indagine commissionata da *Deliveroo* a un istituto di ricerca indipendente, in Italia già collaboravano con l'azienda più di mille *rider* tra Milano, Roma, Piacenza, Firenze e Torino, con un tasso di crescita di circa il 10% a settimana⁴ mentre dal 1° gennaio 2017 al 31 ottobre 2020 la Procura di Milano ha accertato che avevano operato per la medesima Società quasi 20.000 riders⁵.

Oggi il lavoro da piattaforma digitale è esploso, approdando a settori merceologicamente differenti ed estendendosi anche ad attività di natura squisitamente intellettuale⁶.

Tale attività, rispetto alle precedenti, si caratterizza, come detto e come è noto, per l'utilizzo, vuoi in fase di ordinazione del prodotto, vuoi nella gestione ed esecuzione degli ordini, di piattaforme digitali figlie dell'evoluzione tecnologica.

Il crescere a dismisura, già prima della Pandemia, ma soprattutto durante il *lock down* delle consegne a domicilio da parte dei *rider* non poteva non portare all'interesse degli Enti previdenziali e della Magistratura con conseguente nascita di un contenzioso in Italia e in Europa circa la qualificazione autonoma o subordinata dei rapporti di lavoro.

2. Si veda Cass. n. 811 del 1993.

3. Il fenomeno, come è noto, riguarda in generale il cd. e-commerce; tuttavia, mentre le società che gestiscono piattaforme di acquisti *on line* e ppaltano i servizi di consegna a domicilio a società di trasporto, nel settore del cd. *food delivery* necessariamente, attesi i ristrettissimi tempi di consegna, il gestore deve disporre di consegnatari che si spostino velocemente e agilmente nei centri urbani.

4. *Adnkronos.it*, 5 maggio 2017, Lavoro

5. Per l'esattezza 19.510: si veda il Comunicato stampa della Procura di Milano del 24 febbraio 2021.

6. Secondo la Commissione europea nella UE vi sono oltre 500 piattaforme di lavoro digitali che occupano oltre 28 milioni di lavoratori; l'INPS nel rapporto sullo stato dell'occupazione del luglio 2021 ha stimato siano occupati in Italia 590.000 lavoratori tramite piattaforme e ha individuato 3 macroaree: lavoro on demand (piattaforme che offrono prestazioni affidate ad un singolo soggetto che presta un'attività materiale: ad esempio Deliveroo, Handy, BeMyEye, etc), crowdwork (ove programmatori, freelance o professionisti si rendono disponibili a svolgere differenti lavori: UpWork, Freelancer, Twago, CrowdFlower, etc) e assent rental (vale a dire piattaforme che offrono affitto o noleggio di beni, come Airbnb)

Parallelamente, il rilievo economico – fatturati in costante espansione e l'effetto trainante per le piccole e medie imprese⁷ – è tale da aver indotto le Istituzioni europee ad approntare una disciplina comune che, al momento si concreta nella **proposta di direttiva della Commissione dell'Unione europea del 9 dicembre 2021** cui ha fatto seguito- a dimostrazione anche del vivo interesse domestico- la bozza di DDL attuativo in gestazione.

Ci attende, quindi, nel prossimo futuro una nuova regolamentazione che -al di là dei *rider*- disciplinerà il lavoro intermediato da piattaforma.

Dall'autonomia alla subordinazione

Si è detto che il dilagare del fenomeno ha contribuito inevitabilmente a far crescere (in Italia e in Europa) un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale riguardo la qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro nell'alveo della normativa applicabile all'attività dei *rider*.

Il riferimento normativo -nella difficoltà di coniugare con la subordinazione la facoltà del *rider* di dare o meno disponibilità ad effettuare le consegne- è stato in questi anni l'art. 2 del D. Lgs. 81/2015 che prevede(va) l'applicazione della disciplina del rapporto subordinato alle collaborazioni autonome, nella formulazione originaria, ove etero organizzate quanto a tempi e luogo della prestazione.

E' nato e si è dipanato in questo quadro normativo il *leading case* Foodora che, conclusosi in primo grado con l'affermazione dell'autonomia del rapporto e in appello con l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato ex art. 2 citato a quello che veniva ritenuto un *tertium genus*, approdato in Cassazione è stato risolto dall'ormai celebre **sentenza n. 1663/2020** che ha ritenuto essere tale norma di disciplina e non di fattispecie, vale a dire che si applichi il regime proprio della subordinazione a tutti i rapporti di collaborazione come (in allora) definiti dalla norma stessa, vale a dire personali, continuativi ed etero organizzati.

Approdo che, però, già allora non appariva soddisfacente, non solo e non tanto per le modifiche della norma⁸ nel frattempo intervenute anche a dettare una disciplina *ad hoc* per i *riders*, ma perché la Corte Suprema non ha escluso potersi configurare la subordinazione (tema non affrontato nella causa perché non riproposto in sede di legittimità) che, infatti, è stata ritenuta sussistere in diverse pronunce successive dai Giudici di merito⁹,

7. Al punto K delle premesse della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 settembre si legge che nel 2019 le piattaforme hanno generato a livello globale ricavi per **52 miliardi**

di dollari, di cui il 70% negli Stati Uniti e in Cina, e l'11% in Europa

8. Con la legge n. 128 del 2 novembre 2019 di conversione del D.L. 3 settembre 2019 n. 101

anche volgendo lo sguardo agli altri paesi europei ove si registra una tendenza a riconoscere la subordinazione *tout court* (in tal senso si sono pronunciati i tribunali spagnoli¹⁰ e la Corte di Cassazione francese¹¹).

La normativa previgente: l'art 2 del D. Lgs. 81/2015

Partendo dal diritto positivo, l'art. 2, primo comma, del D. Lgs. 81/2015, rubricato <*collaborazioni organizzate dal committente*>, nella sua formulazione originaria, prevedeva dal 1° gennaio 2016 l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni che concretizzavano in prestazioni di lavoro <*esclusivamente*> personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente <*anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*>.

Il secondo comma della medesima disposizione prevedeva -e prevede ancora- alcune eccezioni : esercizio di professioni individuali per le quali sia necessaria l'iscrizione ad appositi Albi, collaborazioni dei componenti gli organi amministrativi e di controllo delle società, collaborazioni nel settore dello sport dilettantistico e in quello dello spettacolo e del soccorso alpino, ma soprattutto (per il rilievo che qui) <*alle collaborazioni per le quali accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore*> che però sono rimaste immobili¹².

La norma -all'evidenza- aveva lo scopo di scoraggiare le forme alternative alla subordinazione (collaborazioni continuative poi evolute nei contratti a progetto) la cui disciplina era stata introdotta dalla legge Biagi e poi modificata dalla L. 92/2012 su cui il Jobs Act aveva deciso di intervenire enunciando che il contratto di lavoro subordinato costituisce la forma <*comune*> di rapporto di lavoro, ma la sua non felice formulazione, ricca di ambiguità, suscitò da subito ampi dibattiti che portarono anche a dubitare della sua effettiva rilevanza¹³ e incapace di fornire risposte adeguate in ordine alla qualificazione e disciplina dell'attività dei *riders*.

9. Tra gli altri si veda: Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020 n. 3570 e Tribunale Milano, 20 aprile 2022.

10. Si vedano le sentenze del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) del 27 novembre 2019, del 18 dicembre 2019, del 17 gennaio e del 3 febbraio 2020.

11. Cour de Cassation, Chambre Sociale, 28 novembre 2018 n. 1737.

12. Si noti che, nonostante l'occasione di intervenire disciplinando il "mondo" delle collaborazioni, nel primo lustro dall'emanazione della norma le parti sociali non hanno mostrato interesse ad intervenire.

13. Si veda per tutti: Paolo Tosi, *L'art. 2, c. 1°, d.lgs. 81/2015: una norma apparente*, in Arg. Dir. Lav., 2015, 6, 1117.

In tale contesto di povertà di riferimenti normativi e latitanza delle OO.SS. si colloca il caso Foodora.

Il caso Foodora

I limiti e la superficialità del dettato normativo hanno condotto, diremmo inevitabilmente, a risposte contraddittorie e insoddisfacenti nel caso Foodora attraverso -si è accennato- i differenti esiti dei tre gradi di giudizio conclusisi in tempi rapidi (si noti che la sentenza della Cassazione è stata pubblicata a meno di un anno dalla pubblicazione di quella d'appello).

In primo grado il **Tribunale di Torino** (sentenza n. 778 del 7 maggio 2018) ha respinto vuoi la domanda di accertamento della natura subordinata del rapporto, vuoi quella volta ad applicare la disciplina della subordinazione in forza dell'art. 2 del D. Lgs. 81/2015¹⁴.

In sintesi, non diversamente da quanto era accaduto per i Pony Express nei primi anni '90, il Magistrato ha escluso il vincolo di subordinazione in virtù della (pacifica) facoltà dei lavoratori di accettare o rifiutare la consegna e non assegnando determinante rilievo al fatto che Foodora potesse geolocalizzare il *rider* e, in caso di accettazione, sollecitare la consegna, né che venisse redatta una sorta di "classifica" dei *rider* in base alla disponibilità e alla puntualità della consegna, ritenendo il tutto ascrivibile alle imprescindibili esigenze di coordinamento.

Esclusa l'attitudine della norma ad istituire una nuova categoria o di ampliare la nozione di subordinazione, dubitando dell'effettiva utilità della stessa, ha escluso l'attività del *rider* sia etero diretta o etero organizzata riguardo i tempi dell'esecuzione, con conseguente esclusione vuoi della subordinazione che dell'estensione delle norme della subordinazione ex art. 2 citato.

La decisione è stata riformata dalla **Corte di Appello di Torino** (sentenza n. 26 del 4 febbraio 2019) che -pur non ritenendo nel caso sussistere un rapporto subordinato¹⁵ - ha:

14. Alle stesse conclusioni pochi mesi dopo è giunto il Tribunale di Milano con la sentenza n. 1853 del 10 settembre 2018.

15. La Corte ha esaminato -non condividendone gli esiti- Cass. 3457 del 13 febbraio 2018 che, nel confermare Corte di appello di Genova n. 866 del

2011, aveva ritenuto essere un <elemento esterno al contenuto del rapporto> la facoltà di presentarsi o meno per rendere la prestazione in un caso riguardante il rapporto dei prestatori delle agenzie ippiche che -quando chiamati e ove avessero accettato la chiamata- raccoglievano le giocate e pagavano le vincite.

I. escluso che la norma possa essere privata di effetti¹⁶ (*recte*: che non abbia un contenuto precettivo), spettando all'interprete assegnare un significato ed una effettiva portata alla stessa; ii) ritenuto che la stessa introduca un *tertium genus* (la collaborazione etero organizzata) diverso dal rapporto subordinato e da quello autonomo, costituito dalle collaborazioni personali e continuative, cui si applica -in parte- la disciplina della subordinazione.

Accolta tale tesi, la Corte torinese ha ritenuto che l'applicazione della <*disciplina del rapporto di lavoro subordinato*> (così testualmente la norma) includa solo alcuni istituti e in particolare: i) igiene e sicurezza, ii) retribuzione diretta e differita, iii) limiti di orario, iv) ferie e v) previdenza, mentre è da escludere l'applicazione della normativa sui licenziamenti applicabile al solo rapporto subordinato a tempo indeterminato, riconoscendo le differenze retributive tra percepito e paga prevista dal CCNL Logistica e trasporto merci per il V livello (di inquadramento dei fattorini).

In **cassazione**, la causa ha trovato una soluzione parzialmente differente con la nota sentenza n. **1663** del 24 gennaio **2020** che, nel confermare il *decisum* della Corte piemontese, ha ritenuto che sia da escludere l'introduzione di una nuova categoria di rapporti (il *tertium genus* di cui si è detto) ritenendo che l'art. 2 del D. Lgs. 81/2015 sia una **norma di disciplina e non di fattispecie**.

La Suprema Corte, condiviso che non sia consentito ritenere la norma "apparente", vale a dire priva di effetti¹⁷, ne contestualizza l'intento (ostacolare il ricorso a rapporti alternativi a quello subordinato) per poi concludere che il legislatore fosse consapevole del fatto che le collaborazioni potessero essere declinate in termini di subordinazione, così come di autonomia ed abbia, quindi, inteso, in tale ottica, sancire l'applicazione delle norme valevoli per il contratto subordinato.

In una parola, una norma "dissuasiva" riguardo al ricorso a forme di collaborazioni indipendentemente dal grado e dall'intensità dell'etero direzione, limitandosi a prevedere i requisiti di continuità e personalità della prestazione.

La Corte, poi, alle prese con il testo in allora vigente, ma già forte della riforma del 2019, che ha eliminato l'inciso <*anche con riferimento ai tempi e luogo di lavoro*>, neutralizza la congiunzione <*anche*> ritenendo che abbia meri fini esemplificativi e che non renda indispensabile l'etero organizzazione dei tempi e dei luoghi da parte del committente.

16. Xxxxxxx

17. Si noti che la Suprema Corte -per escludere la tesi di assenza di effetti della norma- mutua un parallelo

con il canone ermeneutico contrattuale (art. 1367 cod. civ.) che impone -ove possibile- di assegnare comunque un significato alle clausole del contratto piuttosto che considerarle prive di effetti.

I Giudici della cassazione hanno lasciato aperta la strada all'affermazione della subordinazione in quanto con un obiter dictum (i lavoratori non avevano proposto ricorso incidentale sul punto, sul quale, quindi, il tema non è stato affrontato) affermano che, a fronte di espressa domanda, potrebbe anche accertarsi che la fattispecie sia da ricondurre, ex art. 2094 cod. civ., alla subordinazione.

Infine, anche se non in modo così categorico, lasciando fuori <le <situazioni in cui l'applicazione della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile>¹⁸, affermano anch' il Giudice -ex art. 2 citato- non è autorizzato a selezionare quali norme applicare e, dunque, aprono all'applicazione di ogni istituto (anche il tal caso senza effetti, poiché i lavoratori non avevano proposto ricorso neppure avverso la reiezione della domanda in punto licenziamento).

—

L'indagine della Procura di Milano e le parallele modifiche al D. Lgs. 81/2015

Nel mentre si decideva a Torino il caso Foodora, nel luglio 2019 la Procura della Repubblica di Milano aprì, a seguito di alcuni incidenti stradali in cui erano rimasti coinvolti *rider*, un'indagine conclusasi il 24 febbraio 2021¹⁹ che ha interessato parallelamente anche l'INL²⁰ e condotto -forte della sentenza n. 1663 della Corte di Cassazione nel frattempo emessa "in tempi record"- all'applicazione -per il periodo gennaio 2017-ottobre 2020- delle norme sul lavoro subordinato ad una platea di 60.000 lavoratori (oltre 28.000 di Glovo, circa 19.500 di Deliveroo, circa 3.600 circa di JustEat e circa 8.500 di UberEats) con sanzioni (e contributi, immaginiamo) ammontanti a oltre 733 milioni di euro²¹.

La portata di tale indagine non passò ovviamente inosservata e il legislatore -in fretta e furia- ha deciso -come accennato- modificare, con Decreto Legge (101 del 3 settembre 2019, convertito in legge n. 128 del 2 novembre 2019), l'art. 2 del D.Lgs. 81/2015 sostituendo l'aggettivo <esclusivamente> con <prevalentemente> e -come detto- eliminando la frase <anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro>²², consentendo -come pure detto- alla Corte di Cassazione di invocare la riforma per neutralizzazione il requisito di etero organizzazione di tempi e luogo di lavoro nella citata sentenza 1663/2020²³.

18. Così il punto 41 della sentenza.

19. Così il comunicato stampa della Procura di Milano del 24 febbraio 2021.

20. Si veda il comunicato dell'INL sempre del 24 febbraio 2021.

21. Così il citato comunicato stampa della Procura di Milano che espressamente le qualifica come "ammende"

22. Xxxxxxxx

23. Ciò è esplicitamente affermato al punto 35 della motivazione.

Sempre nella medesima ottica, al medesimo provvedimento di legge si deve l'introduzione nel D. Lgs. 81/2015 del capo V-bis rubricato <tutela del lavoro tramite piattaforme digitali> con gli artt. da 47 -bis a 47-octies, dedicato -ad onta della rubrica- espressamente ai soli *rider* delle aziende di *food delivery*.

Più che di un intervento sistematico, meditato e coerente, si tratta dunque di un intervento nato da una esigenza concreta e contingente cui assolvere: ratificare l'applicazione della normativa sul lavoro subordinato (*in primis* per gli aspetti retributivi e conseguentemente contributivi) ai rapporti tra le multinazionali del *food delivery* e i *rider*.

Del resto l'assenza di fini sistematici si coglie già nell'esordio: l'**art. 47-bis** fa, infatti, salvo il citato art. 2, comma 1 affermando che le norme del capo <**stabiliscono i livelli minimi di tutela per i lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore ... [omissis] ... attraverso piattaforme digitali**>.

Il secondo comma si avventura nel campo definitorio, identificando -ai fini di cui al primo comma- le <*piattaforme digitali*> come <*i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, sono strumentali alle attività di consegna di beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione*>²⁴.

Dunque da un lato, la salvezza del primo comma dell'art. 2 lascia intonse le problematiche interpretative ed applicative di cui si è detto, dall'altro, ad onta della rubrica del titolo, la disciplina riguarda solo i *rider* con buona pace di tutte le altre categorie di lavoratori da piattaforma digitale²⁵.

Venendo alla disciplina, in rapida successione: viene imposta la stipula per iscritto prevedendo una sanzione in caso di mancata osservanza (**art. 47-ter**); la determinazione dei compensi è demandata a CCNL stipulati dalle OO.SS. maggiormente rappresentative e, in mancanza, viene stabilito un compenso orario minimo parametrato ai minimi tabellari stabiliti dai CCNL <*di settori affini o equivalenti*> (**art. 47-quater**); viene disposta l'applicazione della disciplina antidiscriminatoria e di tutela della libertà e dignità previste per i lavoratori subordinati, precisando <*ivi compreso l'accesso alla piattaforma*> e chiudendo con il divieto di esclusione dell'accesso o delle riduzioni di compenso per mancata accettazione della prestazione (**art. 47-quinquies**); si

24. Come vedremo, in attuazione della modifica della L. 510/1996 ad opera della legge 152 del 6 novembre 2021 (di attuazione del PNRR), è stato emanato il Decreto Ministeriale 31 del 23 febbraio 2022 che contiene una analoga definizione di piattaforma di lavoro

digitale non limitata, però, all'attività di consegna dei beni.

25. Anche la definizione di <piattaforma digitale>, peraltro del tutto approssimativa, è limitata al settore della consegna di beni, ad ulteriore dimostrazione trattarsi di un intervento "mirato".

impone il trattamento dei dati personali in conformità alla normativa privacy (art. 47-sexies) e la copertura INAIL, con disposizioni riguardanti il calcolo del premio (art. 47-septies) istituendo un osservatorio permanente in sede ministeriale per il monitoraggio sugli effetti delle norme (art. 47-octies).

Dunque la riforma del 2019 lascia intonsa la qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato e prevede l'applicazione di una serie di regole proprie del rapporto subordinato, parendo sul punto positivizzare la decisione della Corte di Appello di Torino (che, ricordiamo, è antecedente la riforma).

Le sentenze successive a Cass. 1663/2020 e alla riforma del 2019

Con l'emanazione della sentenza 1663/2020 e con la riforma del 2019 si allarga il contenzioso con esiti nuovamente discordanti.

Come detto la Cassazione nel 2020 -infatti- non ha risolto la questione qualificatoria lasciando aperta la strada vuoi al riconoscimento dell'autonomia con riconoscimento delle norme proprie della subordinazione (quali?), vuoi alla possibilità che venisse riconosciuto -in casi specifici- la subordinazione.

Neppure ha risolto la questione l'intervento affrettato e contingente del legislatore del 2019 che si è preoccupato di assicurare ai collaboratori continuativi l'applicazione delle norme sulla subordinazione.

La giurisprudenza successiva ha avuto modo, quindi, sia di riconoscere la subordinazione (Tribunale Palermo 3570 del 24 novembre 2020 e più di recente Tribunale Milano del 20 aprile 2022, ma della subordinazione ha trattato diffusamente anche tribunale di Firenze 781/2021 di cui si dirà), sia di ricondurre i rapporti dei *rider* alla collaborazione all'art. 2 D. Lgs. 81/2015 quale norma di disciplina (Tribunale Firenze n. 886 del 1° aprile 2020 e più di recente Tribunale di Bologna del 24 febbraio 2022), accentuando l'incertezza -negli esiti e nelle motivazioni- che aveva governato il caso Foodora.

Nelle pronunce a favore del riconoscimento della subordinazione si colgono però tutte le difficoltà -allo stato della normativa e nonostante gli interventi "estemporanei"- a superare la contraddizione tra la (ormai storica) nozione di subordinazione e la facoltà di proporsi per svolgere (o di accettare) gli incarichi che mal si concilia con i poteri del datore di lavoro come individuati dal codice civile e dalla giurisprudenza.

Emblematica in tal senso appare la pronuncia del Tribunale di Palermo n. 3570 del 24 novembre 2020 che, infatti, ha avuto commenti anche fortemente critici²⁶ pur se appare un primo tentativo di superare i

26. Vincenzo Ferrante <Ancora in tema di qualificazione dei lavoratori che operano grazie ad

una piattaforma digitale>, in Diritto delle Relazioni Industriali, fasc. 1, pag. 215.

tradizionali schemi definatori domestici della subordinazione, valorizzando l'impatto delle tecnologie informatiche sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e mutuando -a contrario- la nozione europea di lavoratore autonomo²⁷.

L'impresa stavolta è Glovo e il Giudice, analizzati i sistemi di assegnazione delle consegne e delle cd. *slot* (vale a dire dei turni di lavoro) e l'influenza che i sistemi premianti/penalizzanti nell'assegnazione dei punteggi a seconda della cancellazione non tempestiva o della mancata prenotazione, giunge, attraverso un lungo percorso argomentativo ad affermare la subordinazione.

In estrema sintesi, affermato, in linea con la giurisprudenza europea²⁸ e nazionale²⁹, che le piattaforme digitali utilizzate per il trasporto di passeggeri nonché cibo e bevande sono imprese avente ad oggetto l'attività di trasporto e passate in rassegna sentenze emesse in diversi Stati che hanno affermato la subordinazione, preso atto delle differenti pronunce domestiche di segno diverso e la "neutralità" di Cass. 1663/2020, partendo da una affermazione Corte Costituzionale n. 30/1996 (che -invero- tratta della ritenuta illegittima esclusione dall'accesso al Fondo di garanzia INPS per i soci di cooperativa ove per Statuto sia previsto l'accantonamento del TFR) nel quale ha affermato che la subordinazione in senso stretto è un concetto diverso dalla subordinazione rinvenibile anche in altri rapporti laddove sussista la cd. "doppia alienità" (alienità del risultato -destinato ad altri- e alienità dell'organizzazione produttiva) e che ove tali condizioni sussistano, *<la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione ... ma è una qualificazione del rapporto>*, escluso che ricorrano nel caso i requisiti che secondo la Corte UE identificano il lavoro autonomo, giunge a concludere che l'elemento dell'etero organizzazione nello svolgimento della prestazione determini la qualificazione dello stesso come subordinato, in quanto *<la libertà del rider ... di scegliere se e quando lavorare ... non è reale, ma solo apparente e fittizia, poiché, a tutto concedere, il lavoratore può scegliere se prenotarsi per i turni che la piattaforma ... mette a disposizione in ragione del suo punteggio>*.

27. La Corte di Giustizia del 22 aprile 2020 in C-692/19) ha affermato che un rapporto di lavoro come autonomo tale possa essere se il prestatore i) ha il potere discrezionale di utilizzare sostituti, ii) accettare/non accettare i compiti assegnati e iii) fornire i propri servizi anche a terzi. A tale definizione si contrappone quella di worker, (la persona che fornisce -per un certo periodo di tempo a favore e sotto la direzione di un'altra- prestazioni per le quali riceve una retribuzione,

così Corte di Giustizia C-422/14, C/596/2 e C-229/14) da intendersi come lavoratore subordinato, che fa da contraltare a quella di lavoratore autonomo è stata ripresa e valorizzata da Trib. Firenze 781/2021 di cui si dirà.

28. Corte di Giustizia, grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15

29. Tribunale di Milano Sezione Imprese del 25 maggio 2015 e Tribunale di Torino Sezione imprese del 1° marzo 2017

L'algoritmo quale fonte di discriminazione indiretta

Parallelamente agli aspetti qualificatori è stato giudizialmente affrontato anche il tema della discriminazione nell'utilizzo di sistemi premianti/penalizzanti governati dagli algoritmi delle piattaforme.

Il caso viene introdotto già nel 2019: tre federazioni della CGIL (Filcams, Filt e Nidil) ricorrono ex art. 5, comma 2 D. Lgs. 216/2003³⁰ (dunque con rito ex D. Lgs. 150/2011), al Tribunale di Bologna denunciando la condotta discriminatoria di Deliveroo sull'assunto che gli algoritmi che governavano l'assegnazione degli ordini penalizzavano coloro che non si candidavano oppure, una volta candidati, si cancellavano, senza distinguere sulla ragione della mancata candidatura o cancellazione, che poteva dipendere da malattie, esigenze legate a minori o all'adesione a iniziative di autotutela.

Il Tribunale di Bologna, con sentenza del 31 dicembre 2020, e pur se il sistema di prenotazione vigente all'epoca dell'introduzione della lite era stato modificato, accoglie il ricorso condannando la Società alla rimozione degli effetti del comportamento denunciato e al risarcimento dei danni.

Con ampia e articolata motivazione che poggia sul richiamo espresso alla sentenza n. 1663/2020 della Corte di Cassazione nonché all'art. 47 quinquies D. Lgs. 81/2015 riguardo l'estensione della disciplina anti discriminatoria e -quanto alla discriminazione per motivi sindacali- richiamando quanto statuito dalla Corte di Cassazione (la nota sentenza n. 1 del 2 gennaio 2020) circa la riconducibilità dell'affiliazione ad un sindacato alle <convinzioni personali> di cui all'art. 2 del D. Lgs. 216/2003 ai casi di discriminazione, premesso che secondo l'algoritmo utilizzato da Deliveroo (*Franck*) penalizzava i *rider* (nelle statistiche che poi influivano sull'assegnazione delle consegne) senza distinguere la ragione della mancata partecipazione ovvero della cancellazione, ritenuto inoltre che la Società (che considerava i casi di infortunio durante il turno o il malfunzionamento del sistema) aveva la possibilità di intervenire (circostanza negata dalla stessa che affermava l'incoscienza del sistema, mentre i ricorrenti lo tacciavano di cecità selettiva), ha ritenuto trattarsi di discriminazione indiretta sanzionabile.

Il CCNL sottoscritto da UGL e il conseguente contenzioso

Nel mentre, anticipando i tempi (leggiamo nella sentenza del Tribunale di Firenze del febbraio 2021 di cui si dirà, che a settembre 2020 il Ministero

30. La norma -come è noto- prevede la legittimazione diretta delle OO.SS. qualora siano individuabili in

modo diretto ed immediato le persone lese dalla discriminazione.

del Lavoro aveva già promosso un tavolo di confronto con le OO.SS. onde giungere alla stipula di un CCNL), UGL RIDER il 15 settembre 2020 stipula dichiaratamente *<ai sensi e per gli effetti del capo V-bis ... [omissis] ... del D.Lgs. 81/2015, così come modificato dal D.L. 101/2019 ... [omissis] ...>* con AssoDelivery, cui risultano iscritte Deliveroo, Glovo, Just It, Social Food e Uber Eats³¹, prevedendo (all'art. 7) che *<il rider, ai fini del presente Contratto e come definito in premessa, è un **lavoratore autonomo** che, sulla base di un contratto con una o più Piattaforme, decide se fornire la propria opera di consegna dei beni, ordinati tramite applicazione (come individuati anche dall'art. 47-bis del D. Lgs. 81 del 2015)>*.

E' facile immaginare che le altre OO.SS. non abbiano gradito e l'opportunità di intervenire radicalmente viene offerta da Deliveroo Italy che recapita il 2 ottobre 2020 ai (circa 8.000 si legge nelle sentenze di cui subito si dirà) *rider* che collaborano con la stessa una missiva nella quale pone un *aut aut*, in sintesi: o accettate il contratto stipulato con UGL RIDER o il rapporto non potrà proseguire³².

La (sola) CGIL reagisce introducendo a Firenze un ricorso ex art. 28 S.L. per comportamento antisindacale, chiedendo la rimozione degli effetti costituiti dalla risoluzione dei rapporti con i *rider* che non avevano accettato il CCNL UGL e la disapplicazione dello stesso.

Nella prima fase il Tribunale di Firenze con sentenza del 9 febbraio 2021 respinge il ricorso, ritendo non legittimate le OO.SS. ad agire ex art. 28 della L. 300/1970.

Facendo propri gli arresti della Corte di Appello di Torino -espressamente citata- del caso Foodora (ma non valorizzando gli *obiter dicta* di Cass. 1663/2020) ritiene infatti che *<la piana lettura>* del comma 1 dell'art. 2 Del D.lgs. 81/2015 porti ad escludere la legittimazione delle le OO.SS. a ricorrere all'art. 28 in relazione a conflitti nell'ambito di collaborazioni organizzate dal committente.

Ciò, continua il Tribunale, discende proprio dall'esclusione (sopra ricordata) prevista dalla lettera a) del secondo comma dell'art. 2 laddove -nel delimitare l'oggetto della disciplina collettiva al trattamento economico e normativo- implicitamente riconduce il perimetro del primo comma a tale ambito e comunque, prevenendo l'applicazione delle norme del lavoro subordinato, conferma che le collaborazioni continuino ad appartenere alla categoria del lavoro autonomo.

31. Così risulta dal comunicato di Asso Delivery emesso poco dopo la stipula

32. Nella sentenza del Tribunale di Firenze del novembre 2021 di cui si dirà la comunicazione è riportata nei seguenti termini: *<Se non firmerai il nuovo contratto di collaborazione entro il 2 novembre,*

a partire dal 3 novembre non potrai più consegnare con Deliveroo poiché non sarà più conforme alla legge. Se non desideri continuare a consegnare con Deliveroo secondo i termini previsti dal CCNL, questa email costituisce il preavviso formale della risoluzione del tuo attuale contratto che terminerà il giorno 2 novembre 2020>.

Infine, chiude il Tribunale, non soccorre neppure l'art. 47 -bis del D. Lgs. 81/2015 (che estende le norme del Titolo I ma non del Titolo IV -nel cui ambito è collocato l'art. 28- dello Statuto dei Lavoratori) per giustificare la legittimazione delle OO.SS. ad agire.

L'esito si ribalta in sede di opposizione e con sentenza n. 781 del 24 novembre 2021, il Tribunale di Firenze accoglie il ricorso, dichiarando l'inefficacia dei recessi e ordinando l'immediata cessazione delle condotte, condannando Deliveroo a cessare l'applicazione del CCNL UGL RIDER.

Il Tribunale -smentendo il Giudice del Decreto- afferma che riconducibilità all'art. 2 del Dlgs. 81 sia sufficiente a legittimare il ricorso all'art. 28 delle OO.SS.

E ciò in quanto:

- I. a tali collaborazioni è assicurata una protezione equivalente a quella dei lavoratori subordinati, con *<applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato>* (e qui cita espressamente Cass. 1663/2020);
- II. in assenza di specifiche limitazioni previste per legge, la protezione equivalente si estende anche alla dimensione collettiva;
- III. l'espressione Datore di Lavoro va interpretata nel senso di estenderne la nozione ai committenti nel senso che è destinatario dei medesimi obblighi.

Ciò detto il Tribunale non ritiene possa operare l'esclusione di cui alla lettera a) del secondo comma (che ove operante farebbe venire meno la costruzione di cui sopra) in quanto Deliveroo non avrebbe dimostrato (come era suo onere a fronte delle contestazioni della CGIL) che l'UGL rider, firmataria del Contratto Collettivo, avesse *<i requisiti di rappresentatività richiesti dalla norma>*.

Per il resto, una volta affermata la legittimazione, il Tribunale non trova difficoltà nel ritenere lesivo delle prerogative sindacali il comportamento di Deliveroo sulla scorta degli obblighi di informazione previsti dal CCNL Terziario (occupando Deliveroo oltre 50 lavoratori subordinati) e dalla L. 223/1991.

Su quest'ultimo aspetto -che postula l'applicazione della legge sui licenziamenti collettivi ai collaboratori ex art. 2 più volte citato- il Tribunale offre una tesi "omnicomprensiva" del rinvio alle norme applicabili ai lavoratori subordinati (e, dunque, anche in materia di licenziamenti) e *<in ogni caso>* mutua – con motivazione che, per la verità al pari del difetto di rappresentanza in capo a UGL, non ha mancato di suscitare perplessità in dottrina³³ - identifica l'ambito (recte: i destinatari) di applicazione della L. 223/91 (come noto applicativa della direttiva 98/59) con il concetto di

33. Si veda Gaetano Gianni *<Il diritto del lavoro "incalcolabile" della GIG Economy: i collaboratori "etero organizzati" si identificano con la figura del*

worker del diritto UE?>, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc. 1, 2022, p. 82.

worker così come delineato dalla giurisprudenza della Corte UE, *id est* la persona che fornisce <per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione> (Corte di Giustizia UE C224.14 e altre).

Essendo pacifico che oltre 5 rider siano stati "licenziati" e che la procedura ex L. 233 non espletata, viene così identificato un (altro, rispetto a quello costituito dalla violazione degli obblighi informativi ex CCNL Terziario) *vulnus* alle prerogative sindacali.

Ma il caso fiorentino, che ha avuto maggiore eco, non è l'unico riguardante il tema dell'applicazione del CCNL UGL RIDER.

A cavallo tra la prima e seconda fase del procedimento di Firenze, si colloca un caso, sempre introdotto da articolazioni della CGIL – si notevoli mandatarie ex art. 5 D. Lgs. 216/2003³⁴ e con il rito ex D.Lgs. 150/2011, conclusosi con l'ordinanza del Tribunale di Palermo 12 aprile 2021 contro una diversa (e minore) azienda di Food Delivery nel quale un lavoratore (attraverso i propri mandatarie) denunciava una discriminazione suo a danno -sotto forma dapprima di rifiuto di assegnargli consegne da lui prenotate e poi con il recesso- per non avere sottoscritto l'accordo che recepiva il CCNL UGL RIDER.

Gli esiti sono nel senso di riconoscere la discriminazione con la conseguente nullità del recesso e i riferimenti normativi e giurisprudenziali ancora una volta sono costituiti dall'applicazione ex art. 2 D. Lgs. 81/2015 del D. Lgs 216/2003 delle norme sulla discriminazione sempre mutando Cassazione n. 1 del 2 gennaio 2020 circa l'iscrizione dell'affiliazione ad un sindacato alle <convinzioni personali> di cui all'art. 2 del D. Lgs. 216 citato.

La scelta di *Just It*: subordinazione e contratto *Scoober*

Nel bel mezzo della *bufera* scatenata dal contratto UGL, *Just It* prende le distanze e stipula il 29 marzo 2021 con Cigil, Cisl e Uil, nelle varie articolazioni, un **contratto integrativo aziendale** di 26 articoli, che ricalca il contratto cd. *Scoober* (dal nome della *app* utilizzata dall'azienda) che *Just It* applica in alcuni paesi in cui opera e che prevede l'applicazione del CCNL Logistica e Trasporti, pur con le integrazioni ivi previste dall'integrativo stesso.

In sintesi, premessa come forma comune il rapporto subordinato a tempo indeterminato, si prevede la possibilità di stipulare contratti di

34. Come è noto l'art. 5 comma 1 del D.Lgs. 216/2003 prevede -oltre alla legittimazione diretta- che possano agire le OO.SS. rappresentative del

diritto o dell'interesse leso possano agire in forza di delega per conto (oltre che a sostegno) del soggetto passivo della discriminazione.

lavoro flessibile (a tempo determinato, di somministrazione a tempo determinato e di lavoro intermittente) nella misura massima del 35% e l'estensione dell'orario nella fascia ricompresa tra le 7.00 a mezzanotte, con articolazione dei turni non avvicendati della durata minima di due ore.

L'elemento di vera novità appare costituito dalla previa manifestazione di disponibilità del *rider* rispetto alla pianificazione dei turni, seppur <tenendo conto della preferenza espressa dal rider, per quanto possibile>, clausola di salvezza la cui concreta applicazione sarà la cartina tornasole dell'effettività della libertà concessa al rider: in assenza di disponibilità i *rider* sono tenuti a lavorare nei giorni stabiliti dalla Società.

Dunque un contratto che pare contemperare le esigenze aziendali a quelle di tutela del *rider* attraverso la costituzione di un rapporto subordinato, facendo salva la manifestazione di disponibilità del dipendente, ma recuperando il datore le proprie prerogative laddove questi si dimostri poco collaborativo.

Dunque, con apprezzabile pragmaticità e almeno all'apparenza, parrebbe superato il problema che ha affannato giuristi e magistratura circa la ritenuta incompatibilità tra la libertà del *rider* di fornire la disponibilità e la sussistenza della subordinazione.

Il D.L. 152/2021 e il Decreto ministeriale n. 31 del 23 febbraio 2022: l'attività di lavoro intermediato da piattaforma digitale

Nell'ambito dei provvedimenti attuativi del PNRR, il D.L. 152 del 6 novembre 2021 (convertito in legge 152/2021) ha introdotto l'art. 9 bis del D.L. 151/2006 (convertito in L. 608/1996) che, per quello che qui rileva, introduce l'obbligo di comunicazione al Ministero del lavoro dell'instaurazione di un rapporto di lavoro -subordinato o autonomo in forma coordinata e continuativa- anche nella modalità di **lavoro intermediato da piattaforma digitale**, con l'evidente volontà di censire tale nuova modalità di lavoro, ciò anche, si ritiene, in vista dell'adozione da parte del Parlamento UE della Direttiva di cui subito si dirà, cui il legislatore nazionale sta prestando particolare attenzione, tanto da, come pure si dirà, avere già elaborato già un disegno di legge di recepimento, fatto del tutto inconsueto visti i proverbiali ritardi con i quali le direttive UE vengono recepite dallo Stato italiano.

In attuazione di detta norma, il Ministero del Lavoro è intervenuto con il decreto n. 31 del 23 febbraio 2022 che -oltre a dettare le modalità concrete di comunicazione attraverso il modello *Uni piattaforme* che rende i dati disponibili all'INL, all'INPS, all'INAIL e alle Regioni e alle province autonome i dati- si dà carico di introdurre la definizione di **piattaforme di lavoro digitale** in modo analogo alla definizione di cui all'art. 47-bis D.Lgs. 81/2015, ma non più ristretto all'attività dei *rider* (<**i programmi e**

le procedure informatiche che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, condizionano le modalità di esecuzione di una prestazione di lavoro>) e di lavoro intermediato da piattaforma digitale che, nel riprenderne i contenuti, di pari passo amplia la platea di tale “categoria”, definendolo come <la prestazione di lavoro, compresa quella di natura intellettuale, intermediata da una piattaforma digitale che ne condiziona le modalità di esecuzione, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale del rapporto di lavoro e dal luogo di svolgimento della prestazione>.

L’obbligo di comunicazione è entrato in vigore dal 14 aprile scorso per il lavoro autonomo (che si intende censire, all’evidenza).

Tale primissimo intervento, nell’intento di censire le aziende in vista del recepimento della Direttiva, fornisce anche un primo e più ampio concetto definitorio che, finalmente, amplia la platea affrancandosi dal caso dei rider.

La proposta di Direttiva UE

Il 16 settembre 2021 il Parlamento europeo -nella già preannunciata intenzione della Commissione di presentare una proposta di Direttiva³⁵- ha approvato una **Risoluzione** avente ad oggetto condizioni di lavoro eque, diritti e protezione sociale per i lavoratori delle piattaforme e nuove forme di occupazione legate allo sviluppo digitale, Risoluzione preceduta da studi, consultazioni e confronti con le parti sociali.

In breve, il Parlamento, premesse -come da prassi nella legislazione dell’Unione- tre definizioni che poi -come vedremo- verranno riprese e modificate nella proposta di Direttiva della Commissione, esordisce numerosi *considerando*, tra i quali -per la loro rilevanza circa l’impatto sociale ed economico della materia- segnaliamo:

- a. che il lavoro su piattaforma **può creare lavoro**, aumentare la scelta, fornire un reddito supplementare e ridurre gli ostacoli all’ingresso nel mercato del lavoro;
- b. che il lavoro su piattaforma digitale **non può** in alcun modo essere limitato al trasporto di persone o alla consegna di cibo, perché è costituito anche da prestazioni professionali, lavori domestici e micro attività;
- c. che il lavoro da piattaforma **solleva preoccupazioni circa la precarietà**, le cattive condizioni di lavoro, l’assenza di protezione sociale, il lavoro

35. La Commissione aveva già elaborato il 13 marzo 2020 uno studio <per raccogliere dati sulle condizioni di lavoro dei lavoratori delle piattaforme digitali> e aveva acquisito il Parere del Comitato economico e sociale europeo del 18 settembre 2020 <sulle condizioni di lavoro dignitose

nell’economia delle piattaforme> per poi, come si legge nella Relazione accompagnatoria alla proposta di direttiva, tra il 24 febbraio e 7 aprile 2021 e tra il 15 giugno e il 15 settembre 2021 aveva già consultato le parti sociali.

- non dichiarato, redditi e orari frammentanti e non prevedibili, l'assenza di misure in materia di salute e sicurezza, come reso evidente durante la Pandemia da COVID-19;
- d. che tale pandemia ha messo in luce il ruolo di tali lavoratori garantendo la **continuità di attività del settore PMI** (che poco dopo si ricorda costituire il 99% delle imprese della UE) ed ha **assicurato continuità di reddito per alcuni lavoratori** delle piattaforme;
 - e. che il 60% dei residenti UE ha dichiarato di non voler smettere di utilizzare i servizi *on line* -ad esempio per ordinare pasti- dopo la crisi pandemica;
 - f. che nel mondo il fatturato delle piattaforme digitali ammonta ad almeno 52 miliardi di dollari, di cui il 49% negli Stati Uniti, il 22% in Cina, il 18% in altri paesi e solo l'11% in Europa;
 - g. che **chi lavora piattaforme digitali è spesso qualificato come lavoratore autonomo** pur non possedendo i livelli di indipendenza professionali propri del lavoro autonomo;
 - h. che l'elevato grado di flessibilità è ritenuto essere uno dei maggiori vantaggi del lavoro su piattaforma;
 - i. che gli Stati membri hanno elaborato approcci diversi il che ha portato a norme e iniziative frammentate;
 - j. che **non** esiste una definizione di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione, mentre la Corte di Giustizia ha stabilito un serie di criteri per determinare lo *status* di lavoratore subordinato e autonomo;
 - k. che la maggioranza dei lavoratori delle piattaforme in loco e un terzo dei lavoratori on line svolge tale attività quale fonte principale di reddito;
 - l. che le piattaforme si avvalgono di strumenti quali app, algoritmi e intelligenza artificiale per favorire l'incontro tra domanda e offerta e per gestire i lavoratori.

Considerato quanto sopra (e molto altro) il Parlamento osserva che l'attuale quadro della UE è insoddisfacente e gli strumenti giuridici della UE non siano stati applicati a molti lavoratori, osservando altresì che lo status di lavoratore subordinato e quello di lavoratore autonomo non sono definiti in modo uniforme nei paesi membri e sottolineando, come a parità di situazioni, i lavoratori possano essere soggetti a normativa completamente differenti.

Ciò rilevato, il Parlamento -accogliendo l'intenzione della Commissione di presentare entro la fine del 2021 un'iniziativa legislativa volta a migliorare le condizioni dei lavoratori da piattaforme digitali- ritiene sussistere l'urgenza di porre rimedio e invita la Commissione a:

- I. introdurre nella sua imminente proposta una **<presunzione confutabile>** dell'esistenza di un rapporto di lavoro per i lavoratori delle piattaforme in conformità alle definizioni nazionali di legge o contrattazione collettiva nazionali, al fine di agevolare la corretta classificazione dei lavoratori delle

piattaforme, unitamente **all'inversione dell'onere della prova** e a eventuali misure aggiuntive:

- II. riconoscere **lo status delle piattaforme di lavoro digitali quali datori di lavoro, agenzie per il lavoro (interinale) o intermediari**, in relazione al settore di attività, sottolineando la necessità di *<combattere meglio il falso lavoro autonomo>*.

Sulla base di tali indicazioni, il **9 dicembre 2012** la **Commissione europea** ha presentato una **proposta di Direttiva**³⁶, preceduta da una articolata Relazione, nella quale viene specificata e arricchita di contenuti la disciplina rispetto alle indicazioni parlamentari.

Nelle lunghe premesse (54 punti), con una serie di richiami alla normativa europea, la proposta di Direttiva, ripresi i punti delle premesse della citata Risoluzione parlamentare, da conto del fatto che **le cause intentate in diversi Stati membri hanno evidenziato <il persistere di una classificazione errata della situazione occupazionale> di alcuni tipi di lavoro** mediante piattaforme nei quali, pur venendo esercitato un controllo sulla retribuzione e sull'esecuzione del lavoro, i lavoratori vengono classificati come autonomi (punto 7) e per combattere il lavoro autonomo fittizio, gli Stati membri dovrebbero disporre di *<procedure adeguate per prevenire e affrontare l'errata classificazione>* (punto19).

Richiamata la giurisprudenza della Corte di Giustizia sui criteri atti a determinare *<la situazione occupazionale di un lavoratore>* e facendo espressamente riferimento a tali arresti (punto 20), si assume che la Direttiva dovrebbe includere **i criteri che permettono di stabilire se una piattaforma di lavoro digitale controlla l'esecuzione del lavoro, onde rendere operativa una presunzione legale** (punto25) priva di effetti retroattivi (punto 27), criteri che devono ispirarsi alla giurisprudenza dell'Unione e nazionale, considerato che in alcuni casi, pur in presenza di un controllo da parte della piattaforma, il rapporto potrebbe non essere subordinato secondo i detti principi giurisprudenziali si prevede la possibilità di prova contraria (punto28).

Infine le premesse affrontano il tema del rispetto della normativa sulla *privacy*, mantenendo intonso il dettato del Regolamento 2016/679 (punti da 30 a 34), ad eccezione delle modifiche di cui all'art. 6 della direttiva (punto 30) nonché quello della trasparenza (punti da 35 a 39) con particolare attenzione alla possibilità di accesso ai sistemi digitali.

Venendo al *corpus* delle norme, **l'art. 1** definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione della direttiva che ha lo scopo di migliorare le condizioni di lavoro e intende stabilire *<i diritti minimi>* da applicare alle persone che

36. COM (2021) 762 final su Eur-lex

svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali nell'Unione, mentre l'**art. 2** fornisce le seguenti (riassunte, non testuali) definizioni:

<**piattaforma di lavoro digitale**>³⁷: qualsiasi persona fisica o giuridica che fornisce un servizio commerciale che soddisfa tutti i seguenti requisiti:

- a. è fornito -almeno in parte- a distanza con mezzi elettronici (sito web o applicazione mobile);
- b. è fornito a richiesta del destinatario del servizio;
- c. comporta -quale requisito necessario- l'organizzazione del lavoro svolto dalle persone fisiche, indipendentemente dal fatto che sia svolto *on line* o in un determinato luogo:
 - › **lavoro mediante piattaforma digitale**>³⁸: qualsiasi lavoro organizzato tramite una piattaforma digitale e svolto nell'Unione da persone fisiche sulla base di un rapporto contrattuale con la piattaforma e la persona fisica, indipendentemente dal fatto che esista o meno un rapporto contrattuale tra detta persona e il destinatario del servizio;
 - › <**persona che svolge un lavoro mediante piattaforme digitali**>: qualsiasi persona fisica che svolge lavoro tramite piattaforme, indipendentemente dalla qualificazione contrattuale del rapporto con la piattaforma;
 - › <**lavoratore delle piattaforme digitali**>³⁹: qualsiasi persona che svolge un lavoro mediante piattaforma e ha un contratto o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi degli Stati membri, <*tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia*>.

Seguono le definizioni dei <*rappresentanti*> (id est: OO.SS.) e di <*microimprese, piccole o medie imprese*>. (con rinvio alla raccomandazione 2003/361/CE della Commissione che le definisce).

L'**art. 3** demanda agli Stati membri di adottare procedure <*adeguate*> per verificare e garantire la corretta determinazione della situazione occupazionale dei lavoratori, nuovamente, <**tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia**>, ricordando al secondo comma,

37. Si noti che nella Risoluzione del Parlamento così era definita la <**piattaforma di lavoro digitale**>: un'azienda che agisce come intermediario o che offre, con una maggiore o minore grado di controllo, servizi *on-demand* richiesti da clienti individuali o aziende e forniti direttamente o indirettamente da singole persone, indipendentemente dal fatto che tali servizi siano resi *in loco* o *on line*.

38. Nella detta Risoluzione la definizione di <**lavoro su piattaforma digitale**> era la seguente: il lavoro svolto e i servizi forniti su richiesta e dietro compenso dai lavoratori delle piattaforme,

indipendentemente dalla loro situazione occupazionale, dal tipo di piattaforma di lavoro digitale (*in loco* o *on line*) o dal livello di competenze richiesto.

39. Sempre nella Risoluzione i <**lavoratori delle piattaforme**> erano definiti come coloro che svolgono un lavoro o offrono servizi, con una maggiore o minore grado di controllo, servizi *on-demand* richiesti da clienti individuali o aziende e forniti direttamente o indirettamente da singole persone, indipendentemente dal fatto che tali servizi siano resi *in loco* o *on line*.

che <la determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro si basa principalmente sui fatti relativi **all'effettiva esecuzione del lavoro, tenuto conto dell'uso di algoritmi nell'organizzazione del lavoro ... indipendentemente dal modo in cui il rapporto è classificato in un eventuale accordo contrattuale tra le parti**>.

L'**art. 4** costituisce il cuore della Direttiva proposta, introducendo la **presunzione confutabile** già identificata dal Parlamento come strumento di tutela.

Si **presume**- recita il primo comma- **essere un rapporto di lavoro (subordinato) un rapporto contrattuale tra una persona che svolge un lavoro mediante piattaforma e una piattaforma di lavoro digitale che <controlla>**, ai sensi del paragrafo (per noi comma) 2, **l'esecuzione del lavoro**, prevedendo che gli Stati membri stabiliscano <un quadro di misure> conformi ai rispettivi ordinamenti e che la <presunzione legale> si applica in tutti i procedimenti, amministrativi e giudiziari e le autorità competenti <possono basarsi su tale presunzione>.

Il secondo comma (o paragrafo che dir si voglia) prevede che <il controllo dell'esecuzione del lavoro> ai sensi del primo comma <è inteso come caratterizzato dalla **presenza di almeno due dei seguenti**> (cinque, n.d.r.) **elementi**:

- a. determinazione effettiva del livello della **retribuzione** o fissazione dei limiti massimi di tale livello;
- b. obbligo per chi lavora tramite piattaforma, di rispettare regole vincolanti specifiche <per quanto riguarda l'aspetto esteriore, il comportamento nei confronti del destinatario del servizio o l'esecuzione del lavoro>;
- c. supervisione dell'esecuzione del lavoro o verifica della qualità dei risultati;
- d. effettiva limitazione della libertà di organizzare il lavoro e in particolare di scegliere l'orario di lavoro o i periodi di assenza, di accettare e rifiutare incarichi o di ricorrere a sostituti;
- e. effettiva limitazione della possibilità di costruire una propria clientela o di svolgere lavoro per terzi.

Il terzo comma affida agli Stati membri il compito di adottare misure per l'efficace attuazione della detta presunzione, **evitando di applicarla ai lavoratori autonomi** e in particolare di:

- I. garantire la pubblicità sull'applicazione della presunzione legale;
- II. elaborare <orientamenti> affinché le piattaforme (imprese), i lavoratori e le parti sociali <comprendano e attuino la presunzione legale> e le procedure di cui al successivo art. 5 per confutarla;
- III. intervenire affinché le autorità individuino e perseguano <in maniera proattiva> le piattaforme non conformi nonché rafforzino i controlli e le ispezioni.

L'**art. 5** -secondo il detto schema della presunzione confutabile- prevede, appunto, **la possibilità di confutare la presunzione** e che ciò sia garantito

dagli Stati membri nei procedimenti amministrativi e giudiziari con onere della prova dell'insussistenza di un rapporto subordinato (<tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia>) a carico della piattaforma e senza effetti sospensivi della presunzione.

Se, invece, è il lavoratore che invoca la confutazione della presunzione di subordinazione, sempre tenuto conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la piattaforma <è tenuta a prestare assistenza ai fini della corretta risoluzione del procedimento, *in particolare fornendo tutte le informazioni pertinenti da essa detenute*>.

Il capo III (artt. da 6 a 12) è dedicato alla gestione algoritmica, prevedendo:

- › **L'obbligo di informazione** delle piattaforme ai lavoratori (e ai rappresentanti dei lavoratori) circa i sistemi di monitoraggio e decisionali automatizzati, stabilendo nel dettaglio il catalogo di informazioni da fornire e le modalità scritta (anche informatica) nonché il divieto di raccolta e trattamento dei dati personali oltre i limiti necessari per l'esecuzione del contratto (art. 6);
- › **il cd. monitoraggio <umano>** dei sistemi automatizzati, prevedendo che gli Stati membri impongano alle piattaforme di verificare e valutare l'impatto delle decisioni individuali prese o sostenute dai sistemi automatizzati nonché di valutare i rischi e l'adeguatezza ai rischi introducendo misure di prevenzione e protezione, vietando in modo categorico che i sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati mettano <sotto pressione> i lavoratori e imponendo il ricorso a risorse umane sufficienti quanto sopra (art. 7);
- › **il <riesame umano delle decisioni significative>**, prevedendo che i lavoratori abbiano diritto a spiegazioni rivolgendosi ad una persona <di contatto> e, ove non soddisfatti, possano chiedere il riesame della decisione, con la previsione della revoca o del risarcimento laddove la decisione abbia leso i diritti del lavoratore (art. 8);
- › **l'informazione e alla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori** per le decisioni che possano comportare modifiche sostanziali nell'uso dei sistemi decisionali (art. 9);
- › che **la disciplina** di cui all'art. 6, 7 (primo e secondo paragrafo) e 8, **si applichi anche ai lavoratori privi di contratto o rapporto di lavoro** (art. 10);
- › l'imposizione da parte degli Stati membri alle piattaforme di **dichiarare il lavoro svolto dai lavoratori delle piattaforme e di condividere i dati** (art. 11);
- › la messa a disposizione delle **informazioni circa il numero di persone occupate e i termini nonché condizioni generali applicate** ai rapporti (art. 12).

Particolarmente significativo è il contenuto capo V, prevedendosi, anzitutto, che la legittimazione ad agire per far valere i diritti previsti dalla Direttiva spetti alle organizzazioni sindacali direttamente o per conto dei lavoratori (art. 14, primo e secondo paragrafo) e-onde agevolare la

tutela collettiva -considerato che l'assenza di un luogo comune di lavoro impedisce la naturale coesione tra lavoratori onde far valere diritti comuni- prevede che gli stati membri adottino le necessarie misure perché le piattaforme diano la possibilità ai lavoratori di comunicare tra loro e con le organizzazioni sindacali (terzo paragrafo dell'art. 14).

In materia di prove (**art. 16**) si specifica che gli organi giurisdizionali possano ordinare alle piattaforme di divulgare <qualsiasi prova> ed anche <le informazioni riservate>.

Dopo aver previsto che gli Stati membri introducano misure atte ad impedire che i ricorsi giurisdizionali abbiano effetti sfavorevoli sui lavoratori (**art. 17**), la Direttiva all'**art. 18** tratta della <**protezione contro il licenziamento**> stabilendo -sempre con il filtro degli Stati membri- il divieto di licenziamento o atto equivalente per il fatto di avere esercitato i diritti previsti dalla Direttiva e il diritto degli stessi -laddove ritengano che ciò sia avvenuto- di chiedere i motivi <debitamente giustificati> del recesso.

Sempre nell'art. 18 si prevede che -laddove il lavoratore in giudizio adduca fatti idonei a far presumere che il recesso sia avvenuto contravvenendo al divieto di cui al paragrafo 1- *l'onere di provare il contrario spetta alla piattaforma*, escludendo (naturalmente) che tale presunzione operi nei procedimenti penali.

La Direttiva si chiude con disposizioni su controlli e sanzioni (**art. 19**), clausola di non regresso (**art. 20**), disciplina sul recepimento e attuazione da parte degli Stati membri (**art. 21**) e sul riesame in un quinquennio della Commissione sull'attuazione della Direttiva con possibilità di proporre modifiche (**art. 22**).

II DDL attuativo

A dimostrazione nell'interesse del legislatore nazionale vi è il fatto che parallelamente alla proposta di Direttiva è circolata una bozza di Disegno di Legge di soli 6 articoli che (allo stato) non pare recepire integralmente la direttiva.

All'**art. 1** vengono fornite le definizioni di **piattaforma digitale** e **lavoro intermediato da piattaforma digitale** che attingono sia a quelle della Direttiva che a quelle di cui all'art. 47-bis.

La <*piattaforma di lavoro digitale*> è definita come i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal datore di lavoro o dal committente che, indipendentemente dal luogo di stabilimento, condizionano le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro e il <*lavoro intermediato da piattaforma digitale*> come *il rapporto di lavoro la cui prestazione, ivi compresa quella di natura intellettuale, è intermediata da una piattaforma digitale che condiziona le modalità di esecuzione della prestazione,*

indipendentemente dalla sua qualificazione contrattuale e dal luogo di svolgimento della prestazione.

L'**art. 2** recepisce la **presunzione (confutabile) di subordinazione** ricalcando il sistema della ricorrenza di due dei cinque criteri di cui alla proposta di Direttiva con alcune modifiche (ad esempio, <controllo> in luogo di <supervisione> alla lettera c) e l'eliminazione dell'aggettivo <effettiva> alle lettere d) ed e), prevedendo la possibilità di confutazione e stabilendo la no retroattività della disciplina.

L'**art. 3** introduce alcune modifiche al Capo V del D. Lgs. 81/2015, adeguando, in sostanza le definizioni.

L'**art. 4** introduce, seguendo la Direttiva: **i)** gli obblighi informativi ai lavoratori e alle OO.SS., **ii)** le limitazioni al trattamento e acquisizione di dati personali, **iii)** il divieto di decisioni, ivi inclusa la risoluzione del rapporto, basate unicamente sull'utilizzo di sistemi automatizzati, **iv)** la nomina di un responsabile del monitoraggio delle decisioni automatizzate in concerto con le OO.SS., demandando a un D.M. tempi e modi e **v)** le sanzioni in caso di violazione degli obblighi previsti.

Infine l'**art. 5** recepisce la parte della Direttiva sul monitoraggio umano di cui si è detto, mentre l'**art. 6** riguarda disposizioni finali e transitorie.

Un primo commento alla proposta di Direttiva

Tirare le somme ora può apparire prematuro trattandosi di una proposta.

Tuttavia l'importanza del tema fa ritenere che la Direttiva verrà emanata a breve e l'accurato lavoro svolto dalle Istituzioni europee porta a ritenere che il contenuto difficilmente si discosterà in maniera significativa dalla proposta che contiene, come abbiamo visto, numerosi spunti innovativi e regole che dovranno trovare il loro delicato adattamento all'ordinamento interno e affronta temi già trattati dalla giurisprudenza nazionale e passati brevemente in rassegna prima.

Il cuore è rappresentato dalla presunzione confutabile: con un evidente favore per la subordinazione, ma senza imporre una qualificazione assoluta, difficile e controproducente in un contesto fluido e variabile di rapporti di lavoro, la proposta, con meccanismo tipico della legislazione dell'Unione e nel dichiarato intento di contrastare i fenomeni elusivi, si basa sui 5 criteri detti, la ricorrenza di 2 dei quali crea una presunzione di subordinazione, pur lasciando lo spazio alla confutazione, in un dialogo tra tesi e antitesi nettamente favorevole alla tesi, posto che la confutazione appare di difficile riuscita.

Il margine di maggiore incertezza risiederà probabilmente a monte, vale a dire la ricorrenza dei due criteri, il cui viatico passa naturalmente dall'accertamento, in sede amministrativo o giudiziaria, dei fatti oltre che

della riconducibilità alle ipotesi contemplate.

In soccorso, la Direttiva pone un reiterato riferimento alla nozione di **worker** elaborato dalla giurisprudenza dell'Unione (che non è affatto di poco conto sotto il profilo ordinamentale e che, come abbiamo visto prima, è già stata evocata dai Giudice italiani proprio per affermare la subordinazione), comporterebbe una rivisitazione del concetto di subordinazione - più al passo coi tempi- che difficilmente potrebbe essere confinato ai lavoratori delle piattaforme (se la nozione di subordinazione si estende trascendo dall'etero direzione per **valorizzare l'etero organizzazione**, certo ciò non potrà valere solo una categoria di lavoratori).

Ancora nel senso del favore per la subordinazione, depone **la legittimazione diretta o per delega delle OO.SS.** (che si è visto hanno già fatto valere la legittimazione ex D. Lgs. 216/2003 in materia di discriminazione non a caso attuativa di un'altra Direttiva, la 2000/78/CE), agevola il ricorso alla tutela giurisdizionale collettiva.

La disciplina sui **licenziamenti**, con il divieto di quelli determinati dall'esercizio dei diritti previsti dalla proposta di Direttiva, è forse meno innovativo vista la normativa nazionale sui licenziamenti ritorsivi, ma si pone in una cornice certamente nuova nella quale la ritorsione può avvenire, ad esempio, tramite la programmazione dei sistemi informatici (il caso dell'algoritmo *Franck* di cui è detto ne è una prova).

Il **riesame umano** a correzione di elaborazioni (penalizzanti) delle piattaforme, che riafferma il primato dell'uomo sulla macchina (pur non dimenticando che la macchina dall'uomo è impostata) e tenta di ovviare a impersonali (se non alienanti) e sterili confronti solo con applicazioni, vanno -infine- nel senso di proteggere ulteriormente i lavoratori la cui attività è governata da algoritmi e classifiche da questi stilate, ma è anche espressione di una attenzione verso il contemperamento tra le nuove tecnologie e l'attenzione al benessere degli individui.

Conclusioni

Le nuove modalità di prestazione di lavoro intermedie da piattaforme sono state, sono e saranno un laboratorio di sperimentazione per adeguare la legislazione (europea e nazionale) ai cambiamenti non solo derivanti dall'avvento delle nuove tecnologie digitali, ma dai mutamenti socio economici che la Pandemia -nei suoi tragici effetti- ha mostrato e che hanno la tendenza a mantenersi ed evolversi.

La Giurisprudenza, nazionale e non, ha avuto difficoltà a dare risposte appaganti e definitive come pure le parti sociali e il legislatore (nazionale ed europeo), ma questi anni di confronti, dottrinari, giudiziari e giurisprudenziali, hanno indubbiamente consentito di mettere a fuoco

le problematiche, contribuendo ad individuare soluzioni adeguate che l'intervento europeo, certamente più meditato e sistematico di quello nazionale del 2019, pare indicare nella direzione della subordinazione.

Intervento che, ove i contenuti della proposta di Direttiva rimangano immutati, appare significativamente innovativo, fornendo soluzioni alle tematiche che i Giudici (italiani e di altri Stati membri), la Dottrina e alcuni legislatori hanno affrontato, a conferma che il confronto di questi anni sia stato una fondamentale *palestra* cui attingere.

Da ultimo non resta che registrare i profondi mutamenti sociali che quanto sin qui trattato (e non solo) dimostra, senza però rinunciare ad una riflessione che ritengo imprescindibile.

La domanda che sorge spontanea a margine di quanto sta accadendo con accelerazioni esponenziali è se la direzione in cui sta andando il mondo del lavoro, governato da applicazioni e algoritmi e sempre più privo di luoghi di aggregazione ove lavorare, convivere, confrontarsi, crescere umanamente e socialmente, non porti ad un modello sociale (di cui il tanto discusso *metaverso* pare sarà l'evoluzione) individualista e arido, in cui l'insopprimibile esigenza di vivere fisicamente insieme venga irrimediabilmente frustrata.

Questo Convegno, cui partecipano con entusiasmo centinaia di persone, testimonia che la direzione possa (e per me debba) essere corretta.

L'autore
di questo articolo

AGOSTINO CALIFANO
Avvocato giuslavorista

WORKSHOP4 / CONVEGNO AGI 2022

Ammortizzatori sociali, composizione della crisi d'impresa e risanamento aziendale: il nuovo ruolo del sindacato

BRUNO LAUDI

Una panoramica delle novità introdotte dal codice delle crisi dal “fronte giuslavoristico” per una valutazione del loro impatto sul rapporto di lavoro e, soprattutto, sulle relazioni sindacali.

La tanto attesa riforma della Cassa integrazione guadagni si inserisce in un contesto normativo a sua volta modificato e rinnovato. Dunque una lettura della riforma focalizzata sul ruolo del sindacato non può prescindere dalle novità introdotte dal d.l.gs. 6.2.2007 n. 25 sul diritto di informativa sindacale, ma anche dalla modifica dell’art. 2086 c.c., che prevede una inedita responsabilità dell’imprenditore, a cui si aggiungono le novità del codice della crisi ed in particolare l’introduzione della nuova procedura della composizione assistita della crisi.

Un apparato di norme che incideranno sulle relazioni sindacali e che, soprattutto, richiederà un innalzamento del livello di confronto delle relazioni industriali.

Dato questo contesto è ormai scontata una modifica dei ruoli delle parti sociali, che vedrà il sindacato utilizzare il diritto ad una maggiore informazione per una intensificazione della (com)partecipazione all’andamento dell’impresa.

Con il presente contributo si cerca di fornire una panoramica delle novità introdotte dal codice delle crisi dal “fronte giuslavoristico” per una valutazione del loro impatto sul rapporto di lavoro e, soprattutto, sulle relazioni sindacali.

Il nuovo art. 2086 c.c. e la responsabilità dell’imprenditore

L’analisi della riforma dalla prospettiva giuslavoristica, deve prendere le mosse dall’art. 2086 del codice civile così come modificato dal d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, che ha trasformato completamente la norma modificando il titolo: da “Direzione e Gerarchia dell’Impresa” a “Gestione dell’Impresa”.

Una modifica non solo formale, ma anche sostanziale dato che all’unico comma prima esistente - di certo di poca rilevanza - che definiva l’imprenditore come capo dell’impresa, è stato aggiunto un secondo comma la cui portata è di notevole rilievo dato che prevede in capo all’imprenditore e agli amministratori e manager un complesso di responsabilità e obblighi che, come già detto, hanno un rilievo significativo sul fronte del rapporto di lavoro.

Obblighi e responsabilità ripresi anche con il d.l. 17.6.22 n. 83 e che qui si analizzeranno e che impongono all’imprenditore di fare di tutto per prevenire la crisi.

In sintesi, con il completamento della riforma, gli imprenditori e gli amministratori devono vigilare costantemente sull'andamento economico dell'impresa prevedendo un'organizzazione che garantisca la continuità aziendale e che sia efficace anche a far fronte alle eventuali difficoltà determinate dai momenti di crisi, gestendo le eventuali difficoltà nel modo più efficiente e, soprattutto, nell'interesse dei creditori.

In questa sintesi vi è un condensato di elementi da cui scaturiscono diverse riflessioni.

La norma così modificata è assimilabile all'art. 2087 c.c., ossia alla norma che impone in capo all'imprenditore l'obbligo di tutelare l'integrità psicofisica dei dipendenti mediante l'adozione ed il mantenimento in efficienza dei presidi antinfortunistici idonei a detto scopo, imponendo peraltro di adeguare gli strumenti ai progressi tecnologici in modo da assicurare una costante e aggiornata protezione per i dipendenti.

L'art. 2086 c.c. non si discosta molto da questa impostazione, nel senso che l'obbligo in capo all'imprenditore, non è "statico", ma "dinamico" perché l'imprenditore dovrà continuamente adeguare i propri assetti organizzativi, amministrativi e contabili per garantire la continuità aziendale e tutelare gli interessi dei creditori.

La norma attua quanto previsto dall'art. 19 della direttiva (UE) 2019/1023, che è chiaramente volta ad imporre gli stati membri di predisporre un sistema di responsabilizzazione non solo per l'imprenditore, ma anche per i suoi manager, nella gestione dell'impresa.

Con l'art. 3 del D.Lgs. n.83/22, il recepimento dei principi comunitari si completa, in quanto la norma impone all'imprenditore un complesso di nuovi obblighi ed in particolare quello di rilevare tempestivamente i sintomi della crisi e prevenire in tal modo l'insolvenza, tenendo debitamente conto degli interessi dei creditori e delle altre parti coinvolte.

Tra le parti coinvolte possiamo ascrivere i lavoratori e il sindacato, che hanno interesse non solo al recupero dei crediti, ma anche al mantenimento dei livelli occupazionali che possono essere messi a rischio in conseguenza dell'inerzia o di scelte sbagliate da parte dell'imprenditore.

Un vero e proprio dovere contrattuale per l'imprenditore a fare di tutto affinché l'azienda non declini nella crisi.

Bisogna sicuramente attendere come la giurisprudenza interpreterà questo nuovo e ampliato obbligo in capo all'imprenditore, di certo questo "dogma della continuità dell'impresa", sembra aprire nuovi ambiti di tutela risarcitoria per i lavoratori che subiranno gravi conseguenze per scelte negligenti o colpose da parte dell'imprenditore e dei suoi manager.

Si pensi ad esempio al fatto che alle scelte sbagliate o all'inerzia dell'imprenditore possono conseguire dei licenziamenti determinati dalla sussistenza della crisi.

E' il caso in cui sussiste il giustificato motivo oggettivo, perché i licenziamenti sono giustificati dall'effettivo stato di crisi e pertanto

è difficile invocare le conseguenze sanzionatorie previste dal nostro ordinamento di tutela in caso di licenziamento. Ma il fatto che lo stato di crisi sia attribuibile a monte alla responsabilità dell'imprenditore (per violazione dell'art. 2086 cc. e dell'art. 3 del codice della crisi) potrebbe essere un presupposto per azionare a favore del lavoratore un distinto diritto risarcitorio diverso e alternativo da quello previsto per il licenziamento.

Dunque, ad avviso di chi scrive, le conseguenze di questa riforma sul piano del rapporto di lavoro, sono un inedito dovere di fedeltà del datore di lavoro nei confronti dei propri dipendenti, connotato dall'obbligo di garantire la continuità di impresa anche per preservare gli interessi dei lavoratori.

L'obbligo di informativa in capo all'imprenditore

L'art. 4 del codice della crisi potenzia l'obbligo di informativa in capo all'imprenditore imponendo alle parti e soprattutto all'imprenditore il rispetto dei principi di buona fede e correttezza sia nella gestione della composizione negoziata della crisi che nel corso dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e di insolvenza e, comunque, nel corso delle trattative e quindi anche quelle per cassa integrazione.

In particolare il secondo comma della norma citata stabilisce l'obbligo dell'imprenditore di "illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto".

Di certo questo obbligo determina un rafforzamento dei diritti di informativa per il sindacato previsti sia dal D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, che dalla contrattazione collettiva, perché ne amplia la portata e consente alle organizzazioni sindacali di pretendere di poter avere tutte le informazioni senza limiti e omissioni e con l'unico vincolo in capo al sindacato della riservatezza (di cui dopo si dirà).

Tutto ciò in coerenza con la tendenza dell'intero ordinamento giuslavoristico, che ha sempre cercato, per ispirazione costituzionale e comunitaria, di migliorare il sistema delle relazioni industriali per creare le condizioni per un modello partecipativo efficace.

Questa è l'occasione per strutturare un sistema con l'evidente scopo di porre il sindacato nella condizione di conoscere tempestivamente le decisioni imprenditoriali e le ricadute sugli assetti organizzativi, produttivi e occupazionali e, per tal via, poter realizzare un serio ed efficace confronto a monte delle decisioni imprenditoriali con il fine di ridurre le occasioni di conflittualità promuovendo, invece, la partecipazione del sindacato.

In questo solco si collocano le nuove procedure di informazione e consultazione introdotte dal codice della crisi.

La negoziazione assistita della crisi e la nuova procedure di consultazione sindacale

Il codice della crisi all'art. 4 III comma, ha introdotto (già dalla parte di riforma entrata in vigore dal 15.11.21) nell'ambito della procedura di negoziazione assistita della crisi una nuova procedura di consultazione sindacale per le ipotesi in cui non siano previste diverse analoghe procedure dalla legge o dai contratti collettivi.

La procedura è obbligatoria per qualsiasi datore di lavoro che occupi complessivamente più di quindici dipendenti e a condizione che nell'ambito della procedura di negoziazione assistita della crisi siano assunte decisioni che incidano e determinino delle modifiche del rapporto di lavoro di almeno due dipendenti e che possano riguardare anche le modalità organizzative di svolgimento della prestazione lavorativa.

L'imprenditore che si trovi nelle condizioni indicate dalla norma, deve inoltrare una comunicazione scritta alle organizzazioni sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428 ovvero alle RSU, ovvero alle RSA costituite nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nell'impresa.

Nel rispetto del dovere di informazione, il contenuto della comunicazione dovrà essere tale da mettere in condizione i soggetti sindacali di apprenderne le cause e gli effetti della crisi lamentata e le soluzioni e proposte dall'impresa. Ossia devono essere fornite tutte le informazioni essenziali per il sindacato per valutare la coerenza e quindi la giustificatezza dei provvedimenti modificativi dei rapporti di lavoro, quali soluzioni per far fronte alla crisi, tra cui rientra anche il ricorso alla cassa integrazione.

L'obbligo di informativa è funzionale anche a consentire al sindacato di proporre soluzioni alternative a quelle programmate dall'imprenditore assieme all'esperto e che possano scongiurare parte delle modifiche dei rapporti di lavoro richiesti dal datore di lavoro.

Le OO.SS. possono chiedere un incontro nel termine di tre giorni dalla ricezione dell'informativa e, in questo caso, la consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento della richiesta e si tiene alla presenza dell'esperto.

La procedura si esaurisce decorsi dieci giorni dal suo inizio salvo diversa intesa fra le parti, che, nel corso della trattative, sono soggette al vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dall'impresa.

Come prima si accennava l'obbligo di riservatezza previsto dall'art.4 del codice della crisi, dovrà trovare una declinazione che lasci comunque la possibilità ai funzionari sindacali di riferire ai lavoratori della situazione di crisi e dei programmati interventi per potersi confrontare e assumere

nel loro interesse le giuste iniziative e proposte. Diversamente sarebbe impossibile per il sindacato assumere decisioni e quindi renderebbe del tutto inutile la consultazione.

Dell'incontro, ma solo ai fini della determinazione del compenso dell'esperto, è redatto un sintetico rapporto sottoscritto dall'imprenditore e dall'esperto stesso.

Pur in assenza di un'espressa previsione il mancato o inesatto esperimento della procedura di informazione e consultazione costituisce condotta antisindacale che potrà essere tutelata con il procedimento ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori.

La procedura non è finalizzata al raggiungimento di un accordo, ma solo al confronto con il sindacato, sarà poi l'andamento della consultazione che determinerà la stipulazione di un accordo per disciplinare le eventuali modifiche organizzative e dei rapporti di lavoro.

Come già evidenziato, la procedura prevista dal codice della crisi è residuale e deve essere attivata solo per quelle modifiche per le quali non siano previsti dalla legge o dai contratti collettivi specifici obblighi informativi.

Se nel corso della procedura di negoziazione assistita della crisi dovesse essere previsto un trasferimento di azienda, l'art. 12 del codice della crisi alla lettera d) stabilisce l'integrale applicazione dell'art. 2112 codice civile, con esclusione della deroga prevista dal comma V dell'art. 47 della legge 480/90, in quanto non si tratta di una procedura con finalità liquidatorie.

L'art. 22 del codice della crisi prevede alla lettera d) che il trasferimento di azienda nell'ambito della procedura di negoziazione assistita della crisi deve essere autorizzato dal Tribunale "dettando le misure ritenute opportune tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti" e per il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente.

Di certo questo intervento autorizzatorio influenzerà la trattativa di consultazione sindacale in caso di trasferimento di azienda, in quanto determinerà, assieme al parere dell'esperto, un ulteriore limite esterno alla discrezionalità dell'imprenditore, che prima di concludere un accordo con il sindacato si assicurerà l'approvazione da parte dell'esperto per evitare peraltro intoppi nella fase di approvazione da parte del Tribunale .

Il ruolo dell'esperto e il rapporto con il sindacato

Dal quadro della riforma emergono diverse e rilevanti modifiche del nostro ordinamento che richiedono certamente, come già detto, un cambiamento delle relazioni sindacali e un loro innalzamento di livello di confronto. Da una parte il sindacato dovrà fare buon uso dell'ampliamento delle

informazioni a cui poter accedere, ad esempio elaborando articolate e concrete proposte alternative per la soluzione delle crisi che contengano gli effetti negativi sui rapporti di lavoro e le ricadute sull'occupazione.

Peraltro il confronto sindacale dovrà tenersi anche con l'esperto che affianca l'imprenditore e l'art. 21 del codice della crisi sancisce che l'imprenditore conserva la gestione dell'impresa ed è affiancato dall'esperto che ai sensi del comma III della norma citata, ha un potere di dissenso su eventuali atti di straordinaria amministrazione dell'imprenditore.

Francamente non è chiaro quale sia l'effetto dell'eventuale dissenso dell'esperto, di certo rafforza il ruolo di quest'ultimo nelle trattative sindacali a cui parteciperà e il sindacato dovrà tenerne conto e soprattutto considerare che con l'esperto sarà soprattutto un confronto tecnico e quindi dovrà essere in grado di convincere anche il professionista, oltre che l'imprenditore, della efficacia della proposta sindacale per la soluzione della crisi.

Dal canto suo l'imprenditore, che ha una naturale tendenza ad omettere parte delle informazioni riguardo la situazione aziendale, dovrà, nel pieno rispetto degli obblighi di informativa, non solo consentire l'accesso ai dati e alla documentazione, ma assumere un atteggiamento di apertura alla partecipazione del sindacato alle decisioni aziendali.

Ciò al fine di adottare le soluzioni necessarie per garantire la prosecuzione dell'impresa e dei rapporti di lavoro con "il contemperamento degli interessi dell'impresa con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, nel rispetto dei reciproci diritti ed obblighi" (art. 1 D. Lgs. 6.2.2007 n. 25).

La cassa integrazione e il nuovo assetto della consultazione sindacale

Di fatto la recente riforma degli armonizzatori non ha modificato la procedura di consultazione sindacale, riguardo i termini e le modalità, se non il fatto di aver previsto la possibilità del confronto per via telematica, ma il nuovo assetto delle relazioni sindacali certamente modificherà anche la consultazione per gli ammortizzatori sociali, che, diciamoci la verità, spesso era solamente un rito formale e privo di efficacia, se non per le clausole sulla rotazione.

Con la riforma, così come contestualizzata, il confronto e le procedura di avvio degli ammortizzatori sociali si svilupperanno su attente analisi delle cause della crisi, delle eventuali responsabilità e sulla tenuta delle soluzioni proposte dall'imprenditore e sulla coerenza ed essenzialità delle ricadute occupazionali.

Gli ammortizzatori sociali verranno utilizzati anche nell'ambito delle procedure di negoziazione assistita della crisi, conseguentemente l'accordo

di cassa integrazione dovrà essere coordinato con il progetto di risanamento proposto nell'ambito della procedura e richiederà alle parti sociali una profonda conoscenza della ragioni specifiche della crisi.

In particolare il coinvolgimento del sindacato non si esaurirà nella fase di avvio e della stipulazione dell'accordo, ma si svilupperà, più di prima, per tutto il tempo della vigenza dell'ammortizzatore sociale, ciò proprio per una continua verifica del rispetto dell'accordo ed in particolare della clausola di rotazione, ma anche per verificare che l'imprenditore rispetti quanto previsto dal programma di riorganizzazione o di risanamento. Adesso il sindacato, avendo la possibilità di accedere alle informazioni e di confrontarsi con l'imprenditore, potrà rilevare tempestivamente gli eventuali inadempimenti e, in situazioni ancora più gravi, procedere anche ad una segnalazione all'Ispettorato del Lavoro per le verifiche finalizzate all'accertamento degli impegni aziendali ex art. 25 D.L. 148/15.

Purtroppo, nonostante le varie proposte, la riforma manca della previsione di uno specifico ammortizzatore sociale (come era quello previsto dall'art. 3 della legge 223/91), facilmente utilizzabile nell'ambito delle procedure concorsuali con cessazione, tanto che ancora gli operatori (curatori e consulenti) devono effettuare delle "torsioni" alla procedura per farla rientrare nell'alveo della Cig per cessazione.

Ulteriore novità derivante dalla l. 234 del 2021 è la nuova funzione che viene attribuita agli ammortizzatori sociali, ossia questa sorta di sliding door in cui in cui i lavoratori passano da una situazione di esubero ad una rioccupazione attraverso un percorso formativo, sostenuto dagli ammortizzatori sociali.

Al sindacato ora non compete solo di salvaguardare l'occupazione in senso difensivo, ma anche di operare in un ambito espansivo quale ulteriore modalità per contenere gli esuberanti.

Valutazioni critiche

Di certo la novità della riforma del codice della crisi è una vera e propria privatizzazione della gestione della crisi con la partecipazione attiva dei creditori e quindi del sindacato e richiederà del tempo prima di un suo reale e pieno funzionamento e soprattutto necessita di una evoluzione "anche culturale" da parte degli imprenditori e del sindacato.

E' probabile che vi siano ulteriori aggiustamenti e modifiche legislative per colmare e risolvere le problematiche che nel corso del tempo emergeranno, ma, a parere di scrive, il legislatore dovrà comunque intervenire urgentemente per completare il coordinamento di alcune norme di tutela dei lavoratori con la particolarità della procedura di negoziazione assistita della crisi.

Ad esempio è abbastanza grave, e determinerà sicuramente grosse problematiche, il fatto che non è stata prevista alcuna modifica per sintonizzare l'intervento del fondo di garanzia dell'Inps, con la procedura di negoziazione assistita della crisi.

Intervento che diventa prioritario, perchè anche se l'avvio della procedura non determina la sospensione dell'azione di recupero dei crediti dei lavoratori, non vi è alcuna certezza della loro soddisfazione integrale e quindi è assolutamente necessario che si agevoli la possibilità per i lavoratori di poter accedere alle prestazioni di garanzia previste dal fondo.

Inoltre si auspica che il legislatori ritorni a prevedere in maniera definitiva (e non come misura temporanea) una cassa integrazione specifica in caso di apertura di procedura concorsuale e per cessazione di attività, così come era quella previsto dall'art. 3 della legge 223/91.

Strumento essenziale, per il sostegno del reddito dei lavoratori, per porre in condizione il sindacato di poter meglio gestire le eventuali cessioni di azienda di imprese in procedura concorsuale che, come ben sappiamo, solo raramente prevedono il passaggio integrale di tutti i dipendenti .

L'autore
di questo articolo

BRUNO LAUDI
Avvocato

WORKSHOP4 / CONVEGNO AGI 2022

Cassa integrazione guadagni: riforma ad opera della legge di bilancio 2022 e questioni pratiche

MARIA TERESA SALIMBENI

L'impalcatura della riforma della cassa integrazione di cui alla legge di Bilancio per il 2022 (L. 234/2021) poggia su due pilastri: universalizzazione differenziata del trattamento e proattività del beneficio mediante la creazione di una causale (e di una CIGS derogatoria) per transizione occupazionale.

Gli aspetti salienti della riforma della Cig operata dalla L.234/21

Oggetto di questa relazione sono, innanzitutto, gli aspetti salienti dell'attuata riforma della cassa integrazione guadagni, di cui si intende, sia pur sinteticamente, evidenziare la genesi e la portata. Si tratta non di grandi modifiche ma di cambiamenti che comunque toccano il nucleo centrale dell'istituto: l'ambito di applicazione, le causali, il trattamento economico erogato ai lavoratori. A questo riguardo una considerazione preliminare è indispensabile: mai come in questo caso il percorso legislativo era tracciato. Da un punto di vista politico, in considerazione del totale, e necessario, allineamento del nostro Paese alla posizione assunta dalla UE - a seguito della pandemia da Covid 19 e dell'aggravarsi della crisi climatico-ambientale - e consistente in una marcata spinta verso riforme che, da un lato, contrastassero gli effetti negativi degli avvenuti cambiamenti, dall'altro, ne disvelassero e assecondassero le potenzialità positive in un'ottica, in senso lato, transizionale. Da un punto di vista economico, in ragione degli enormi stanziamenti di risorse da parte dell'Europa in funzione della trasformazione e rinnovamento del tessuto produttivo. Condivisione di obiettivi dell'UE e finanziamenti vincolati alle riforme hanno condizionato il potere legislativo in materia di cassa integrazione guadagni, determinando un forte assoggettamento dell'istituto all'esigenza di produzione di nuovi beni e servizi e di un nuovo modo di lavorare, anche utilizzando nuove fonti energetiche, e, di conseguenza, la funzionalizzazione dell'istituto anche alla riqualificazione delle competenze attuali e alla creazione di nuove.

L'impalcatura della riforma poggia su due pilastri: **universalizzazione differenziata del trattamento e proattività del beneficio** mediante la creazione di una causale (e di una CIGS derogatoria) per transizione occupazionale.

Intorno ai fondamentali obiettivi di estensione della protezione e di transizione occupazionale ruota la gran parte delle innovazioni apportate al d.lgs. 148/2015, ma va segnalata l'importanza anche di altri interventi che mirano a realizzare ulteriori obiettivi, primo fra tutti, la perequazione dei trattamenti di sostegno al reddito dei lavoratori.

Universalizzazione del trattamento

Andando a guardare nello specifico i mutamenti avvenuti, si rileva *in primis*, che la riforma lascia immutata l'impostazione e la struttura del d.lgs. 148/2015 il quale rimane in vigore nella sua interezza: la l. 234/21, opera soltanto degli interventi di revisione e integrazione della materia complessiva, alcuni direttamente su articoli del d.lgs. 148/15, con i quali si prefigura di realizzare, principalmente, una generalizzata, sia pur differenziata, estensione della tutela.

L'espansione dell'intervento si apprezza, dal lato dei lavoratori, per l'ingresso, nel novero dei destinatari del trattamento di integrazione salariale (comprensivo di CIGO e CIGS) dei lavoratori a domicilio (art. 1, co. 1, d.lgs. 148/2015) e di tutti gli apprendisti¹, ma anche per la riduzione del periodo minimo di anzianità lavorativa presso l'unità produttiva che da 90 giorni passa a 30². Nella stessa direzione espansiva opera l'inclusione nel limite minimo di 15 dipendenti (occupati mediamente nel semestre precedente) di: dirigenti, lavoratori a domicilio, apprendisti e tutti i lavoratori che svolgono attività con vincolo di subordinazione sia all'interno sia all'esterno dell'azienda³ compresi i collaboratori etero-organizzati di cui all'art. 2, d.lgs. 81/2015⁴.

L'universalizzazione lato datori di lavoro riguarda soltanto la CIGS (in quanto la previsione dell'art. 10, d. lgs. 148/15, relativa alle imprese destinatarie della CIGO resta invariata), e consiste **nell'estensione del relativo trattamento ai datori di lavoro che abbiano occupato nel semestre precedente più di quindici dipendenti**. La norma di riferimento (art. 20, d.lgs. 148/2015) viene completamente stravolta eliminandosi l'elencazione delle imprese destinatarie del trattamento di integrazione straordinaria e stabilendo che dal 1° gennaio 2022, la disciplina della CIGS si estenderà a tutti i datori di lavoro non coperti dai fondi bilaterali di cui agli artt. 26, 27 e 40 d.lgs. 148/15⁵, che nel semestre precedente abbiano occupato mediamente più di 15 dipendenti. Si può affermare che questa disposizione

-
1. l'art. 2, co. 1, d.lgs. 148/15 considerava soltanto gli assunti con contratto di apprendistato professionalizzante, ora vi rientrano anche: l'apprendistato di alta formazione e ricerca, quello per la qualifica e il diploma professionale, diploma di istruzione secondaria superiore e certificato di specializzazione tecnica superiore.
 2. E' stato modificato l'art. 1, co. 2, d.lgs. 148/15. L'anzianità minima consegue allo svolgimento di 30 gg. di effettivo lavoro, anche se non continuativo (possibile sommatoria) e comprende anche i giorni di sospensione per ferie, festività, infortuni e astensione obbligatoria per maternità.
 3. art. 2-bis, d. lgs. 148/15, aggiunto dalla riforma.
 4. V. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 3 gennaio 2022, punto 5. Resta fermo che si prescinde dalla verifica del numero di dipendenti in caso di: imprese del trasporto aereo e di gestione aeroportuale e società da queste derivate, nonché imprese del settore aeroportuale; partiti e movimenti politici e loro articolazioni (art. 20, co. 3-ter, aggiunto dalla L. 234/21).
 5. L'art. 26, d.lgs. 148/2015, riguarda i Fondi di solidarietà bilaterali destinati ora alle aziende non rientranti nell'ambito di applicazione della CIGO; l'art. 27 d.lgs. 148/15 riguarda i Fondi bilaterali alternativi in cui rientrano le imprese artigiane e le agenzie di somministrazione; analogamente l'art. 40, d.lgs. 148/15 riguarda i Fondi bilaterali territoriali delle province autonome di Trento e Bolzano.

costituisce il fulcro della importante modifica estensiva dell'istituto della CIGS e consente di dare un senso preciso all'espressione «universalizzazione differenziata delle tutele» dal momento che ridefinisce il rapporto di alternatività tra tutela affidata ai trattamenti di integrazione salariale e tutela riservata ai Fondi di solidarietà, destinati, originariamente, a coprire i dipendenti delle aziende escluse, per settore e per numero di dipendenti, dalla fruizione della Cassa. Si tratta delle imprese che non avevano accesso ai trattamenti disciplinati dal Titolo I del d.lgs. 148/2015 (CIGO e CIGS), e che, prima della riforma, se occupanti mediamente più di cinque dipendenti, erano obbligate a costituire Fondi di solidarietà bilaterale per assicurare ai lavoratori, esclusi dall'intervento della Cassa integrazione, un trattamento economico equivalente allorché si verificassero eventi corrispondenti alle cause integrabili. Il precedente sistema, quindi, non soltanto differenziava le modalità della tutela ma lasciava privi di ogni tutela i lavoratori dipendenti da aziende con meno di cinque dipendenti. Nell'attuale sistema derivante dalla riforma *ex lege* 234/2021, la tutela della CIGO è garantita alle imprese elencate nell'art. 10 d.lgs. 148/2015 (rimasto immutato), quella della CIGS a tutti i datori di lavoro, destinatari del trattamento CIGO, occupanti mediamente più di quindici dipendenti⁶. Per le aziende non coperte dalla CIGO e con almeno un lavoratore alle dipendenze, è imposta, la costituzione dei Fondi bilaterali. La tutela si espande, quindi, anche in funzione dell'ampliamento della sfera di operatività dei Fondi bilaterali che sono alternativi alla Cassa Integrazione Guadagni⁷. In caso di mancata adesione ai Fondi bilaterali di solidarietà opera ancora il Fondo di integrazione salariale in funzione residuale, sì da non lasciare privi di tutela i lavoratori in caso di inerzia delle aziende⁸.

Ne risulta un quadro in cui tutti i lavoratori sono tutelati in caso di eventi di riduzione o sospensione dell'attività che il legislatore definisce come cause integrabili, ordinarie e straordinarie, sia pure attraverso l'alternativo

6. Rientrano nel campo di applicazione della CIGS, a prescindere dal numero dei dipendenti, anche le imprese del trasporto aereo e di gestione aeroportuale e società da queste derivate, nonché le imprese del sistema aeroportuale. Vi rientrano anche i partiti e movimenti politici e loro rispettive articolazioni e sezioni territoriali a condizione che risultino iscritti nel registro di cui all'articolo 4, co. 2, del d.l. 28.12.2013 n. 149, conv. in l. 21.02. 2014, n. 13 (art. 20, co. 3-ter, d. lgs.148/2015).

7. La l. 234/21 ha portato da 5 a 1 dipendente il requisito dimensionale minimo per la costituzione di tutti i Fondi bilaterali (art. 1, l. 234/202, commi: 204, che inserisce il co. 7-bis, nell'art. 26, d.lgs. 148/2015; 205, che inserisce il co. 4-bis, nell'art.

27, d.lgs. 148/2015; 212, che inserisce il co. 1-bis nell'art. 4°, d.lgs. 148/2015).

8. In base alla formulazione dell'art. 20, co. 3-bis, d.lgs. 148/2015, che non ricomprende l'art. 29 d.lgs.148/2015 relativo al FIS tra le ipotesi escluse dalla CIGS, quest'ultima si estende anche a tutti i datori di lavoro, con soglia occupazionale superiore a 15, che rientrano nelle tutele del FIS. Considerato che il FIS è un Fondo residuale in cui rientrano le aziende che dovrebbero aderire ai fondi di cui agli artt 26, 27 e 40 d. lgs. 148/2015, se ne deduce che tutti i datori di lavoro con soglia occupazionale superiore a 15, anche quelli tenuti alla costituzione di Fondi bilaterali, possono fruire, alternativamente, della CIGS.

meccanismo previdenziale-assicurativo o solidaristico-assicurativo⁹.

In effetti, l'universalità pura del trattamento CIG, nel senso di spettanza dell'intervento unico per tutte le causali a tutti i lavoratori dipendenti da qualunque azienda, avrebbe di molto semplificato un quadro normativo nel quale, tuttora, si fatica a comprendere la seguente rispettiva competenza delle diverse gestioni: CIG o Fondi bilaterali a seconda dell'appartenenza o meno all'ambito applicativo della CIGO, ma possibilità comunque, per le aziende rientranti nel campo di operatività dei Fondi bilaterali di optare per la CIGS, oltre i 15 dipendenti¹⁰. In più, il trattamento universale indifferenziato avrebbe anche consentito di mettere ordine nella gestione contributiva dell'ammortizzatore sociale, individuando un meccanismo di contribuzione con unica gestione a carico dell'INPS, e con progressione dell'importo delle aliquote contributive in relazione all'aumentare delle dimensioni e/o del reddito dell'azienda. Nonostante l'incompletezza della riforma (o la scelta di differenziazione tra CIG e Fondi bilaterali non più opportuna) si apprezza l'estensione della tutela a tutti i lavoratori e a tutte le aziende anche con un solo dipendente, e quindi l'eliminazione di un'ingiustificata disparità di trattamento non più accettabile¹¹.

Cigs per transizione occupazionale

Le transizioni di cui si occupa la riforma della cassa integrazione guadagni, che qui esaminiamo, sono un concentrato di ottime intenzioni in direzione della ricollocazione dei lavoratori sull'onda della marcata svolta ecologica, digitale ed energetica, contenuta nel PNRR, nonché della rivitalizzazione delle politiche attive del lavoro in conformità alle nuove esigenze¹². Non

9. In ottica di espansione dell'intervento va letta anche la modifica della disciplina del contratto di solidarietà. Si prevede, infatti, che, a partire dal 1° gennaio 2022, è consentita una riduzione media oraria fino all'80% (in luogo dell'attuale 60%) dell'orario giornaliero, settimanale o mensile dei lavoratori interessati, e, per ciascun lavoratore, una riduzione complessiva dell'orario di lavoro fino al 90% (in luogo dell'attuale 70%) nell'arco dell'intero periodo oggetto del contratto di solidarietà (nuovo co. 5 dell'art. 20, d.lgs.148/2015).

10. Critica, nei confronti dell'attribuzione ai Fondi bilaterali di funzioni di previdenza sociale che spetterebbero allo Stato ai sensi dell'art. 38 Cost., S. Renga, *La tutela del reddito: chiave di volta per un mercato del lavoro sostenibile ...*, cit., 39, 81-82, che, parla di «...incapacità di accettare la possibilità che interessi pubblici, quali quelli a una tutela del reddito in costanza di rapporto di lavoro, vengano soddisfatti attraverso strumenti essenzialmente privatistici, quali i fondi negoziali, il cui ruolo

dovrebbe piuttosto essere quello integrativo di una tutela di base», sottolineando, altresì, come anche l'attrazione dei Fondi bilaterali nel sistema pubblico previdenziale leda il principio di universalità e parità delle condizioni di trattamento che devono presiedere all'erogazione dei trattamenti di previdenza sociale, tra cui rientrano le integrazioni salariali ordinarie e straordinarie, e che impone che «...se la situazione di bisogno è meritevole di tutela e rientra nella sfera dell'art. 38, c. 2 della Cost., allora va tutelata, in maniera organica, universale e uniforme dallo Stato».

11. Sul punto: S. Renga, *Un taccuino per la riforma...*, cit., 267 ss.; M. Magnani, *La riforma dagli ammortizzatori sociali*, cit., 5 ss., la quale rileva la non sostenibilità della mancata protezione in favore dei lavoratori autonomi: considerazione estensibile, a maggior ragione ai lavoratori subordinati che prima della riforma erano privi di tutela in caso di sospensione dell'attività produttiva e del reddito.

può non colpire, infatti, la circostanza che, sia la nuova causale CIGS (art. 21, co. 1, lett. a. d.lgs. 148/2015), sia l'accordo di transizione occupazionale (art. 22-ter d.lgs. 148/2015) prevedano la predisposizione di programmi di riqualificazione dei lavoratori che tengano conto delle nuove competenze richieste dalla transizione ecologica e digitale: quindi una transizione che avviene mediante altra più importante a monte. Curioso gioco di parole e di concetti, che allude a un ambizioso programma di rinnovamento del sistema produttivo e di conseguente riqualificazione dei lavoratori in funzione di nuove opportunità di lavoro¹³. Per comprendere come avviene l'intersezione bisogna partire dal contenuto letterale delle norme: il primo intervento nel senso indicato è costituito dalla modifica dell'art. 21 d.lgs. 148/15 in punto di causali, che ha così integrato la causale riorganizzazione: riorganizzazione aziendale **«anche per realizzare processi di transizione individuati e regolati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Ministro dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione»**. Anche il comma 2 dell'art. 21, che riguarda il programma di riorganizzazione, da presentare con la richiesta di CIGS, è stato modificato, prevedendosi che il programma stesso possa contenere un piano di interventi volto, oltre che a fronteggiare

-
12. Sulla relazione tra ricollocamento dei lavoratori e transizione ecologica, tema non ancora approfondito, v: L. Rustico, M. Tiraboschi, *Le prospettive occupazionali della green economy tra mito e realtà*, DRI, 2010, n. 4, Sezione Ricerche: *Le prospettive occupazionali dell'economia verde*, 931-965; R. Kelley, *I lavori verdi possono realizzare la sostenibilità occupazionale?*, *ibidem*, 966-987; E. Gutierrez, *Lavoro e ambiente, le prospettive giuslavoristiche*, *ibidem*, 2016, 3, 679-965; L. Casano, *Ripensare il "sistema" delle politiche attive: l'opportunità (e i rischi) della transizione ecologica*, DRI, 2021, 4, 997 ss.; P. Tomassetti, *Dal carbone al sole. Diritto del lavoro e identità sindacale nella transizione energetica (1800-2050)*, in *Flexicurity e mercati transizionali del lavoro: una nuova stagione per il diritto del mercato del lavoro?*, a cura di S. Ciucciuvino; D. Garofalo, A. Sartori, M. Tiraboschi, A. Troisi, L. Zoppoli, ADAPT, University press, 2021, 258 ss.; A. Sartori, *Transizioni occupazionali e fragilità lavorative: il difficile compito per il diritto del lavoro post-pandemico*, DRI, 2021, 4, 967 ss.
13. Aspetti qualificanti del nuovo sistema di transizione occupazionale attraverso la riqualificazione dei lavoratori sono: il consolidamento del Fondo nuove competenze, istituito presso l'ANPAL dal d.l. 34/2020 conv. in l. 77/2020, il quale finanzia i costi di percorsi formativi effettuati in costanza di rapporto e a seguito di una rimodulazione dell'orario di lavoro; l'istituzione di un "Piano nazionale nuove competenze" nell'ambito della Mission 5 del PNRR; il GOL "Garanzia di occupabilità dei lavoratori", progetto finanziato da un fondo istituito presso il Ministero del lavoro dalla l. di bilancio 2021, che consiste in una presa in carico finalizzata all'inserimento occupazionale, mediante l'erogazione di servizi specifici di politica attiva del lavoro. Sull'aspetto della riqualificazione dei lavoratori in funzione della svolta digitale: D. Garofalo, *Rivoluzione digitale e occupazione: politiche attive e passive*, LG, 2019, 4, 329-349; A. Sartori, *op.cit.*; Sul ruolo della formazione nelle politiche attive del lavoro: M. Napoli, *Le funzioni del sistema dei servizi per l'impiego: il nucleo forte della mediazione tra domanda e offerta di lavoro*, in M. Napoli; A. Occhino, M. Corti, *I servizi per l'impiego*. Art. 2098, c.c., *Comm. Sch.*, Giuffrè, 20109, 56; L. Casano, *Il sistema della formazione continua nel decreto legislativo n. 150/2015*, DRI, 2016, 463 ss. Per una disamina del sistema delle politiche attive del lavoro, così come aggiornato dal d. lgs. 150/2015, v: E. Ghera; D. Garofalo (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016; R. Pessi, G. Sigillò Massara (a cura di), *Ammortizzatori sociali e politiche attive per il lavoro*, Giappichelli, 2017, 127 ss.; L. Valente, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro. Il nuovo quadro della legislazione italiana dopo il d.lgs.14 settembre 2015*, n. 150, Giuffrè, 2016.

le inefficienze gestionali e produttive, a «gestire processi di transizione» e che debba essere finalizzato al recupero occupazionale «anche in termini di riqualificazione professionale e di potenziamento delle competenze». Segue l'individuazione, da parte del decreto ministeriale n. 33 del 22 febbraio 2022,¹⁴ dei criteri per l'elaborazione del suddetto programma, in base ai quali le aziende devono indicare: le azioni dirette alla transizione e riconversione produttiva, che possono essere «...finalizzate anche all'efficientamento energetico...», nonché «...tutti gli investimenti posti in essere per la realizzazione del processo di transizione, indicando specificatamente quelli relativi all'aggiornamento tecnologico e digitale, al rinnovamento e alla sostenibilità ecologica ed energetica e alle straordinarie misure di sicurezza», in più le azioni di recupero occupazionale «...realizzabili prioritariamente attraverso percorsi di formazione diretti alla riqualificazione professionale e al potenziamento delle competenze». Non vi è dubbio, come già osservato, che la novità rappresentata dalla causale transizionale trovi la sua ragion d'essere nel nuovo modello sociale di sviluppo che si fonda sulla digitalizzazione dei processi produttivi e sulla transizione verso un'economia green e più sostenibile, modello che l'Europa ha adottato riversandolo nel Next Generation EU dal quale gli Stati membri attingono le risorse mediante i propri PNRR¹⁵. A ciò si aggiunge il ruolo fondamentale attribuito alla formazione in funzione di riqualificazione professionale finalizzata al passaggio da competenze tradizionali alle nuove competenze green e digitali, nella stessa e/o in altra azienda¹⁶.

Nella stessa direzione dell'introduzione della nuova causale CIGS si colloca l'art. 22-ter inserito nel corpo del d.lgs. 148/2015 dall'art. 1, co. 200, l. 234/21, in base al quale, al fine di sostenere le transizioni occupazionali all'esito dell'intervento straordinario di integrazione salariale di cui alle causali crisi aziendale o riorganizzazione, può essere concesso al datore di lavoro, in deroga ai limiti di durata della CIG, un ulteriore periodo di CIGS per un massimo di 12 mesi. La finalità è quella di favorire il recupero occupazionale dei lavoratori a rischio esubero. Ai fini del riconoscimento di questo ulteriore periodo di CIGS è necessario un accordo da raggiungersi nell'ambito della procedura di cui all'art. 24 d.lgs. 148/15, nel quale siano definite le azioni finalizzate alla rioccupazione o all'autoimpiego, quali formazione e riqualificazione professionale, anche con ricorso ai fondi interprofessionali¹⁷. E' da considerare con estremo favore l'allineamento

14. Il Decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali n. 33/2022, integra e modifica il precedente Decreto n. 94033 del 2016 che indica i criteri per l'approvazione dei programmi di riorganizzazione aziendale e crisi.

15. Sull'argomento: A. Sartori, *Transizioni occupazionali e fragilità lavorative...*, cit., 967 ss.

16. L. Casano, *Ripensare il "sistema" delle politiche attive...*, cit., 997 ss.

della CIGS alle politiche attive del lavoro, così poco “attive” finora nel nostro Paese ma rivalutate dai recenti interventi normativi¹⁸, in particolare quelli che si occupano della formazione cui tanto spazio, e importanza, viene attribuito nel complesso delle riforme elaborate in sede di PNNR¹⁹.

La scelta operata in sede di riforma della CIGS in punto di causali non ha quindi tenuto conto dell'aspetto su cui puntavano i progetti di riforma, miranti, piuttosto, a disarticolare la causale crisi per immettere su binari differenziati le crisi strutturali e quelle meramente occupazionali²⁰, o a reintrodurre la cessazione di attività²¹. Quindi la causale crisi passa in secondo piano a riprova dell'affievolirsi del carattere assistenziale della CIGS a vantaggio di una svolta propulsiva e riorganizzativa per la creazione di un'economia sostenibile. Nella riforma si punta al cambiamento del “che cosa” e del “come” produrre, anziché a una diversa disciplina delle crisi strutturali - che restano coperte, indistintamente, dall'unica causale “crisi aziendale” - nè, tanto meno, alla reintroduzione della causale cessazione²².

Dal piano normativo agli aspetti pratici. L'indicazione dei criteri di scelta dei lavoratori: il grado di specificità richiesto dalla giurisprudenza

Principale oggetto delle vertenze giudiziarie in materia di Cig è, e resta, la procedura, in particolare la carente o insufficiente comunicazione e/o esame congiunto sui criteri di scelta o sulle modalità della rotazione, azionabile anche dai singoli lavoratori, a seguito del consolidato orientamento della Cassazione fondatosi su SU 302/2000.

L'attualità delle questioni vi può essere testimoniata da chi, come me, se

17. Nella logica di promuovere e incentivare azioni di reimpiego, ai datori di lavoro che assumono con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato i lavoratori beneficiari del trattamento di integrazione salariale di cui al nuovo art. 22-ter d.lgs. 148/15 è concesso, per ogni mensilità di retribuzione corrisposta al lavoratore, un incentivo economico mensile pari al 50% dell'ammontare del trattamento di CIGS che sarebbe stato corrisposto al lavoratore.

18. Sui recenti interventi normativi, v. nota 34; sul tema: L. Casano, *op. cit.*, 997 ss.; sulla definizione di politiche attive del lavoro, disciplinate dal d.lgs. 150 del 2015, e sui principali commenti, *idem*, 1001 ss. e note 21, 22, 23, 24.

19. L'insistito richiamo alla riqualificazione e al potenziamento delle competenze, (anche nell'art. 22-ter) nell'ambito della nuova funzione transizionale dell'integrazione salariale, evoca, e integra, una protezione non meramente tutoria, «...bensì ...rivolta

a sostenere il lavoratore nell'arricchimento della propria dotazione di risorse professionali e personali, così da metterlo in condizione di sviluppare appieno la propria personalità sul lavoro e anche di conciliarla il più possibile con le altre sfere della vita», concetto che permea l'idea di lavoro sostenibile propugnata da B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the study of European Labour Law “Massimo D'Antona”, 2020, 11ss., nonché quella “funzione capacitante del diritto del lavoro”, che opera accanto alle tutele inderogabili che riequilibrano la disparità tra datore lavoratore di cui parla M. Magnani, *Sul Manifesto “Per un diritto del lavoro sostenibile”*, DLE, 2020, 3, 2 ss.

20. Progetto Confindustria.

21. Progetto Catalfo.

22. Ipotesi contemplata nell'art.1, commi da 224 a 236, l. 234/2021.

ne occupa da circa trent'anni e ha visto l'evoluzione della giurisprudenza ma anche un assestamento su posizioni che è difficile scalfire ma che possono mutare.

Punto di partenza consolidato è che *“... la verifica della specificità dei criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e delle modalità della rotazione (anche ai fini dell'adeguatezza della comunicazione L. n. 223 del 1991, ex art. 1, comma 7) deve essere condotta con **valutazione in astratto ed ex ante**, e non in concreto ed ex post, **dovendo assolvere sia alla funzione di porre le associazioni sindacali in condizione di contrattare i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere sia a quella di assicurare al lavoratore la previa individuazione di tali criteri e al verificabilità dell'esercizio del potere del datore di lavoro**”*. (Cass. 23/04/2004, n. 7720; Cass. 28/11/2008, n. 28464; Cass. 26/09/2011, n. 19618; da ultimo Cass.18/01/2019, n. 1378).

Ciò posto la Corte di Cassazione afferma *“... la comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale **assolutamente generica in ordine ai criteri in base ai quali pervenire all'individuazione dei dipendenti interessati dalla sospensione, tale da rendere impossibile qualunque valutazione coerente tra il criterio indicato e la selezione dei lavoratori da sospendere, viola l'obbligo di comunicazione previsto dalla L. 23 luglio 1991, n. 223, art. 1, comma 7...**”* (tra le tantissime e, da ultimo: Cass. 11/10/2018, n. 25313; Cass. 15/10/2018, n. 25737).

Quindi la Corte di Cassazione richiede per la dichiarazione di genericità dei criteri, che inficia la procedura e consente la disapplicazione del provvedimento di concessione della cigs, non semplicemente che questi siano vaghi o che in base agli stessi sia difficile la selezione, ma bensì che essi rendano **impossibile la selezione**.

“Impossibile” è un termine assoluto che viene adoperato non a caso dalla Corte, in quanto la stessa mostra, almeno, di essere consapevole del fatto che, in ragione della complessità della materia e della varietà delle situazioni che possono dare origine alla richiesta di cigs, il collegamento tra esigenze della riorganizzazione o crisi e sospensioni dei dipendenti è determinato, nella maggior parte dei casi, da dati tecnico - produttivi che rientrano nella competenza dell'imprenditore la cui azione viene dalla legge sottoposta al controllo dei sindacati presenti in azienda che ben conoscono o sono in grado di comprendere la situazione. Esplicative di tale principio le decisioni che ritengono assolutamente generici e inadeguati criteri basati su *“professionalità”, “fungibilità”, poliprofessionalità”, in assenza di parametri concreti ai quali ancorare la relativa verifica...*” (da ultimo: Cass.15/10/2018, n. 25737); *“... esigenze tecnico organizzative (riferite, nello specifico, a un non meglio precisato “andamento della ristrutturazione e riorganizzazione” nonché ad altrettanto vaghe richieste dei volumi produttivi attuali e necessari al mercato di riferimento)” senza ulteriori indicazioni precise delle posizioni lavorative sulle quali la scelta verrà poi concretamente operata...”*. (Cass. n. 7459/2012).

Le modalità della rotazione: specificazione

Su tali basi si innesta il discorso che vorrei portare alla Vostra attenzione e che riguarda l'indicazione delle modalità della rotazione, quando prevista. Sul punto non può non considerarsi che in questa ipotesi la specificità va valutata diversamente, in quanto ci troviamo in presenza di una situazione scarsamente programmabile e "in divenire", qual è quella della ripresa del servizio durante la cigs, ben diversa dalla situazione "statica" in cui si trovano i lavoratori al momento della collocazione in cigs.

Si vuol dire con questo che l'idoneità dei criteri a verificare la scelta dei dipendenti da far ruotare non può essere misurata sulla base di elementi definiti e immobili - come avviene quando bisogna individuare criteri per sospendere i lavoratori in servizio - bensì su dati che, seppur enunciati in comunicazione o nell'accordo, scontano una necessità indeterminatezza.

Insomma, non è paragonabile, al fine di valutare la specificità dei criteri, la scelta dei lavoratori da richiamare durante la cigs a quella dei lavoratori da sospendere all'inizio sicchè i principi elaborati per la seconda vanno adattati alla prima.

Il principio da ultimo sintetizzato è stato affermato sia in una recente sentenza del Tribunale di Nola n. 3933/2013 Dott. Paolo Landi, sia dalla Corte d'Appello di Napoli, nella sentenza n. 907/2017 in cui si legge: «***Del resto va pienamente condivisa l'opinione del giudice di prime cure laddove ravvisa, visto che la CIGS riguardava tutto il personale e la ripresa del lavoro collegata ad esigenze di mercato collegate a loro volta solo a determinate linee produttive, l'impossibilità di indicare con maggiore precisione i criteri.***»

Ebbene, ciò nonostante, una comunicata modalità di rotazione agganciata a parametri quali le "future e incerte commesse" e la "coerenza delle professionalità con le attività richieste durante la Cigs" viene ritenuta dalla prevalente giurisprudenza di merito generica e, in quanto tale, in grado di determinare la illegittimità delle avvenute sospensioni con diritto dei lavoratori ad ottenere le differenze tra retribuzione integrale e trattamento di Cigs percepito per tutto il periodo dell'avvenuta sospensione.

I Tribunali di primo grado hanno analizzato formule del seguente tipo: "... per il perdurare della negativa situazione e al fine di superare le condizioni di inefficienza presenti nell'ambito delle strutture produttive ... di (omissis) la ...richiederà l'intervento straordinario della Cassa Integrazione Guadagni per riorganizzazione ... per tutti i 635 lavoratori che operano nell'unità organizzativa di ... per un periodo di 24 mesi ... Si precisa che tale programma di Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria potrà, nel corso del periodo richiesto di 24 mesi, subire modificazioni, avuto riguardo ***all'andamento delle richieste di fornitura da parte degli stabilimenti clienti, comportando la possibilità di periodi di attività dello stabilimento a livello giornaliero e/o settimanale.*** Anche in tal caso, per quanto concerne i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere, si precisa che saranno interessate alla CIGS tutte le qualifiche

professionali presenti in azienda e che la stessa nel rispetto delle mansioni e delle stesse qualifiche professionali fungibili nonché delle esigenze tecnico organizzative e produttive effettuerà la rotazione plurimensile tra i lavoratori sospesi”.

E hanno ritenuto che: “E’ evidente il riferimento alla possibilità di rotazione, avuto riguardo alle “esigenze tecnico organizzative e produttive”, e tenuto conto delle “mansioni e della fungibilità dei singoli lavoratori. Tali termini non rendono però affatto chiaro quali siano stati i criteri in base ai quali sono state individuate le modalità della rotazione tra tutto il personale dipendente: come è stato già affermato “il semplice richiamo a tali categorie generali, non riempito di alcun contenuto concreto come l’indicazione espressa di un parametro concreto a cui ancorare le stessenon assolve, come si è detto, all’onere di comunicazione, incombente sul datore di lavoro, ai sensi dagli artt. 1, comma 7, L. 223/91, 5, commi 4, 5 e 6, L. 164/75 e 2 D.P.R. 218/00”

Non è, quindi, possibile comprendere quali fossero i criteri di rotazione e le concrete modalità applicative, atti ad identificare in maniera chiara ed univoca i profili professionali che sarebbero stati oggetto di rotazione ed i criteri di operatività della rotazione stessa e, quindi, consentire la verifica della corrispondenza della scelta ai criteri”, laddove, come si è già detto, “un criterio di scelta generico non è effettivamente tale, ma esprime soltanto un generico indirizzo di scelta” (v. Cass. n. 7720/2004). (...).

Ne consegue che il datore di lavoro si è riservato la facoltà di prevedere delle modalità di rotazione tra i lavoratori sospesi, omettendo, tuttavia, di chiarire ex ante in base a quali obiettivi e trasparenti criteri ciò dovesse avvenire.

Lampante che il meccanismo di individuazione dei lavoratori da richiamare in servizio, mediante il riferimento alle mansioni ed alle qualifiche professionali “fungibili nonché delle esigenze tecnico organizzative e produttive”, senza chiarire in che termini dovesse intendersi detta “fungibilità” e quali fossero le “esigenze aziendali”, fosse totalmente discrezionale.

È pur vero che la legge non pone a carico del datore di lavoro una rigorosa predeterminazione delle modalità di rotazione con riferimento alla posizione di ciascun dipendente. E’, però, richiesto da parte dell’azienda, quantomeno uno “sforzo organizzativo” diretto a consentire la determinabilità dei criteri della rotazione, mediante il riferimento espresso ad elementi oggettivi esterni, idonei a evitare che la scelta dei lavoratori da richiamare in servizio sia rimessa alla mera volontà datoriale.”

Non è, quindi, possibile comprendere quali fossero i criteri di rotazione e le concrete modalità applicative, atti ad identificare in maniera chiara ed univoca i profili professionali che sarebbero stati oggetto di rotazione ed i criteri di operatività della rotazione stessa e, quindi, consentire la verifica della corrispondenza della scelta ai criteri”, laddove, come si è già detto, “un criterio

di scelta generico non è effettivamente tale, ma esprime soltanto un generico indirizzo di scelta” (v. Cass. n. 7720/2004). (...) (Trib. Napoli, sentenza n. 4053/2021 emessa in data 17 giugno 2021).

Un'impostazione di tal genere appare totalmente avulsa da quella concretezza cui, a parere di chi scrive, deve essere improntato il giudizio sulla esaustività delle comunicazioni al sindacato nelle procedure di Cigs.

Soprattutto quando la sospensione investe **l'intera forza lavoro** impiegata, e quindi **nessuna scelta iniziale può essere effettuata dal datore di lavoro**, l'azienda non può che indicare il criterio della rotazione del personale, e le modalità sottese alla stessa, **condizionando l'alternanza dei lavoratori alle future esigenze della produzione e/o alle potenziali (e non preventivabili) richieste di lavoro avanzate dalle committenti.**

Non può non evidenziarsi l'errore in cui incorre la giurisprudenza di merito allorchè afferma che le richieste di fornitura da parte dei clienti, che possono comportare la possibilità di periodi di attività dell'azienda a livello giornaliero e/o settimanale, associate alle qualifiche professionali presenti in azienda, nonché le esigenze tecnico - organizzative sono indicazioni non specifiche per individuare le modalità di una eventuale futura rotazione. La non contestualizzazione dell'affermazione ne costituisce il punto debole. Non può difatti non tenersi in conto, nel valutare la correttezza delle informazioni rese in ambito di procedure CIGS, della tipologia del criterio e del tipo di operatività che si prevede per lo stesso.

Va altresì rimarcato che **l'istituto della rotazione** è previsto anche in relazione alle **sopravvenute necessità di lavoro**, che possono **giovare ai lavoratori** in quanto gli stessi, se richiamati in azienda in funzione di tali esigenze, si vedono corrispondere per i giorni di lavoro, l'integrale retribuzione. Negare la legittimità e possibilità di un tale criterio metterebbe in seria difficoltà l'azienda in caso di emergenze sopravvenute durante la sospensione, ma si ritorcerebbe anche contro i dipendenti che non avrebbero l'opportunità di integrare, anche solo per alcuni giorni, l'indennità di CIGS.

In ogni caso, un recente orientamento giurisprudenziale, che si ritiene debba essere avallato, afferma che la specificità delle modalità della rotazione non può andare oltre il prevedibile da parte del datore di lavoro, sicchè la rotazione è legittimamente affrontata anche allorchè le parti prevedano che, in caso di ripresa dell'attività, sia richiamato al lavoro il *“personale occorrente addetto e collegato alle lavorazioni interessate”* e/o che siano previste riunioni cadenzate con le RSU per verificare le sussistenza delle condizioni per la rotazione in accordo con i principi di legge, in relazione alle esigenze tecnico-organizzative e produttive. Si veda **Corte d'Appello di Torino, n. 782/2015**: *“quanto alla problematica relativa alle lamentate carenze della comunicazione iniziale, si rileva che nella stessa si dava atto che la sospensione avrebbe riguardato tutti gli 813 lavoratori della*

Stabilimento di Mirafiori Presse (operai, impiegati e quadri) per 12 mesi dal 16.5.2011 e che il programma di CIGS avrebbe potuto subire modificazioni, avuto riguardo all'andamento delle richieste del mercato e dei volumi di fornitura richiesti dagli stabilimenti di carrozzeria clienti (con possibilità di periodi di attività dello stabilimento a livello giornaliero e/o settimanale e con richiamo al lavoro, per il periodo necessario, del personale occorrente addetto e collegato alle lavorazioni interessate); contestualmente FGA si dichiarava disponibile ad esaminare con OO.SS. ed RSU le modalità di rotazione tra il personale sospeso, sulla base delle esigenze tecnico-organizzative e produttive, qualora, in relazione all'andamento del mercato e dei volumi di fornitura richiesti, non fossero praticabili modalità di temporaneo richiamo al lavoro di tutto il personale contemporaneamente.

Tale comunicazione, alla luce del fatto che prevedeva sostanzialmente la sospensione dell'attività dello stabilimento per 12 mesi con sospensione in CIGS di tutti i lavoratori dello stabilimento, non pare lacunosa ed affetta da genericità nel non prevedere, in quel momento, i criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione (e nel non indicare i motivi della eventuale scelta di non adottare meccanismi di rotazione tra lavoratori espletanti la medesima mansione), rinviando ad un momento successivo l'individuazione concordata (con OO.SS. ed RSU) di tali criteri per il caso in cui, per alcuni giorni o settimane, l'attività potesse essere ripresa per rispondere a richieste di mercato” (allegata all'appello, doc. 4).

La sentenza della Corte d'Appello di Torino è stata confermata da Cassazione n. 3487 del 12.02.2020, la quale sul punto afferma: *“il quarto motivo non è fondato avendo, la Corte territoriale, applicato i principi statuiti da questa Corte in base ai quali la verifica dell'adeguatezza della comunicazione della L. n. 223 del 1991, ex art. 1, comma 7 - sotto il profilo della specificità dei criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e delle modalità della rotazione - deve essere condotta con valutazione in astratto ed “ex ante” (Cass. n. 25737 del 2018) e deve essere tale da rendere possibile una valutazione coerente tra il criterio indicato e la selezione dei lavoratori da sospendere (ex plurimis, Cass. n. 6841 del 2010, Cass. n. 7459 del 2012); nel caso di specie, la Corte territoriale ha verificato che la comunicazione di apertura della procedura di trattamento di integrazione salariale (e il successivo accordo sindacale) era sufficientemente specifica in quanto riguardava, da una parte, tutti gli 813 dipendenti dello stabilimento e, dall'altra, prevedeva, inoltre, che, durante l'anno di sospensione, qualora vi fosse stata la possibilità per l'azienda di richiamare in servizio i lavoratori sospesi - secondo esigenze a quel momento future ed incerti - ciò sarebbe avvenuto con riferimento al “personale occorrente addetto e collegato alle lavorazioni interessate” secondo, dunque, un criterio di equa rotazione e di “equilibrata distribuzione” delle giornate lavorate tra tutti i dipendenti...”*

Inoltre, specificità non significa certo possibilità di sapere se si sarà richiamati o meno in servizio, ma semplicemente sapere a che cosa si aggancerà il meccanismo della rotazione. Significa avere dei parametri di riferimento che consentano prevedere *ex ante come in futuro si comporterà l'azienda allorchè si verificheranno le circostanze, più o meno prevedibili*, per il richiamo durante la CIGS. Questo è il senso della richiesta, dalla legge, “**indicazione delle modalità della rotazione**”, che non sono criteri di scelta da applicare nell'immediato, ma previsione di indicatori che guideranno il richiamo e l'alternanza dei lavoratori durante la CIGS, se e qualora se ne presenti la necessità. A conferma di quanto sopra si veda anche un recente orientamento ben espresso nella sentenza della **Corte d'Appello di Torino, n. 773/2013** (una, di un filone di sentenze riguardanti una procedura di CIGS con sospensione di tutti i lavoratori e previsione di eventuale futura rotazione degli stessi): “... nel fissare il principio secondo cui devono essere esplicitate le “*modalità della rotazione*”, l'art. 1, 7° comma, della L. 223/1991 non impone che, all'inizio del periodo di cassa integrazione, ciascun lavoratore sia messo in grado di sapere quando e in quali giorni sarà richiamato in servizio oppure sospeso dal lavoro, ma vuole soltanto assicurare che il sacrificio imposto alle maestranze sia distribuito in modo proporzionato ed equilibrato sui lavoratori coinvolti; è quindi irrilevante che la decisione di quando (cioè in quali giorni) richiamare in servizio un lavoratore sia rimasta nella discrezionalità imprenditoriale, a condizione che la quantità delle giornate lavorative disponibili sia distribuita in maniera equilibrata tra tutti i dipendenti.”

Il diverso profilo della violazione del criterio della rotazione

Aspetto non meno rilevante è quello della violazione del criterio della rotazione, ben diverso dalla violazione procedurale. Violazione del criterio che non ne mette in discussione la determinatezza ma l'uso che ne è stato fatto. In questa diversa ipotesi la dimostrazione dell'avvenuta violazione deve basarsi su una comparazione con le altre sospensioni che corrobori **l'illegittimità, per difetto, del numero di giornate di sospensione in relazione a quanto avvenuto ad altri colleghi in posizione assimilabile.**

La giurisprudenza ritiene che qualora ci si voglia dolere di un rientro sì avvenuto, ma quantitativamente insufficiente, si debbano allegare e provare, in base al principio di cui all'art. 2697 c.c., elementi tali da consentire al Giudice adito una valutazione comparativa tra situazioni analoghe alla propria.

Numerosissime sentenze di primo grado che si sono pronunciate in vertenze da me seguite si sono espresse in questi termini: “... **in assenza di allegazioni specifiche in ricorso in merito all'omessa valutazione comparativa dei rientri avvenuti possa esaminarsi una eventuale violazione dei criteri di rotazione in tali periodi, comparazione solo genericamente – e, peraltro, tardivamente – allegata dall'istante. (...) Ebbene, qualora la parte si fosse voluta dolere della circostanza che i rientri erano avvenuti per un**

numero di giorni inferiori rispetto agli altri dipendenti (id est violazione dei criteri di rotazione), avrebbe dovuto allegare nel ricorso introduttivo del presente giudizio il preciso scostamento tra la media della presenza in servizio di altri lavoratori e le giornate dallo stesso effettivamente lavorate. In conclusione, a fronte di generiche allegazioni su tale scostamento non è possibile accertare se, in concreto, l'azienda abbia o meno violato lo "specifico" meccanismo di rotazione previsto nella comunicazione del 2013 e in quelle successive." (...).

L'orientamento fatto proprio dalle sentenze di primo grado primo è pienamente avallato dalla **Corte di Cassazione nella pronuncia n. 31943/2019** in cui si afferma: *«in tema di ricorso alla CIGS, "grava sul lavoratore interessato l'onere della prova del mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, dei principi generali di correttezza e buona fede nella scelta dei lavoratori da sospendere, onde il lavoratore che intenda far valere l'illegittimità della scelta deve non solo provare l'esistenza di diversi criteri di selezione, ma anche dimostrare che la loro applicazione avrebbe comportato la sospensione di altro lavoratore, ovvero che la propria sospensione sia stata determinata da motivi discriminatori" (Cass. n. 3558/1999 e successive numerose conformi).»*. Con tale pronuncia la Cassazione ha confermato una sentenza di appello di rigetto della domanda del lavoratore, che aveva fondato tale decisione sul fatto che *«il lavoratore non avesse formulato alcuna contestazione "in ordine alla mancata (o erronea) applicazione dei criteri individuati dagli accordi collettivi e dall'esame congiunto dinanzi al Ministero ai fini dell'attuazione della Cassa integrazione, in riferimento alle posizioni dei lavoratori interessati"; nè avesse svolto alcuna deduzione "circa eventuali modalità di rotazione dei piloti, in violazione dei criteri stabiliti, effettuate a suo danno" (cfr. ancora p. 14, 2 e 3 capoverso), nè in definitiva avesse articolato alcuna domanda in merito (cfr. p. 15), non essendo ai fini in esame idonea e sufficiente l'indicazione di taluni elementi fattuali disgiunta - come nella fattispecie concreta - dalla considerazione dei criteri attuativi della CIGS, così come definiti in sede di confronto tra le parti sociali, e dall'analisi delle modalità, con le quali tali criteri furono effettivamente applicati»*.

"Ciò posto, con riferimento al primo periodo di sospensione in CIGS (dal 10.07.2011 al 09.07.2013), la comunicazione di avvio della procedura del 15.06.2011 -conformemente all'indirizzo unanimemente già espresso dalla giurisprudenza di merito in atti (v. sentenze del tribunale di Napoli Nord e del Tribunale di Napoli depositate dalla difesa di entrambe le parti) - senz'altro non supera il vaglio di legittimità, attesa la assoluta genericità delle formule adottate che rende del tutto "impossibile" la verificabilità dei criteri indicati, al fine di individuare i criteri per la rotazione dei lavoratori sospesi.

Cessazione di attività e Cigs

Altro profilo di estrema rilevanza pratica è l'uso della Cigs in caso di **accertata cessazione dell'attività produttiva, e/o in alternativa temporanea a un già preordinato licenziamento collettivo di parte del personale.**

Situazioni, si è soliti dire, in antitesi alla funzione della Cigs quale strumento temporaneo di sostegno per imprese destinate a riprendere la normale attività. In realtà è da un po' che questo assunto ha perso valore in considerazione dell'uso che viene fatto dell'ammortizzatore in tutte le situazioni in cui il tempo possa essere un alleato nella ricerca di una soluzione occupazionale per i lavoratori in esubero. In ogni caso la pratica, e la normazione emergenziale – derogatoria, mostrano come la Cigs abbia accompagnato finora le cessazioni di attività e preceda quasi sempre i licenziamenti collettivi. Sicchè direi che il problema non è la coerenza dell'uso con la funzione dell'istituto ma, semmai, la sostenibilità economica dell'intervento e la ripartizione dei costi tra risorse pubbliche e oneri aziendali.

Venendo all'ipotesi cessazione di attività, tutti ricordiamo l'origine dell'art. 44 del D.L. 109/2018 (Decreto Genova), introdotto per volontà del ministro Di Maio che aveva promesso un intervento in soccorso di Bekaert Figline S.p.A. per allungare i tempi della chiusura e per ricercare alternative esterne. Un minimo di presupposti di carattere generale venne introdotto perché si condizionò la concessione alla sussistenza, alternativa, di prospettive concrete di cessione dell'attività cessata, della possibilità di realizzare interventi di reindustrializzazione o di specifici percorsi di politica attiva del lavoro posti in essere dalla Regioni. La Cigs per cessazione di attività prevista originariamente fino al 2020 è stata prorogata fino al 2022, il che vuol dire che questa esperienza è conclusa.

Anche nel settore aereo è stata introdotta un'analogia norma: **l'art. 94 D.L. n. 18/2020**, convertito nella Legge n. 27/2020, come modificato dal D.L. n. 104/2020 che prevede il trattamento straordinario di integrazione salariale in favore delle aziende operanti nel settore aereo, che hanno cessato l'attività produttiva nel corso dell'anno 2020 (ipotesi prevista per Air Italy).

Air Italy, si è trovata in una delle fattispecie previste dall'art. 2447 c.c. in quanto il capitale sociale si era ridotto al di sotto del minimo legale e il socio unico AQA Holding S.p.A. ha deliberato di non ricostituirlo.

Tale situazione ha determinato l'avverarsi della causa di scioglimento della Società ai sensi dell'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.; pertanto la Società è stata posta in liquidazione. A seguito e quale effetto della messa in liquidazione, Air Italy avviava una procedura di licenziamento collettivo ai sensi e per gli effetti degli artt. 4 (comma 2), 5 e 24 (comma 1) della Legge n. 223/1991, riguardante tutti i dipendenti a tempo indeterminato, inclusi i dirigenti.

La procedura di licenziamento collettivo si concludeva - dopo un periodo di sospensione di 5 mesi, imposto dai provvedimenti legislativi emessi in considerazione dell'emergenza epidemiologica legata al COVID 19 - con la sottoscrizione di un accordo sindacale, che prevedeva che al termine del periodo di fruizione del trattamento di integrazione salariale straordinario, nel frattempo reso disponibile per le aziende operanti nel settore del trasporto aereo, sarebbero stati intimati i licenziamenti di tutti i residui dipendenti.

Nello specifico, **il trattamento straordinario di integrazione salariale spettante alle aziende operanti nel settore aereo, che hanno cessato l'attività produttiva nel corso dell'anno 2020**, è stato chiesto, ed ottenuto, dalla Società per 10 mesi (periodo massimo disponibile) con decorrenza dal 1° settembre 2020 e scadenza al 30 giugno 2021.

Infatti non sussistevano le condizioni per accedere ad altri strumenti di integrazione salariale: in particolare, non l'utilizzo della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria generale, escluso in caso di cessazione di attività, per espressa disposizione di legge. Inoltre il ricorso alla CIGS, è ammesso solamente in presenza di causali tipizzate (riorganizzazione aziendale, crisi aziendale e contratto di solidarietà e la misura introdotta, in via temporanea, **dall'art. 44 Decreto Legge 109/2018 (c.d. "Decreto Genova")**), richiedeva l'alternativa presenza delle condizioni sopra esaminate, che non esistevano in qual caso.

Attualmente, non è prevista, oltre il 2022, alcuna ipotesi esplicita di Cigs per cessazione di attività.

Da quest'ultimo punto di vista la direzione intrapresa è, infatti, quella, da un lato, di tenere distinte le ipotesi di CIGS dalle cessazioni di attività, dall'altro, di concepire la chiusura di attività (in presenza di alcuni presupposti numerico/occupazionali), come ipotesi a sé stante cui viene destinata una particolare e complessa disciplina procedurale. Nei fatti, la l. 234/21 non ha prorogato la CIGS per cessazione di attività prevista dal Decreto Genova (art. 44, d.l. 109/2018) ma, nei commi da 224 a 236 dell'art. 1, ha previsto, e regolamentato come fattispecie autonoma, la chiusura di sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo situato nel territorio nazionale con cessazione definitiva della relativa attività e con licenziamento di almeno 50 lavoratori, purchè il datore di lavoro abbia occupato nell'anno precedente (con contratto di lavoro subordinato, inclusi apprendisti dirigenti) mediamente almeno 250 dipendenti. La novità è l'introduzione, per questa ipotesi, di una procedura che si antepone a quella prevista dalla l. 223/91 e che vede come protagonisti, oltre ai Sindacati, le Regioni interessate, i Ministeri del lavoro dello sviluppo economico e l'ANPAL. Tra i passaggi del complesso iter procedurale delineato dalla nuova normativa, si inserisce **la presentazione di un piano contenente le azioni volte a limitare le ricadute occupazionali ed economiche della chiusura, tra**

le quali il ricorso agli ammortizzatori sociali e, in particolare, all'accordo di transizione occupazionale di cui all'art. 22-ter.²³ Una "causale" che ha perso la natura di custode di una determinata, intangibile e statica posizione di lavoro per diventare attivatore di nuove opportunità e di nuove possibilità di impiego delle capacità e competenze del lavoratore sospeso. Si tratta di un aspetto già timidamente introdotto nel 2018²⁴ con il collegamento della CIGS alle politiche attive del lavoro attraverso la stipulazione del contratto di ricollocazione al momento della sospensione, ma allora si concepì un'operazione di mera sommatoria di due istituti che restavano ben distinti tra loro anche se funzionali, una volta usati in combinato, a una nuova occupazione del lavoratore. Quanto di realistico vi sia in un uso della CIGS come traino verso nuova occupazione dipenderà, come sempre, dal funzionamento dei servizi, privati e/o pubblici, di ricollocazione, in pratica dal funzionamento delle politiche attive per il lavoro²⁵.

Possibilità di aprire procedura di CIGS dopo aver iniziato procedura di licenziamento collettivo

Dopo l'apertura di una procedura di licenziamento collettivo, quindi dopo la comunicazione iniziale inviata alle RSA e alle Associazioni di categoria ai sensi dell'art. 4, commi 2 e 3, L. 223/1991, non solo è possibile chiudere la stessa e aprire una procedura di CIG, ma è prassi che le OO.SS. chiedano di fruire di tutti gli ammortizzatori sociali disponibili prima di procedere ai licenziamenti.

Alle aziende che aprono la procedura per una riduzione di personale sarà richiesto sicuramente di utilizzare il CdS o la CIGS, per crisi o per ristrutturazione, nei limiti di durata ancora esistenti. Naturalmente non esiste alcun obbligo per le aziende di percorrere questa strada, anche se il condizionamento sindacale e amministrativo, se si arriva in sede amministrativa (dopo i 45 gg. senza accordo sindacale), è molto forte. Tra l'altro un'azienda che si rifiutasse di sospendere la procedura di licenziamento collettivo, utilizzando previamente la CIGS disponibile,

23. Per un primo commento alla nuova normativa in materia di chiusura di sedi con cessazione di attività, R. Romei, *La nuova procedura in caso di cessazione di una attività produttiva*, RIDL, 2022, 1, p. 29 ss.

24. Si tratta dell'art. 24-bis, inserito nel corpo del d.lgs. 148/2015 dall'art. 1, co., 136, l. 205/17 (legge di bilancio 2018).

25. Sul ritardo nello sviluppo delle politiche attive nel

nostro Paese, v. A. Lassandari, *La tutela immaginaria nel mercato del lavoro: i servizi per l'impiego e le politiche attive*, LD, 2016, 237 ss.; S. Vergari, *Verso il sistema unitario dei servizi per il lavoro.*, RIDL, 2017, 478 ss. 26 L'art. 1, co. 207, l. 234/2022 ha modificato il co. 8 dell'art. 29, d.lgs. 148/2015, portando l'aliquota allo 0,50 % per i datori di lavoro che, nel semestre precedente, abbiano occupato mediamente fino a 5 dipendenti, e allo 0,80% per quelli che ne abbiano occupati più di 5.

potrebbe rischiare un'azione giudiziaria da parte del Sindacato (art. 28 St. lav.) o dei singoli lavoratori licenziati, per violazione della procedura di cui all'art. 4, L. 223/1991: potrebbe, infatti, essere accusata di non avere adottato le misure idonee a porre rimedio alla situazione di eccedenza ed evitare in tutto o in parte il licenziamento collettivo (art. 4, co. 3, L. 223/1991), qualora non motivi adeguatamente le ragioni dell'improcrastinabilità della riduzione di personale.

Questa situazione, assimilabile alla ipotesi prima considerata della cessazione di attività, dimostra come ormai la netta separazione che la L. 223 del 1991 aveva operato tra licenziamento collettivo e Cigs sia un ricordo del passato e che è necessario rivedere la ripartizione dei costi dell'ammortizzatore incrementando il contributo addizionale per le imprese che ne fanno un ampio utilizzo e premiando invece quelle virtuose.

In effetti il nuovo sistema, delineato dalla riforma, non interviene sull'aspetto del finanziamento se non per effettuare alcuni interventi di tipo perequativo, nel solco di quanto prospettato nelle ipotesi di modifica della normativa, ma con minore incisività. Si è infatti lasciato inalterato l'importo dei contributi ordinari, aumentati leggermente soltanto per il Fondo di integrazione salariale²⁶ senza attuare alcuna differenziazione in funzione delle dimensioni aziendali²⁷, accedendosi invece alla proposta (contenuta nei due principali progetti indicati sub 3.) di approntare una riduzione dell'importo in fase di prima applicazione, destinato ad adeguarsi in un definito arco temporale, per quei datori di lavoro che, in forza dell'universalizzazione della tutela, accedono soltanto ora all'integrazione salariale. Poiché tale necessità si è determinata per i datori di lavoro con meno di cinque dipendenti, che sono entrati a pieno titolo nel sistema contributivo del Fondo di integrazione salariale, per costoro il legislatore prevede una riduzione in percentuale dei contributi ordinari a valere soltanto per l'anno 2022.²⁸

La perequazione avviene, invece, in modalità premiante per il contributo addizionale, che si paga in caso di effettivo utilizzo dell'ammortizzatore, per il quale, ferme restando le aliquote già in vigore, è prevista una riduzione, a far data dal 1° gennaio 2025, per i datori che non abbiano fatto

26. L'art. 1, co. 207, l. 234/2022 ha modificato il co. 8 dell'art. 29, d.lgs. 148/2015, portando l'aliquota allo 0,50 % per i datori di lavoro che, nel semestre precedente, abbiano occupato mediamente fino a 5 dipendenti, e allo 0,80% per quelli che ne abbiano occupati più di 5.

27. L'art. 1, co. 198, l. 234/2015, modificando l'art.

20 del d.lgs. 148/2015, ha esteso alle imprese del trasporto aereo e del sistema aeroportuale, nonché a partiti e movimenti politici, i medesimi obblighi contributivi cui soggiacciono i datori di lavoro occupanti mediamente più di 15 dipendenti.

28. Art. 1, commi 219 e 220, l. 234/2022. Sul punto la circolare esplicativa dell'INPS, n.18 dell'1.02.2022.

ricorso, per almeno 24 mesi, ai trattamenti di integrazione salariale²⁹. La riforma ha mantenuto fermo il meccanismo scelto nel 2015, consistente in una imputazione dei maggiori oneri a carico di chi usa l'ammortizzatore, e di conseguenza anche le risorse pubbliche che allo stesso sono destinate, salvo il temporaneo mitigamento degli oneri per i datori nuovi entrati. Di più non era il caso di osare: la redistribuzione degli oneri non poteva sovvertire il sistema attuale fortemente assistito dalla solidarietà generale e imporre costi aggiuntivi alle imprese. Quello che sembra ragionevole è invece, utilizzare a pieno i vantaggi del meccanismo assicurativo che consistono nel condizionamento della prestazione economica al verificarsi dell'evento protetto e a un comportamento specifico del soggetto assicurato beneficiario della prestazione, coincidente con il pagamento dei contributi e con un atteggiamento di meritevolezza, cui dovrà accedere uno stringente potere di controllo volto a reprimere usi illeciti dell'ammortizzatore in ottica di salvaguardia dei soggetti passivi dell'intervento, tra cui il principale è lo Stato.

La conferma della non realizzabilità di un sistema razionale e rigido

La riforma della cassa integrazione non ha dimenticato di adeguarsi alla consuetudine di prevedere e/o prorogare trattamenti derogatori rispetto ai limiti di durata, dimensionali o soggettivi. La modalità è sempre la stessa: si proroga per un certo numero di anni un trattamento di integrazione salariale concesso per situazioni particolari, in funzione della rilevanza sociale della crisi del settore e/o dell'impresa particolare. Viene confermato il comma 1-*bis* dell'art. 5, d.lgs. 148/2015 per i trattamenti di integrazione salariale relativi periodi di sospensione decorrenti dal 1° gennaio 2022. Si tratta di una disposizione che prevede l'esonero contributivo per le imprese del settore di fabbricazione degli elettrodomestici con organico superiore a 4.000 unità e operanti in aree di crisi industriale complessa che ricorrono ai contratti di solidarietà. Sono stati, inoltre, prorogati: per il 2022, l'operatività dell'art. 44, co. 11-*bis*, d.lgs. 148/15 che riguarda l'intervento di massimo 12 mesi, in deroga ai limiti di cui agli artt. 4 e 22, d.lgs. 148/15, per imprese operanti in aree di crisi industriale complessa; per gli anni 2022, 2023 e 2024, l'art. 22-*bis*, d.lgs. 148/2015, per gli anni 2022, 2023 e 2024, che

29. In base all'art. 1, co. 195, l. 234/2015, che ha inserito all'art. 5, d.lgs. 148/2015, dopo il co.1-*bis*, il co. 1-*ter*, la percentuale (ridotta) riduzione è la seguente: 6% sino all'utilizzo di 52 settimane in un quinquennio mobile e 9 % sino a 104 settimane. Oltre le 104

settimane resta il 15%. Resta fermo che non sono tenute al contributo addizionale le imprese: sottoposte a procedura concorsuale; ammesse all'amministrazione straordinaria.

prevede la proroga della CIGS per crisi, riorganizzazione e CdS, in deroga agli artt. 4 e 22 D.Lgs. 148/2015, per le imprese con rilevanza economica strategica che presentino rilevanti problematiche occupazionali. Nell'ambito delle concessioni eccezionali, vi è anche l'introduzione del comma 11-ter nell'art. 44, D.Lgs. 148/15, che autorizza, sempre in deroga agli artt. 4 e 22, D.Lgs. 148/2015, per gli anni 2022 e 2023, il trattamento straordinario di integrazione salariale ai datori di lavoro che si trovino a fronteggiare processi di riorganizzazione e situazioni di particolare difficoltà economica, per un massimo di 52 settimane. Non è stata prorogata, invece, come già detto, nella Legge di bilancio 2022, la CIGS per cessazione di attività prevista dal Decreto Genova (D.L. 109/2018).

Come si evince dai provvedimenti citati, la perseguita, e attuata, universalizzazione dei trattamenti non ha eliminato un uso “sregolato” della Cassa integrazione che, nonostante le diverse intenzioni dichiarate, viene sempre piegata a situazioni contingenti, derogata o prorogata oltre i limiti temporali prestabiliti³⁰. Sarebbe opportuno quindi, ad avviso di chi scrive, superare definitivamente la retorica della rigorosa funzione di temporaneo sostegno volto a ripristinare la situazione di partenza, e prendere invece consapevolezza dell'immanenza, nell'istituto, dell'opposta caratteristica della flessibilità e duttilità, molto più consona a un ammortizzatore destinato a contrastare le asperità delle crisi aziendali e occupazionali con tutte le possibili performances enucleabili dalla sua struttura basica definita dall'ordinamento. Ipocrite appaiono l'abrogazione della CIGS per cessazione di attività, la fissazione di un limite temporale inderogabile e anche la fissazione di rigidi criteri di valutazione dei programmi di crisi aziendale.

Questi profili che attengono alla struttura portante dell'istituto restano in discussione nonostante la riforma, e lasciano ancora attuale l'immagine del “cantiere sempre aperto” evocata nel 2014³¹, pienamente raffigurativa di una realtà refrattaria a qualunque sistematizzazione. Siamo nel 2022, sono trascorsi circa vent'anni da quando quella espressione è stata efficacemente

30. L'apoteosi di questa tendenza è costituita dalla nascita, e sopravvivenza, della cassa integrazione in deroga: lo strumento prende piede dal 2001, e viene formalizzato e generalizzato dalla l. 2 del 2009 e da allora, e per molti anni a venire, consentirà di superare qualsiasi previsione, con riferimento sia alle causali delle integrazioni salariali che all'ambito di applicazione dell'ammortizzatore, come anche alla durata e alla funzione giuridica dell'istituto. Abrogata dalla l. 92/2012 è stata continuamente riproposta e rifinanziata nelle leggi di bilancio quale prodotto della politica dell'emergenza. Sebbene la riforma Renzi, contenuta nel d.lgs. n. 148/2015, avesse buone intenzioni riguardo al ripristino della

temporaneità dell'intervento e alla razionalizzazione della normativa dell'istituto, nella stessa è rimasto in vita un mondo parallelo di ipotesi derogatorie, speciali, settoriali, ben radicato accanto alla disciplina generale degli ammortizzatori sociali. Sulla CIG in deroga, v. D. Garofalo, *Gli ammortizzatori sociali in deroga*, Milano, Ipsosa, 2010; sull'evoluzione dell'istituto e sulla refrattarietà del sistema degli ammortizzatori sociali a essere governati da regole e principi definiti, S. Renga, *op. ult. cit.*, 35 ss.

31. F. Liso, *Gli ammortizzatori: un cantiere sempre aperto*, RDSS, 2014, 457 ss.

utilizzata, e il cantiere è sempre in attività, al netto di qualche breve pausa che, in ogni caso, non ha mai fatto ritenere a nessuno, tra coloro che siano un minimo interessati al tema, che i lavori fossero cessati.

L'accennata permanente "sregolatezza" dell'istituto sopravvive anche nel rapporto tra le fonti normative: la legislazione in materia non riesce a liberarsi del cappio della normazione secondaria propria e impropria. Non vi è possibilità di esaurire la disciplina dell'istituto in un testo di legge, anche complesso e integrato come il d.lgs. 148/201. La complementarità delle fonti di diverso livello nel sistema regolativo degli ammortizzatori sociali assume connotati del tutto peculiari e anche distorsivi quando la chiarezza del disposto normativo, e le soluzioni interpretative, vengono ricercate, non solo nei decreti ministeriali, ma anche e soprattutto nelle circolari dell'INPS che si attendono con ansia per essere confortati sull'interpretazione cui si è pervenuti subito dopo l'emanazione dell'ultimo provvedimento di legge: l'apparato amministrativo di fatto si surroga al legislatore spesso correggendolo o, anche contraddicendolo³², con una inammissibile violazione del principio della gerarchia delle fonti e con inevitabili ricadute anche sul piano giudiziario laddove le motivazioni delle sentenze spesso³³ devono attingere alle fonti secondarie, anche improprie, per la mancanza di chiarezza del testo di legge.³³

32. Su questo aspetto v. le osservazioni di C. A. Nicolini, *Dalla Causale Covid-19 alle criticità di «sistema» (A proposito di fonti, poteri datoriali e tutela giurisdizionale in materia di integrazioni salariali)*, RDSS, 2021, 307.

33. Anche l'ultima riforma legislativa della CIG,

contenuta nella l. 234/2021, è stata di fatto surclassata dalle Circolari ministeriali e dell'INPS (citate alla n. 18) che hanno fornito dettagli non contenuti nella legge e sulle quali sicuramente si fonderanno futuri pareri legali, ricorsi giudiziari, memorie difensive e sentenze.

**L'autore
di questo articolo**

MARIA TERESA SALIMBENI
Professoressa Associata di
Diritto del Lavoro, Università di
Napoli "Suor Orsola Benincasa",
Avvocata giuslavorista

WORKSHOP4 / CONVEGNO AGI 2022

Il contratto di espansione: uno strumento per il ricambio generazionale nell'ottica dell'innovazione

EMANUELE BARBERIS

Il contratto di espansione, alla luce dei primi casi pratici e salve talune eccezioni, tende a rimanere una prerogativa delle “grandi imprese”, in grado di gestire un complesso iter procedurale e di sostenere i costi, piuttosto ingenti, di gestione dello strumento. Al fine di valutare l’effettiva efficacia dello strumento, sarà quindi necessario comprendere come e se lo stesso riuscirà ad adattarsi a dimensioni aziendali più contenute.

Premesse e sintesi del contenuto del contratto di espansione

Il contratto di espansione è stato introdotto nel 2019 dal c.d. “Decreto Crescita” (art. 26-*quater*, comma 1, D.L. 34/2019 che ha modificato l’art. 41 D.lgs. 148/2015), sostituendo il contratto di solidarietà espansiva, ponendosi come strumento finalizzato a supportare, con più efficacia, procedure di reindustrializzazione, modifiche strutturali degli assetti aziendali e processi di sviluppo tecnologico, con l’intento dichiarato di favorire l’assunzione di nuove professionalità e/o la riqualificazione del personale in forza, svolgendo, di fatto, il duplice ruolo di ammortizzatore sociale e di strumento di rinnovamento delle competenze.

Si tratta di un istituto di natura sperimentale, attuabile attraverso la sottoscrizione di un accordo trilaterale, di natura “gestionale”, tra impresa, sindacato e governo, il cui campo di applicazione è stato gradualmente ampliato: il contratto di espansione, per gli anni 2022 e 2023, è infatti applicabile anche alle imprese (o gruppi di imprese) che impiegano più di 50 dipendenti.

Il contratto di espansione è stato efficacemente definito come uno “*strumento a geometria variabile*”, *permettendo* alle parti di definire interventi che si muovono su diverse direttrici, coniugando, da un lato, l’esigenza di adeguare il *know-how del personale* ai cambiamenti richiesti dall’evoluzione del mercato e dallo sviluppo tecnologico (attraverso la programmazione di piani mirati di assunzioni a tempo indeterminato e l’avvio di programmi di formazione e riqualificazione del personale) e, dall’altro lato, la possibilità di gestire eventuali esuberanti attraverso l’accompagnamento alla pensione dei lavoratori prossimi al raggiungimento dei requisiti di maturazione.

È inoltre possibile, sempre nell’ambito del contratto di espansione, programmare un piano di riduzione dell’orario di lavoro, beneficiando del trattamento di integrazione salariale straordinaria per un periodo massimo di 18 mesi, in deroga ai limiti massimi previsti nel quinquennio mobile ex *artt. 4 e 22 del D.lgs. 148/2015*.

La revisione dell’istituto e la possibilità di strutturare le componenti

sulla base delle effettive esigenze di ciascuna realtà imprenditoriale lo rendono certamente più *appealing rispetto al suo “predecessore”*. Del resto, è noto ai tecnici che il contratto di solidarietà espansiva, pur esistente nel nostro ordinamento sin dagli anni ottanta, ha avuto una scarsissima applicazione pratica.

L'attivazione dello “scivolo pensionistico” ed i relativi costi

L'aspetto che ha destato la maggiore attenzione nei confronti del nuovo strumento risiede nella possibilità di accompagnare alla pensione i lavoratori che si trovino a non più di 60 mesi dal raggiungimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia (avendo maturato il requisito minimo contributivo pari a 20 anni ed il requisito anagrafico, ad oggi pari a 67 anni) o per la pensione anticipata (attualmente, 41 anni e 10 mesi di contribuzione per le donne e 42 anni e 10 mesi per gli uomini).

Il piano di pre-pensionamento richiede la sottoscrizione del contratto di espansione, la raccolta delle adesioni volontarie dei lavoratori alla risoluzione consensuale del loro rapporto di lavoro e l'attivazione di un'apposita procedura telematica istituita dall'INPS.

È evidente che l'attivazione e utilità del contratto di espansione vada valutata considerando anche i costi complessivi dello strumento.

Sotto tale profilo, i lavoratori aderenti allo scivolo pensionistico percepiranno dall'INPS un'indennità mensile di accompagnamento alla pensione, fino al raggiungimento della prima decorrenza utile per la stessa, commisurata al trattamento pensionistico mensile lordo maturato al momento della cessazione del rapporto di lavoro (come calcolata dall'INPS), la cui provvista economica dovrà essere finanziata previamente dal datore di lavoro, mediante rilascio anche di apposita fidejussione bancaria.

Il costo per il datore della citata provvista, ai fini del riconoscimento dell'indennità mensile, viene ridotto di un importo equivalente al valore teorico dell'indennità NASpI che spetterebbe al dipendente.

Lo “sconto” NASpI rappresenta un'importante novità, in quanto assente in fattispecie assimilabili – quali ad esempio in caso di sottoscrizione di un accordo ai sensi dell'art. 4 L. n. 92/2012 (accordo di isopensione) – e spetta nella misura corrispondente alla durata teorica della NASpI (sino ad un massimo di 24 mesi).

In caso di accompagnamento alla pensione anticipata, il datore di lavoro dovrà sostenere anche la contribuzione utile fino al conseguimento del relativo diritto (la cd. “contribuzione correlata”). Anche in questo caso il legislatore ha previsto, quale misura di incentivazione, uno sconto a favore del datore di lavoro, pari alla contribuzione figurativa che sarebbe stata accreditata dall'INPS in caso di accesso al trattamento di disoccupazione.

Per le imprese con un organico superiore a 1.000 unità lavorative che - nell'ambito della realizzazione di progetti di riorganizzazione / ristrutturazione di "grande rilevanza", coerenti con gli *standard di riferimento europei* - si impegnino ad effettuare almeno una assunzione ogni tre lavoratori esodati, è previsto uno "sconto" ulteriore di 12 mesi sui versamenti a loro carico, calcolato sulla base dell'ultima mensilità teorica della prestazione NASpI.

Come si è detto sopra, il contratto di espansione non ruota esclusivamente intorno allo scivolo pensionistico, potendo le parti disciplinare nel medesimo specifici programmi volti a nuove assunzioni, piani di formazione / riqualificazione del personale ovvero riduzioni orarie anche stabili, accompagnate dall'attivazione della cassa integrazione straordinaria per la durata di 18 mesi.

Tale strumento ha, inoltre, il pregio di non "imporre" il contestuale utilizzo di tutte le possibili "direttrici di intervento", come risulta dall'esame dei primi accordi sottoscritti a decorrere dal 2019.

Disamina di alcuni casi pratici

Per comprendere la portata operativa dell'istituto in esame, si propone una disamina di alcuni dei principali "casi pratici" quali ad esempio gli accordi sottoscritti da Tim (accordi del 2 agosto 2019 e del 17 maggio 2021), Eni (accordo del 1° aprile 2021) e Fondazione la Fenice (accordo del 19 agosto 2021).

Nel caso Tim, il contratto di espansione si focalizza sull'implementazione di un piano di assunzione di nuovi profili professionali non esistenti in organico, associato all'avvio di un programma di riqualificazione e formazione, per affrontare un "*significativo processo di riposizionamento strategico e rinnovo tecnologico*". *Nel caso di specie, il predetto processo è stato coniugato con la contestuale fruizione della CIGS a copertura di riduzioni orarie.*

Nel caso Eni, l'accordo prevede l'ingresso di 500 nuove risorse in due diverse fasi e l'accompagnamento alla pensione di un numero (massimo) pari a 900 dipendenti, senza però ricorrere a riduzioni di orario. Con la stipulazione dell'accordo, Eni ha attuato un processo di ricambio finalizzato ad allineare le competenze aziendali alle nuove esigenze del settore energetico, dettate anche dalla transizione ecologica, in linea con i programmi europei in materia.

Infine, nel caso Fondazione La Fenice, è stata previsto un piano di assunzioni di un numero di dipendenti pari a quelli che hanno aderito allo scivolo pensionistico. Tale contratto è, inoltre, l'unico dei menzionati che non presenta, contestualmente al piano di assunzioni ed esodi, un progetto di formazione e riqualificazione dei lavoratori. Nel caso di specie, è evidente che la *ratio principale risiede nella avvertita esigenza di promuovere*

un turnover generazionale in un settore già estremamente specializzato e nel quale l'età media degli addetti è statisticamente elevata (e l'accesso al lavoro dei giovani è limitato).

Conclusioni

Il contratto di espansione presenta sicuramente il vantaggio di fornire uno strumento di gestione dell'esodo del personale con modalità non traumatiche, con l'obiettivo di adeguare le competenze alle nuove esigenze aziendali.

È un fattore positivo per le imprese poter coniugare un piano di accompagnamento alla pensione con nuovi ingressi, riduzioni di orario e/o l'utilizzo della CIGS, ossia misure che fuori dallo schema del contratto di espansione difficilmente potrebbero coesistere.

Per altro verso il contratto di espansione, alla luce dei primi casi pratici e salve talune eccezioni, tende a rimanere una prerogativa delle "grandi imprese", in grado di gestire un complesso *iter procedurale e di sostenere i costi, piuttosto ingenti, di gestione dello strumento.*

Al fine di valutare l'effettiva efficacia dello strumento, sarà quindi necessario comprendere come e se lo stesso riuscirà ad adattarsi a dimensioni aziendali più contenute e se, conseguentemente, in contesti di questo tipo, le imprese promuoveranno piani di riorganizzazione strutturati, che coinvolgono più aree di intervento (e.g. assunzioni, piani di esodo, progetti di formazione e riqualificazione professionale, riduzioni orarie) ovvero ricorreranno al contratto di espansione esclusivamente per la gestione di singoli processi di turnover.

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

La somministrazione di lavoro durante e dopo l'emergenza

GIONATA CAVALLINI

Affrontare il tema degli interventi legislativi che hanno interessato la disciplina della somministrazione di lavoro durante e dopo l'emergenza pandemica comporta la necessità preliminare di tornare con la mente a uno dei periodi più bui della nostra storia recente. Si tratterà quindi dapprima di ripercorrere, senza con ciò volere fare un'opera di archeologia del diritto, le direttrici della disciplina emergenziale, per poi apprezzare quali di tali interventi si siano esauriti, insieme con il progressivo superamento dell'emergenza, e quali invece si siano consolidati fino a fare parte dell'odierna disciplina della somministrazione, che nel frattempo è stata interessata da sommovimenti giurisprudenziali di non trascurabile portata, di cui pure occorre dare conto.

Le direttrici della disciplina emergenziale

Gli eventi che hanno colpito il nostro Paese a partire dal marzo del 2020 hanno avuto un impatto profondo sulla vita, prima ancora che sulla dimensione lavorativa, di tutti.

Per i lavoratori impiegati in regime di somministrazione, per certi versi, la sfida è stata più ardua, posto che la ben nota dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e titolarità dell'organizzazione produttiva entro cui la prestazione lavorativa viene resa complicava notevolmente l'adozione di quelle misure – *in primis* il ricorso agli ammortizzatori sociali – che venivano intanto predisposte in favore del mondo del lavoro dipendente “standard” (per una prospettiva *ex ante* interessanti le considerazioni di Tomassetti, 2020).

In questo contesto, mentre le stesse parti sociali provvedevano subito a introdurre forme di integrazione salariali “speciali” destinate ai lavoratori somministrati, in deroga alle regole generali (il riferimento è all'Accordo 6.3.2020 Assolavoro/Felsa-Nidil-Uiltemp), il legislatore interveniva secondo direttrici di taglio diverso:

- a. prevedendo la compatibilità del ricorso al lavoro somministrato con la fruizione di ammortizzatori sociali, in deroga al divieto di cui all'art. 32 d.lgs. 81/2015 (a partire dall'art. 19-bis d.l. 18/2020 – decreto «Cura Italia»);
- b. riaprendo le maglie della c.d. acausalità – che era stata limitata ai primi 12 mesi dal decreto Dignità – per proroghe e rinnovi dei contratti a termine, anche in regime di somministrazione (a partire dall'art. 93, d.l. 34/2020 – decreto «Rilancio»)

- c. arrivando addirittura a imporre una –discutibile– proroga automatica dei rapporti a termine, anche in regime di somministrazione, per una durata pari ai periodi di eventuale sospensione dell’attività (a partire dall’art. 93, c. 1-bis, d.l. 34/2020). La norma, che imponeva una proroga anche contro l’eventuale volontà di entrambe le parti, è stata fortunatamente presto abrogata.
- d. stabilendo la incomputabilità nel limite massimo di durata dei rapporti a termine intercorsi tra uno stesso lavoratore e uno stesso utilizzatore (art. 19, d.lgs. 81/2015, oggi fissato a 24 mesi) delle (a tempo determinato) svolte da lavoratori in regime di somministrazione purché assunti a tempo indeterminato dall’agenzia di somministrazione (a partire dall’art. 8, d.l. 104/2020 – decreto «Agosto», che è intervenuto direttamente sull’art. 31 del d.lgs. 81/2015).

Vedremo che tra i numerosi interventi della disciplina emergenziale l’unico che è attualmente rimasto in vigore, invero consolidandosi, è quello sub d), evidentemente mosso –nell’intenzione del legislatore– da un favor nei confronti dell’assunzione a tempo indeterminato da parte dell’agenzia di somministrazione.

E infatti, la norma, originariamente introdotta dal d.l. 104/2020 con efficacia limitata al 31 dicembre 2021 è stata più volte prorogata: dapprima al 30 settembre 2022 (dal d.l. 146/2021), quindi al 31 dicembre 2022 (dal d.l. 4/2022) e infine addirittura sino al 30 giugno 2024 (dal d.l. 21/2022, c.d. decreto «Ucraina»).

Senonché una tale “stabilizzazione” di fatto della suddetta previsione pone problemi di non poco conto considerate le indicazioni pervenute dalla Corte di Giustizia.

La temporaneità della somministrazione nella giurisprudenza europea

Come ormai noto, con sentenza del 14 ottobre 2020 resa nel caso C-681/18 la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla compatibilità con la direttiva europea di riferimento (la 2008/104) della disciplina italiana della somministrazione di lavoro vigente dopo la “liberalizzazione” realizzata dal c.d. decreto Poletti, nel 2014, poi codificata nel d.lgs. 81/2015, e prima della “stretta” realizzata dal c.d. decreto Dignità (d.l. 87/2018).

Il Tribunale di Brescia, infatti, in una fattispecie in cui un rapporto – in assenza di vincoli legali, che come detto la disciplina previgente non poneva– era durato 33 mesi ed era stato rinnovato 8 volte e prorogato 17 volte, aveva dubitato della compatibilità con il diritto europeo di una disciplina come quella italiana che allora non prevedeva, in sostanza, alcuna misura che salvaguardasse il carattere “temporaneo” della

somministrazione, autorizzando di fatto una reiterazione sostanzialmente *ad libitum* di missioni successive.

La Corte di Giustizia, dopo avere affermato che la direttiva europea in materia di somministrazione non osta ad una normativa nazionale che non limita il numero di missioni successive e che non subordina la legittimità del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale all'indicazione di causali, precisa che tuttavia l'art. 5, § 5, della direttiva osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale e che non preveda alcuna misura al fine di evitare l'assegnazione ad un medesimo lavoratore tramite agenzia di missioni successive allo scopo di eludere le disposizioni della direttiva 2008/104 nel suo insieme.

L'iter argomentativo della Corte parte dalla considerazione che «*La direttiva 2008/104 è finalizzata anche a far sì che gli SM si adoperino affinché il lavoro tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice non diventi una situazione permanente*» (§ 60, arg. ex art. 6 della direttiva).

Su questa premessa, la Corte osserva che l'art. 5 impone «*di adottare le misure necessarie per impedire gli abusi consistenti nelle successioni di missioni di lavoro tramite agenzia interinale volte ad eludere le disposizioni di tale direttiva*» sicché essa «*osta a che uno SM non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale*» (§ 63).

Pertanto, una somministrazione «*più lunga di quanto possa essere ragionevolmente qualificato come 'temporaneo', ... potrebbe denotare un ricorso abusivo a missioni successive*» (§ 69) e «*missioni successive assegnate al medesimo lavoratore ... eludono l'essenza stessa delle disposizioni della direttiva ... e costituiscono un abuso ... in quanto compromettono l'equilibrio realizzato da tale direttiva tra la flessibilità per i datori di lavoro e la sicurezza per i lavoratori, a discapito di quest'ultima*» (§ 70).

Il tutto con la precisazione che spetta al giudice nazionale un duplice compito:

- › verificare «*se una delle disposizioni della direttiva venga aggirata*» (§ 71);
- › «*applica[re] i metodi di interpretazione .. al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione*» (§ 65).

La sentenza ha fatto molto discutere in dottrina (per tutti, Giubboni 2021) e analoga affermazione della competenza del Giudice nazionale a verificare l'eventuale abusività del ricorso a missioni successive è stata poi ribadita dalla Corte di Giustizia nella successiva sentenza del 17 marzo 2022 (C-232/20), nella quale ha precisato che «*costituisce un ricorso abusivo all'assegnazione di missioni successive a un lavoratore tramite agenzia interinale il rinnovo di tali missioni su uno stesso posto presso un'impresa utilizzatrice per la durata di 55 mesi, nell'ipotesi in cui le missioni successive del medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa*

utilizzatrice conducano a una durata dell'attività, presso quest'ultima impresa, più lunga di quella che può essere ragionevolmente qualificata «temporanea», ... circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare» (§ 63).

Un ragionamento, pure a tratti circolare (della serie: “55 mesi sono troppi se... 55 mesi sono troppi!”), che se da un lato amplifica le incertezze, dall'altro restituisce al Giudice del merito il potere-dovere di verificare, ed eventualmente sanzionare, l'eventuale ricorso abusivo alla somministrazione.

Il recepimento nella giurisprudenza nazionale

Il contenzioso in materia di somministrazione è molto calato negli ultimi anni, rispetto ai tempi in cui il giudizio sulle causali impegnava quotidianamente i tribunali italiani. Pertanto, non è possibile dare conto di un orientamento univoco formatosi a seguito della decisione della Corte di Giustizia.

Vale però la pena di osservare che in alcuni fori le indicazioni della Corte parrebbero essere state recepite: in particolare il Tribunale di Brescia ha provveduto a esaminare le fattispecie in cui veniva dedotta una abusività del ricorso alla somministrazione, arrivando –sulla scorta dei principi generali e in particolare facendo riferimento alla figura della frode alla legge (art. 1344 c.c.)– vuoi a ritenere integrati gli estremi dell'abuso (T. Brescia 19 luglio 2021, n. 38, in riferimento a un rapporto durato 14 anni, sia pure con soluzioni di continuità), vuoi al contrario a escludere la sussistenza del lamentato abuso (T. Brescia 15 novembre 2021, n. 442, in un caso di numerose proroghe e rinnovi ma entro il limite dei 36 mesi).

Da ultimo è intervenuta la Cassazione, che con numerose sentenze di analogo tenore (a partire da Cass. 21 luglio 2022, n. 22861, Piccone, seguita da Cass. 27 luglio 2022, n. 23494 (Ponterio); Cass. 27 luglio 2022, n. 23495 (Amendola); Cass. 27 luglio 2022, n. 23497 (Amendola); Cass. 27 luglio 2022, n. 23499 (Amendola); Cass. 27 luglio 2022, n. 23531 (Ponterio)), ha precisato che la «temporaneità» rappresenta un «*requisito immanente e strutturale del lavoro tramite agenzia interinale*», e che l'obbligo di interpretazione conforme costituisce la «*vera chiave di volta del sistema*», insistendo sulle potenzialità dell'art. 1344 c.c.

In particolare, secondo la Corte, «*Il fatto che il d.lgs. 81/2015 ... non contenga alcuna previsione esplicita sulla durata temporanea del lavoro tramite agenzia interinale non impedisce di considerare tale requisito come implicito ed immanente*».

La Corte precisa inoltre (in un caso in cui i giudici di merito avevano affermato la decadenza dall'impugnazione di tutti i rapporti fuorché l'ultimo, giudicando a questo punto legittimo il rapporto di

somministrazione stante la presenza di un solo contratto di breve durata), che non osta all'accertamento dell'abusività della reiterazione delle missioni il fatto che sia intervenuta la decadenza rispetto ai precedenti rapporti, in quanto «*La vicenda contrattuale insuscettibile di poter costituire fonte di azione diretta Può, invece, rilevare fattualmente ad altri fini: in particolare, come antecedente storico che entra a fare parte di una sequenza di rapporti e che può essere valutato, in via incidentale, dal Giudice*».

Le domande ancora aperte e i tentativi di rispondervi

La stratificazione degli interventi legislativi e giurisprudenziali lasciano però aperti almeno tre ordini di interrogativi.

Il primo è se la nuova disciplina della somministrazione a termine, risultante dalle modifiche apportate dal c.d. decreto Dignità, possa dirsi conforme al diritto europeo. Ad avviso di chi scrive, ma anche di osservatori ben più autorevoli (Giubboni 2021, Ferro 2021), la risposta dovrebbe essere affermativa. In effetti, la previsione, attraverso il rinvio alla disciplina del contratto a termine, di una serie di limiti causali e temporali (sia pure inerenti al rapporto di lavoro somministrato e non alla somministrazione in quanto tale), consente di ritenere che la disciplina preveda (ora) un qualche tipo di apparato anti-abusivo, in ossequio alle indicazioni della Corte di Giustizia.

Il secondo interrogativo che sorge spontaneo è se sia compatibile con il diritto europeo la disciplina italiana dello staff leasing, istituto che evidentemente stride – e non poco – con la tanto decantata “temporaneità” della somministrazione. Sul punto, chi scrive condivide l'approccio dubitativo di una parte della dottrina (Frosecchi 2021), e non trova persuasiva la tesi di chi ritiene che lo *staff leasing* non porrebbe problemi in quanto in quanto esso «*soddisfa comunque l'interesse del lavoratore ad un impiego stabile*» (Giubboni 2021). Insomma, il problema c'è, anche se per alcuni non si pone posto che la direttiva semplicemente dello *staff leasing* non si preoccupa (Calcaterra 2016).

Il terzo interrogativo riguarda la compatibilità con le indicazioni della Corte di Giustizia della (nuova) regola dell'incomputabilità nel limite massimo di durata del rapporto a termine dei rapporti di lavoro (art. 19 d.lgs. 81/2015) delle missioni (a termine) di lavoratori somministrati assunti a tempo indeterminato dall'agenzia, che abbiamo visto essere una previsione “superstite” della disciplina emergenziale (v. oggi l'art. 31 d.lgs. 81/2015, di cui abbiamo detto *supra*). Sul punto, chi scrive ha pochi dubbi che la norma rappresenti una forzatura inammissibile, sia dal punto di vista strettamente tecnico (trattandosi di somministrazione a termine, siamo senz'altro nell'ambito di applicazione della direttiva, sia dal punto

di vista pratico, posto che un'assunzione a tempo indeterminato da parte dell'agenzia può comportare il rischio che lunghi periodi siano coperti non già da effettiva retribuzione, bensì solo dall'indennità di disponibilità, notoriamente inferiore agli standard vigenti in materia retributiva, sicché non coglie nel segno l'argomento per cui il lavoratore avrebbe pur sempre un "posto fosso".

Si tratta in ogni caso di temi complessi, e solo l'esperienza applicativa potrà dare risposte più appaganti di quelle che ha cercato di dare chi scrive.

Bibliografia essenziale

- › L. Calcaterra, *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, RIDL, 2016, 579.
- › A. Ferro, *Liberalizzazione della somministrazione a termine e vincoli europei*, in LLC, 2021.
- › G. Frosecchi, *La temporaneità della somministrazione*, RGL, 2021, 17.
- › S. Giubboni, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti-abusive alla prova del diritto dell'unione europea*, RIDL, 2021, 27.
- › P. Tomassetti, *Emergenza COVID-19 e conseguenze sulla somministrazione di lavoro*, in *Giustizia Civile.com*, 18 marzo 2020.

**L'autore
di questo articolo**

GIONATA CAVALLINI
Avvocato giuslavorista in
Milano

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

Il lavoro a termine dopo la pandemia

DANIELA PALIAGA

Il rapporto tra lavoro a termine e a tempo indeterminato ha costantemente interessato il legislatore italiano, impegnandolo nella continua ricerca di un punto di equilibrio tra le contrastanti esigenze di lavoratori e datori di lavoro.

Il lavoro a termine è uno **strumento prezioso per soddisfare esigenze temporanee** non soltanto di datori di lavoro che abbiano bisogno di un incremento di manodopera soltanto per un certo periodo, ma anche di lavoratori e lavoratrici.

Sicuramente serve ad un giovane che deve pagarsi gli studi o ad un “anziano” a cui manca un anno per la pensione, ma può esservi interessato anche un giovane che si affaccia per la prima volta al mercato del lavoro, per il quale esso, per usare un’espressione del libro verde europeo del 2006, può costituire un “trampolino”.

La possibilità di concordanza di interessi tra lavoratori e datori, però, è essenzialmente teorica.

Non sempre chi è interessato a lavorare a termine ha la professionalità richiesta dai datori interessati ad assumere a termine e, soprattutto, esiste una forte sproporzione tra il numero, comunque limitato, di coloro che hanno interesse a lavorare soltanto per un periodo contenuto e la grande quantità di lavoro temporaneo a cui è invece interessata l’impresa.

In ogni caso ad accedere al lavoro a termine è anche e soprattutto chi, in realtà, sarebbe interessato ad un rapporto di lavoro stabile.

Il lavoro a termine

La domanda di lavoro a termine nel tempo è aumentata considerevolmente a causa di vari **fattori che hanno accresciuto l’interesse degli imprenditori per il lavoro cd flessibile**.

Vi sono, in particolare, il passaggio dalla produzione di massa standard alla produzione a richiesta del mercato con il cd. just in time, che per molti imprenditori rende ordinaria l’esigenza di flessibilità, e la finanziarizzazione delle imprese, che fa della massima riduzione possibile dei costi uno dei principali obiettivi dell’imprenditore.

Un altro fattore importante è costituito dall’andamento delle tutele contro il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato: quanto più quest’ultimo è oneroso, tanto più il datore di lavoro ha interesse ad assumere dipendenti che escono naturalmente dall’azienda, senza necessità di licenziamento né rischio di contenzioso.

Anche **il settore pubblico** è stato caratterizzato da un ricorso massiccio al lavoro a termine in assenza di esigenze effettivamente temporanee.

Le ragioni in questo caso sono essenzialmente legate alla difficoltà, se non impossibilità, di procedere ad assunzioni ordinarie mediante concorso a causa dei limiti di spesa stabiliti dalle leggi finanziarie, spesso sfociati in un vero e proprio blocco delle assunzioni.

È stato così, in particolare, nel settore scolastico in cui, per decenni, il reclutamento del personale per coprire posti vacanti è avvenuto regolarmente sul doppio binario di immissioni in ruolo e, finito il budget a disposizione, di assunzioni a termine.

Sono tutti aspetti che alimentano l'interesse del datore di lavoro a sostituire le assunzioni a tempo indeterminato, almeno in parte, con una successione di contratti a tempo determinato.

La frammentazione della relazione lavorativa che viene così realizzata, tuttavia, presenta numerosi **svantaggi per entrambe le parti contrattuali** che il legislatore italiano ed europeo hanno messo a fuoco da tempo.

Quelli più evidenti riguardano i lavoratori e le lavoratrici, mettendo in pericolo quell'esistenza libera e dignitosa che è tutelata dall'articolo 36 della Costituzione.

Sono innanzi tutto aspetti economici, come l'azzeramento, ad ogni assunzione, dell'anzianità e di tutti i suoi riflessi economici e la grave difficoltà a fare programmi di vita che comportano spese a medio e lungo termine, come ad esempio mettere al mondo un figlio senza solidi aiuti familiari alle spalle.

Si tratta anche della formazione professionale: per il datore non ha senso formare qualcuno che potrebbe andarsene, magari a rendere la sua prestazione ad altri concorrenti, e così il lavoratore torna sul mercato senza aver arricchito il suo bagaglio professionale.

C'è poi l'inevitabile *metus* che scaturisce dalla consapevolezza che la prosecuzione del rapporto lavorativo dipende sostanzialmente dal gradimento del datore di lavoro, *metus* non diverso da quello del lavoratore a tempo indeterminato privo di tutela reale che la Corte Costituzionale ha ritenuto idoneo a giustificare la sospensione della prescrizione che influenza l'esercizio dei diritti e pregiudica anche alcune scelte fondamentali della vita personale. Quante dipendenti a termine hanno il coraggio di programmare una gravidanza?

Il turn-over dei dipendenti ha effetti negativi anche per il datore di lavoro, costringendolo a ripartire ogni volta da zero, o quasi, nella formazione tecnico professionale, nella trasmissione delle informazioni specifiche sul lavoro aziendale, indispensabile anche per il dipendente già esperto, e nell'impostazione di un rapporto di reciproca fiducia.

Sono queste le principali ragioni che, nell'ultimo secolo, hanno orientato in termini di **regola-eccezione il rapporto tra lavoro a tempo indeterminato e determinato** a livello sia interno sia europeo.

Alcuni cenni storici

In Italia tutto comincia negli anni Venti del ventesimo secolo.

Nel codice di derivazione napoleonica del 1865, in cui il contratto di lavoro subordinato è una specie del contratto di locazione (la *locatio operarum*), la preoccupazione principale era ancora quella di garantire la libertà dai vincoli perpetui e dunque la preferenza va al lavoro a termine. L'art. 1628, infatti, prevedeva che «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per un determinata impresa», pena l'invalidità assoluta del contratto.

La situazione successivamente si ribalta sotto la spinta del sistema industriale, che sviluppa l'esigenza di continuità della forza lavoro più specializzata.

Una prima risposta, ancora nel vigore del codice Pisanelli, arriva dalla giurisprudenza dei probiviri che, di fatto, ammette il rapporto a tempo indeterminato introducendo la libera recedibilità con obbligo di preavviso.

Il R.D.L. n. 1825/1924 - Disposizioni relative al contratto d'impiego privato - abbraccia questa impostazione e anzi, valorizzando l'interesse di entrambe le parti contrattuali ad un rapporto duraturo, fa del rapporto di lavoro a tempo indeterminato la regola. Afferma infatti per la prima volta che le assunzioni sono «normalmente a tempo indeterminato» e che il contratto «può anche essere fatto con prefissione di un termine», imponendo in questo caso la forma scritta e stabilendo che sono comunque applicabili le disposizioni «che presuppongono il contratto a tempo indeterminato, quando l'aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del rapporto ed apparisca invece fatta per eludere le disposizioni del decreto».

Da allora tutti i testi normativi successivi riprendono l'idea di un rapporto regola – eccezione, seppure con forme espressive leggermente diverse.

Il codice civile del 1942 e, poi, la legge n. 230/1962 usano l'espressione «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato», mentre l'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE usa l'espressione «forma comune», che verrà poi ripresa dal dlvo n. 81/2015.

Nella sua prima versione il d.lvo n. 368/2001 non si preoccupa di riaffermare espressamente il rapporto regola – eccezione tra tempo indeterminato e tempo determinato. I dubbi che ne scaturiscono vengono sciolti dalla giurisprudenza – secondo cui non è in discussione «il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo, pur sempre, l'apposizione del termine una ipotesi derogatoria rispetto a tale principio, anche in presenza di un sistema imperniato sulla previsione di una clausola generale («ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo» (Cass. 21 maggio 2008, n.

12985 e Cass. 27 aprile 2010, n. 10033) – e poi definitivamente eliminati dalla legge n. 247/2007, che introduce nell'art. 1 il comma 01, in base al quale «*il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*».

Il filo conduttore di tutti gli interventi legislativi succedutisi sul lavoro a termine è costituito dal tentativo di mettere a punto questo rapporto regola – eccezione, in modo da evitare l'abuso del contratto a termine.

Buona parte degli strumenti a cui il legislatore italiano ha fatto mano mano ricorso per realizzare l'obiettivo e tutelare gli interessi dei lavoratori vengono alla luce già con la legge n. 230/1962, che domina indisturbata la scena per i successivi quarant'anni.

La causale giustificativa è uno dei più importanti, ma non è l'unico.

Sin dalla legge n. 230/1962 abbiamo anche la previsione della trasformazione in rapporto a tempo indeterminato sin dall'inizio in caso di prosecuzione del lavoro oltre la scadenza, che poi il d.lvo n. 368/2001 tempera con la previsione di un periodo di tolleranza in cui il rapporto non si converte ancora a tempo indeterminato ed è dovuta solo una maggiorazione della retribuzione; la limitazione al numero delle proroghe, che nel corso del tempo verrà variamente accompagnata dalla richiesta di una causale; la prescrizione di intervalli minimi per i rinnovi, la cui violazione determina la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, che negli interventi normativi successivi subiscono modifiche quantitative; la necessaria forma scritta a pena di inefficacia del termine, che il d.lvo n. 368/2001 estende alle ragioni giustificative; l'espressa attribuzione al datore di lavoro dell'onere della prova in merito alle causali giustificative; la prescrizione della parità di trattamento, che sarà poi uno dei due obiettivi fondamentali dell'accordo quadro europeo del 1999.

Un'ulteriore misura che ha assunto un ruolo determinante negli ultimi quindici anni – spesso complementare ma, in un certo periodo, addirittura alternativo alla causale - è costituita dall'imposizione di un tetto massimo alla durata della relazione a termine tra le stesse parti suggerita dalla direttiva 1999/70/CE.

L'interesse dell'Europa per il tema del lavoro flessibile viene risvegliato negli anni '90 dalla constatazione di un forte aumento dei rapporti di lavoro a tempo parziale e/o temporanei e dalla considerevole diversità delle disposizioni legislative, amministrative e di contrattazione collettiva dei vari Stati membri che disciplinano questi rapporti di lavoro e si traduce nell'obiettivo di migliorare anche in questo campo le condizioni di vita e di lavoro, assicurando un livello adeguato di protezione dell'occupazione stabile, ma anche il necessario equilibrio fra flessibilità e sicurezza.

La mancanza di accordo in seno al Consiglio dell'Unione Europea impedisce di giungere direttamente ad una direttiva (l'unica direttiva che viene alla luce è la 91/383/EEC, che estende ai lavoratori aventi un

rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale (le disposizioni della direttiva 89 / 391 /CEE in materia di salute e sicurezza durante il lavoro) e allora la Commissione coinvolge le parti sociali ai sensi dell'accordo sulla politica sociale.

I negoziati delle parti sociali sfociano nel 1996 in un accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, che viene poi attuato dalla Direttiva 97/81/CE del 15 dicembre 1997, e nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 che viene poi recepito dal Consiglio con la **direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999**, che entra in vigore il 10 luglio 1999.

I **due obiettivi** così fatti propri dalla direttiva sono indicati nella clausola 1 dell'accordo.

Il primo è *“migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione”* e viene perseguito affermando che, in mancanza di *“ragioni oggettive”*, i lavoratori a termine non possono essere trattati con condizioni di impiego meno favorevoli di quelle dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, per il solo fatto di avere un contratto a termine.

Il secondo è la *“prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”* - che trova il suo presupposto nell'affermazione del preambolo secondo cui *“i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori”* - e viene perseguito chiedendo agli Stati membri di introdurre una o più delle misure di prevenzione indicate alla clausola 5 e precisamente a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti o rapporti, b) durata massima totale dei contratti o rapporti successivi, c) numero massimo dei relativi rinnovi.

Il legislatore italiano accoglie il suggerimento di cui alla lett. b) solo dopo qualche anno dal recepimento della direttiva, quando la legge n. 247/2007 inserisce nell' art. 5 del dpr 368 il comma 4 bis il quale stabilisce il **limite massimo assoluto di 36 mesi** per la durata di tutti i rapporti a termine tra le stesse parti contrattuali aventi ad oggetto lo svolgimento di mansioni equivalenti, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, individuando due sole eccezioni (modalità protette particolari di stipulazione di un ulteriore contratto o attività stagionali) e rimettendo ai contratti collettivi la facoltà di indicarne altre.

Questa previsione rimarrà sino ai nostri giorni, venendo riprodotta sostanzialmente immutata nell'art. 19 del d.lvo n. 81/2015 e subendo due sole modifiche: la legge Fornero rende computabili anche i periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato; il cd. decreto dignità riduce la durata massima da 36 a 24 mesi.

La causale giustificativa è la misura che, con alti e bassi e salvo un breve intervallo di acausalità pura tra il 2014 ed il 2018, è stata e continua ad essere la principale protagonista della scena italiana.

Il codice civile del 1942 aveva esteso anche agli operai la richiesta del R.D.L. n. 1825/1924 che il termine risultasse dalla *“specialità del rapporto”*, prescrivendo però la forma scritta solo come alternativa. Il risultato insoddisfacente di tale scelta, a distanza di vent’anni, spinge il legislatore ad occuparsi della materia in modo più approfondito.

La legge n. 230/1962 introduce un elenco ristretto e tassativo di ipotesi che giustificano l’apposizione del termine, accomunate dall’assenza di una occasione permanente di lavoro. Il termine può essere apposto *“a) quando ciò sia richiesto dalla speciale natura dell’attività lavorativa derivante dal carattere stagionale della medesima; b) quando l’assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, semprechè nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione; c) quando l’assunzione abbia luogo per l’esecuzione di un’opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale; d) per le lavorazioni a fasi successive che richiedono maestranze diverse, per specializzazioni, da quelle normalmente impiegate e limitatamente alle fasi complementari od integrative per le quali non vi sia continuità di impiego nell’ambito dell’azienda; e) nelle scritture del personale artistico e tecnico della produzione di spettacoli”* (quest’ultima lettera viene modificata poi nel 1977 in *“nelle assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi”*).

Nei quarant’anni seguenti il lavoro a termine è regolato da tale normativa, che è oggetto soltanto di limitati specifici interventi del legislatore di ampliamento delle possibili causali.

Nel 1987 si rompe il monopolio legislativo, quando la legge n. 56/1987 attribuisce ai contratti collettivi la possibilità di individuare ulteriori ipotesi nelle quali poter apporre un termine al contratto di lavoro.

La puntualità delle causali in questione rende relativamente agevole la valutazione della legittimità del termine, riducendola essenzialmente alla verifica dell’esistenza di una situazione di fatto riconducibile ad una di esse. Le principali questioni giuridiche si sviluppano intorno alla causale sostitutiva: la possibilità di usare un termine *“incertus quando”*, la necessità di indicare il nome del sostituito, la possibilità del cd. scorrimento, gli effetti sul rapporto a termine delle vicende lavorative del sostituito (cessazione, rientro anticipato, prosecuzione dell’assenza)...

Nel dare attuazione alla direttiva 1999/70/CE, anche sotto questo profilo il legislatore italiano non coglie subito il suggerimento europeo e conferma la richiesta di una causale giustificativa anche per il primo contratto.

La differenza rispetto alla normativa precedente, però, è sostanziale.

Il **d.lvo n. 368/2001**, infatti, sostituisce il precedente elenco di causali tipiche con una causale generale (il cd. causalone) che fa genericamente riferimento a “*ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*”. Nel 2008 verrà aggiunta la precisazione che le ragioni in questione possono anche essere “*riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro*”.

Con la nuova formula normativa e l'introduzione dell'obbligo di indicare le ragioni nell'atto scritto il contenzioso aumenta e diventa più problematico. Il giudice, infatti, deve innanzi tutto analizzare se l'indicazione delle ragioni nel contratto è sufficientemente specifica e l'esito negativo di tale valutazione è già sufficiente a determinare l'accertamento che il rapporto di lavoro è a tempo indeterminato. Se il contratto passa il vaglio formale, il giudice deve poi verificare l'esistenza nella realtà concreta delle ragioni ivi indicate e, aspetto altrettanto essenziale, accertare il nesso di causa con la singola assunzione.

L'approccio alle causali cambia decisamente negli ultimi dieci anni con la progressiva introduzione nel nostro ordinamento della cd. acausalità del contratto a termine.

Tutto comincia nel 2012, quando il governo italiano riprende la strategia della cd. flexicurity con interventi a favore della flessibilità sia in entrata, sia in uscita sollecitati dall'Europa. La famosa lettera riservata della Banca Centrale Europea che invita ad una revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti e a stabilire un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi, è del 2011.

La legge n. 92/2012 -la **cd. legge Fornero** - introduce la possibilità di stipulare liberamente il primo contratto a termine tra le parti senza necessità di indicarne nel contratto le ragioni e dimostrarne in giudizio la rispondenza ad una fattispecie giustificativa. Viene infatti inserito nell'art. 1 il comma 1 bis che esclude la necessità delle ragioni giustificative di cui al comma 1 nell'ipotesi del “*primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione*”.

Accanto all'acausalità di origine normativa del primo contratto a termine, la legge Fornero introduce anche una acausalità cd. “contrattata”.

Il comma 1 bis – recuperando il modello già utilizzato dal legislatore del 1987 nel vigore della legge n. 230 - attribuisce infatti alla contrattazione collettiva nazionale (che può anche delegarla ai livelli decentrati) la facoltà di sostituire l'ipotesi normativa con altre, comunque riconducibili ad una serie di casi indicati dall'art. 5 e soggette al limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati. Il d.l. n. 76/2013, come conv. dalla legge n. 99/2013, rivede poi tale ipotesi di deroga alla necessità di causale, escludendo le suddette condizioni e facendo semplicemente riferimento

a “ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

Per i contratti successivi continua a servire una causale riconducibile a “ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive”, anche “riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro”. La spinta lungo la strada della acausalità raggiunge il suo culmine con il d.l. n. 34/2014, come conv dalla legge n. 78/2014 che abroga del tutto la necessità della causale concentrando la prevenzione dall’abuso sulla durata massima di trentasei mesi, comprensiva delle proroghe, e sul tetto massimo del 20% di lavoratori a termine per datore di lavoro.

Il **cd. decreto Poletti**, infatti, elimina il comma 1 bis dell’art. 1 del dlvo 368 e riscrive il comma 1, in cui prevede che “È consentita l’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell’articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276” e che, salva la facoltà dei contratti collettivi di prevedere ulteriori limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a termine prevista dall’articolo 10, comma 7 e salve alcune eccezioni, “il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di assunzione”.

L’impostazione viene confermata in occasione del riordino generale della materia dei contratti di lavoro confluito nel **d.lgs. n. 81/2015**: l’art. 1 sancisce che “Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro” e l’art. 19 che “Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi”.

L’introduzione dell’acausalità è una rivoluzione

Quella del primo contratto prevista dalla legge Fornero suscita reazioni contrastanti. Da un lato, viene valorizzata come un fattore di incremento dell’occupazione stabile, perché si tratta di una sorta di periodo di prova in cui il datore di lavoro ha modo di valutare il proprio interesse ad assumere il lavoratore a tempo indeterminato e, dall’altro, si sottolinea che essa favorisce un continuo turnover dei lavoratori con professionalità ridotta, dunque interscambiabili, e li espone ad una situazione di precariato potenzialmente indefinita.

Di certo essa è in linea con le indicazioni europee: la clausola 5, infatti, prevede la misura delle “*ragioni obiettive per la giustificazione*” del termine soltanto per i rinnovi e la questione della sua compatibilità con la clausola di non regresso dell’art. 8 della direttiva 1999/70/CE viene risolta dalla Cassazione facendo riferimento alla decisione della CGUE “*Vino*”, che aveva già fatto salvo l’art. 2 comma 1 bis del d.lvo n. 368/2001 in relazione al settore postale.

Il decreto Poletti ribalta il sistema. Il datore di lavoro può ricorrere al lavoro a termine senza dover dare alcuna spiegazione e la prevenzione dell’abuso è affidata unicamente al limite percentuale e alla durata massima dei 36 mesi.

Nulla impedisce ad un imprenditore, di fatto, di gestire stabilmente a termine una quota importante della sua forza lavoro, con l’unico onere di rinnovare l’organico precario ogni tre anni al massimo. Lavoro a termine e a tempo indeterminato diventano fungibili e i commentatori ne sottolineano l’incompatibilità con l’affermazione contenuta nell’art. 1 d.lvo n. 81/2015, secondo cui il contratto a tempo indeterminato è la “*forma comune*” dei rapporti di lavoro.

Il contezioso crolla: non ci sono più condizioni di cui contestare la sussistenza, infatti, e i datori stanno ovviamente attenti a rispettare i limiti residui.

Il dibattito giuridico è acceso, però, da alcune isolate sentenze di merito di Trento, Firenze e Palermo, pronunciate tra il 2019 e il 2021, che valorizzano il fatto che il d.lvo n. 81/2015 continua a proclamare il contratto a tempo indeterminato come la “*forma comune*” dei rapporti di lavoro - ed altrettanto è previsto nel preambolo dell’accordo quadro - ed affermano che il contratto a termine deve comunque assolvere ad esigenze temporanee che non possono essere soddisfatte con un contratto privo di durata. Secondo queste decisioni, l’uso del contratto a termine per assolvere ad esigenze stabili e durevoli, anche ove avvenga nei limiti in cui opera l’acausalità, costituisce dunque abuso che comporta la nullità della clausola appositiva del termine per contrasto con norme imperative ex art. 1418 c.c.

Sono decisioni fortemente criticate dai commentatori.

Esse trascurano, da un lato, la chiara volontà legislativa di liberalizzare, entro certi limiti, il ricorso al termine in nome di una previsione – quella sulla *forma comune* – di carattere soltanto generale e programmatico e, dall’altro, la libertà di scelta tra le varie misure della clausola 5 chiaramente riconosciuta agli Stati membri dalla CGUE in varie decisioni.

Tali sentenze danno voce, però, ad una perplessità di fondo presente anche in ambito politico che, dopo soli quattro anni, conduce ad una brusca retromarcia.

Il d.l. n. 87/2018 come conv. dalla legge n. 96/2018 - il cd. **decreto dignità** – sposta il pendolo dell’attenzione normativa verso il profilo “sicurezza”

della flexsecurity e modifica il d.lvo n. 81/2015, tornando sostanzialmente al regime del 2012.

La situazione normativa in vigore all'arrivo del COVID

Il nuovo art. 19 del d.lvo n. 81/2015 consente ancora di stipulare un primo contratto acausale, ma soltanto per una durata non superiore a 12 mesi.

È possibile stipularne uno più lungo - fino a 24 mesi - soltanto in presenza di una tra le tre causali indicate dalla norma e cioè *“a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all’ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell’attività ordinaria”*.

Il rinnovo richiede comunque una causale di cui all’art. 19 comma 2 e il rispetto degli intervalli minimi di 10 o 20 giorni.

La proroga è ammessa solo per contratti di durata iniziale inferiore a 24 mesi: nei primi 12 mesi è libera, ma poi richiede una causale di cui all’art. 19 comma 2. Il numero massimo di proroghe tra le stesse parti, a prescindere dal numero dei contratti, scende da cinque a quattro.

Le regole su proroghe e rinnovi continuano a subire eccezioni in relazione ai lavori stagionali, ad eventuali ipotesi previste dalla contrattazione collettiva e alle imprese start up innovative.

Il limite di durata massima per tutti i rapporti a termine tra le stesse parti a parità di mansioni e categoria legale previsto dall’art. 19 comma 2 del dlvo n. 81/2015, continua ad essere comprensivo di proroghe e rinnovi e periodi di somministrazione a termine e a poter essere superato da un ulteriore contratto stipulato davanti all’ITL, ma scende da 36 a 24 mesi.

Assistiamo dunque ad un ritorno prepotente delle causali, più specifiche che mai e tutte fortemente connotate dalla temporaneità delle esigenze da soddisfare e da una certa loro straordinarietà, perché devono essere estranee all’ordinaria attività aziendale (lett. a) oppure, se relative all’attività ordinaria, devono dipendere da incrementi non programmabili (lett. b).

È probabile che tali causali non daranno luogo ad un particolare contenzioso: è probabile, infatti, che i datori di lavoro – come già avvenne all’entrata in vigore della riforma Fornero, preferiscano fermarsi al primo contratto acausale, che non crea problemi di sorta.

Un cenno, in conclusione, al **settore pubblico**, in cui il lavoro a termine ha avuto un’evoluzione autonoma, seppure con forti punti di connessione con il lavoro privato.

Come ben sappiamo, la cd. privatizzazione del pubblico impiego porta il rapporto di pubblico impiego sotto l’ombrello del diritto privato del lavoro. Lo proclama l’art. 2 del d.lvo n. 165/2001, il quale chiarisce subito che le disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro privato si

applicano “fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo”.

Del lavoro a termine – e più in generale del lavoro flessibile - si occupa l’art. 36 del d.lvo 165/2001 che in un primo tempo ribadisce il riferimento alla normativa privatistica in modo generico (il d.lvo n. 368/2001 sarebbe venuto alla luce solo qualche mese dopo), ma dal 2008 contiene un espresso rinvio alla normativa sul lavoro a termine: dapprima (con il d.l. n. 112/2008) al d.lvo n. 368/2001 e poi (con il d.lvo n. 75/2017) al d.lvo n. 81/2015.

Le strade si divaricano però nel 2018: l’art. 1 comma 3 del cd. decreto dignità, infatti, chiarisce che esso non si applica ai contratti con la pubblica amministrazione, che dunque rimangono regolati dalla versione originaria del d.lvo n. 81/2015 (art. 19, c. 1, 2 e 4; 21, c. 1; 28, c. 1).

Le eccezioni al regime privatistico in materia di lavoro a termine sono considerevoli.

La più eclatante è forse il generale divieto di conversione in un rapporto a tempo indeterminato sancito dal comma 5 dell’articolo 36, che però attiene al tema delle sanzioni, estraneo all’ambito a cui ho delimitato il presente intervento.

L’impostazione di fondo è la stessa del diritto privato, in termini di regola-eccezione tra lavoro a tempo indeterminato e, a termine che a partire dal 2008 (con la legge n. 244/2007), viene esplicitata nella formula di apertura dell’art. 36, secondo cui le pubbliche amministrazioni “*assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*”.

Ad essere diverse sono le condizioni del ricorso al lavoro a termine nel settore pubblico.

Non si tratta soltanto del fatto che, come ha da sempre proclamato l’art. 36, anche l’assunzione a termine deve avvenire nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all’art. 35, ma anche e soprattutto del fatto che, a partire dal 2006, l’articolo 36 contiene una generale previsione restrittiva rispetto al regime privatistico che subordina l’attivazione di tutti i contratti cd. flessibili - compreso dunque il contratto a termine - alla sussistenza di “*esigenze temporanee ed eccezionali*”.

Ad eccezione di qualche mese del 2008 in cui viene adottata una formula ancora più rigida (che consente il ricorso alle forme flessibili solo per esigenze stagionali o periodi non superiori a tre mesi, salvo le sostituzioni per maternità) e salve parecchie deroghe per specifici settori, il lavoro a termine pubblico rimane subordinato a tale prevalente condizione normativa in tutto il periodo in cui il lavoro privato subisce le profonde modifiche di cui sopra. L’unica modifica è quella, in senso ancora più restrittivo, apportata dal d.lvo n. 75/2017 che richiede “*comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*”.

Fino a che il contratto a termine nel settore privato è stato causale,

la differenza tra il regime privato e quello pubblico non è stata particolarmente evidente, ma essa lo è diventata con l'introduzione della acausalità: il riferimento alla necessità di esigenze temporanee ed eccezionali, infatti, ha escluso ed esclude ogni possibilità che le pubbliche amministrazioni concludano contratti a termine acausali.

Il discorso sul termine nel pubblico impiego è in realtà molto più complesso. Ci sono infatti settori più o meno ampi che hanno un regime speciale rispetto a quello generale del pubblico impiego appena accennato.

Per alcuni di essi sono sorti anche seri problemi di compatibilità con i principi della direttiva 1999/70 che ci hanno procurato l'apertura di alcune procedure di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE da parte della Commissione Europea.

Il settore che ha maggiormente impegnato ed impegna le aule di giustizia è il settore scolastico, disciplinato da un corpus normativo estremamente complesso e dettagliato che ha creato grossi problemi di coordinamento con le regole generali del lavoro privato e le regole speciali del pubblico impiego fino a che il legislatore, nel 2017, non ha sentito l'esigenza di chiarirne la completa autonomia inserendo nell'art. 19 del d.lvo n. 81/2015 la precisazione (comma 5 quinquies) secondo cui *“Il presente articolo, fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica...”*.

Tra gli altri ambiti problematici segnalo i lettori di lingua straniera e i magistrati onorari rispetto ai quali, nonostante gli interventi normativi con cui l'Italia ha cercato di aderire alle indicazioni europee, siamo ancora considerati in difetto e abbiamo procedure di infrazione aperte.

L'autore
di questo articolo

DANIELA PALIAGA
Presidente sezione Lavoro
del Tribunale di Torino

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

I contratti a termine dopo l'esperienza emergenziale

VALERIO SPEZIALE

Ricollegandosi alla relazione della dr.ssa Paliaga (v. pag. 188), si forniscono alcuni dati sulla diffusione dei contratti a termine nel periodo emergenziale e in quello successivo.

Alcuni dati sulla diffusione dei contratti a termine

Nel periodo del blocco dei licenziamenti, che ha avuto una valenza generalizzata sino al 30 giugno 2021, con divieti settoriali che si sono protratti sino al 31 ottobre e al 31 dicembre 2021, i contratti a termine sono aumentati in modo consistente. Questa crescita esponenziale è certamente legata al divieto dei licenziamenti e al clima di incertezza economica che ha caratterizzato la nostra economia, nonostante essa, nel 2021, abbia avuto (come “rimbalzo” al – 9% del PIL del 2020) un incremento del 6,6%.

La tendenza all’aumento dei contratti a termine non è però cessata nel corso del 2022.

Con riferimento al luglio 2022, secondo i dati Istat, i lavoratori a termine hanno raggiunto la quota di 3.166.000, il dato più elevato dal 1977. Ma, a parte la consistenza complessiva, l’elemento maggiormente significativo è la durata dei contratti.

Con riferimento ai dati relativi a febbraio 2022, l’Istat certifica che l’86% dei lavoratori stipula contratti inferiori a 180 giorni. I dati sono lievemente diversi in base alle Comunicazioni obbligatorie, sempre riferite al primo trimestre 2022 (l’Istat opera con rilevazioni a campione, il Ministero del Lavoro usa le comunicazioni obbligatorie, più attendibili).

Il 33,3% delle posizioni lavorative attivate prevede una durata fino a 30 giorni (il 9,2% un solo giorno), il 27,5% da due a sei mesi e solo l’1% superiore ad un anno.

Tranne casi del tutto sporadici, dunque, il 99% dei contratti a termine rispecchia il profilo della acausalità che è previsto dal d.lgs. 81/2015.

Si tratta di un fenomeno ormai consolidato da tempo che si è manifestato sin dal 2014, quando fu eliminata la causale tecnico organizzativa. Esso chiaramente dimostra un uso distorto del contratto a t. determinato, che viene utilizzato anche per esigenze stabili di lavoro come contratto di ingresso per testare il lavoratore (prova lunga) e per evitare, comunque, l’applicazione della disciplina a t. indeterminato.

Quando il Decreto Dignità fu emanato, quasi il 90% delle prime assunzioni era a termine. Un dato che dimostrava l’utilizzazione abusiva di questa tipologia contrattuale, visto che era impensabile che nessuna delle nuove assunzioni dovesse essere finalizzata a soddisfare esigenze stabili di

lavoro. La scelta del termine era dettata solo da ragioni di opportunità per evitare i vincoli giuridici propri dei contratti a t. indeterminato. Il livello di precarietà era così alto da indurre il Governo ad un intervento che limitasse l'uso dei rapporti a termine.

Una disciplina come quella attuale che consente, per almeno un anno, di introdurre contratti a termine acausali è sicuramente coerente con la Direttiva europea 1999/70/CE, ma tuttavia dovrebbe essere rivista, anche in considerazione delle tendenze espresse a livello europeo.

Si veda, ad esempio, la recente riforma introdotta in Spagna, entrata in vigore a fine aprile 2022, dopo tre mesi di tolleranza. La riforma ha ristretto in modo assai consistente la possibilità di stipulare contratti a termine e, ancora prima della sua entrata in vigore, da gennaio a marzo le assunzioni stabili sono già incrementate in misura assai notevole, con un milione di contratti. A riprova del fatto che la limitazione delle possibilità di instaurazione di un rapporto di lavoro a termine non scoraggia le assunzioni (legate a fattori di sviluppo economico e solo in modo del tutto secondario alle tipologie contrattuali a disposizione) e limita l'utilizzazione abusiva dei contratti a tempo determinato.

In realtà vi è l'esigenza di riportare il contratto a termine alla sua funzione originaria, che è quella di soddisfare esigenze temporanee di lavoro, come d'altra parte la stessa contrattazione collettiva che esamineremo sta attuando. Consentire la stipulazione di rapporti a termine per esigenze stabili di lavoro significa contraddire il principio, di derivazione europea, per cui il t. indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro e stimolare la precarietà del lavoro.

In questo periodo di campagna elettorale, vi sono molti programmi di diversi partiti politici che propongono di reintrodurre la causale nei contratti a termine., A dimostrazione di una differente sensibilità rispetto a questo problema.

La mancanza di causale è all'origine della drastica riduzione del contenzioso in materia di contratti a termine. Secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia, nel decennio 2012 – 2021 il contenzioso è diminuito del 91,2%.

Un dato positivo per quanto attiene alla riduzione del carico di lavoro degli Uffici giudiziari, ma che costituisce, secondo la felice espressione di un grande processual civilista, una tipica espressione di “deflazione cattiva”, basata sulla riduzione dei diritti sostanziali e non sulla maggiore efficienza del processo o sulla diffusione di riti alternativi.

Mi chiedo come questa situazione di forte aumento della precarietà e di riduzione delle tutele giurisdizionali sia compatibile con il concetto di economia sostenibile e impresa sostenibile, che vede nella tutela del lavoro una *mission* dello Stato e della impresa stessa.

—

**L'introduzione di nuove causali (art. 41, comma 1, lettere a) e b),
del D. L. 25 maggio 2021, n. 73, convertito, con modificazioni,
nella l. 23 luglio 2021, n. 196)**

La normativa introdotta nel 2021 ha nuovamente attribuito alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre causali che giustificano l'apposizione del termine e che sono aggiuntive rispetto a quelle previste dalla legge.

Le due disposizioni, come vedremo, pongono grandi difficoltà interpretative, in una situazione di incertezza che, a mio giudizio, è destinata a perpetuarsi nel tempo, a meno che non vi sia una forma di interpretazione autentica compiuta dal legislatore o un consolidamento giurisprudenziale che risolva i dubbi (anche se questa soluzione richiederebbe molto più tempo e possibili contrasti giurisprudenziali che accrescerebbero la situazione di incertezza).

In questo caso è possibile esprimere valutazioni negative sulla tecnica parlamentare di redazione della disposizione, attraverso l'approvazione separata di emendamenti che spesso non sono coordinati tra loro.

—

Tecnica della devoluzione alla contrattazione collettiva di nuove causali

Tale tecnica ha un precedente risalente nel tempo (art. 23 l. n., 56/1987). La flessibilità contrattata: il *quantum* di flessibilità di cui l'impresa ha necessità e da realizzarsi tramite il contratto a termine, viene rimessa all'autonomia collettiva che viene ad integrare le ipotesi previste dalla legge. L'idea è che da un lato il contratto collettivo può adeguare alle esigenze dei singoli settori produttivi o di singole aziende il tasso di flessibilità realizzabile tramite i contratti a termine, con una elasticità e adattabilità superiore a quella esercitabile dalla legge (per sua natura sempre più rigida per i suoi caratteri di generalità ed astrattezza). Dall'altro si ritiene che la gestione dei rapporti flessibili non venga lasciata alla dialettica individuale del datore di lavoro e del lavoratore, ma passa attraverso il filtro dell'autonomia collettiva, valorizzando la funzione sindacale e le garanzie di tutela dei lavoratori.

Abbandono di questa tecnica con il d.lgs. 368/2021. La ragione è quella della volontà di introdurre una causale legale molto ampia ed elastica che avrebbe dovuto consentire, nelle intenzioni del legislatore, un ricorso assai più esteso al contratto a termine rispetto a quanto previsto dai contratti collettivi, le cui ipotesi si collegavano sempre ad esigenze temporanee (mentre il legislatore ambiva a legittimare un contratto a termine diretto a soddisfare anche esigenze di lavoro stabile).

Quest'ultima ambizione è stata poi frustrata dalla interpretazione giurisprudenziale che, in via maggioritaria, ha accolto una lettura dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 secondo il quale il termine presupponeva l'esistenza di esigenze temporanee di lavoro.

La riforma esprimeva anche una sfiducia nel ruolo della contrattazione collettiva, in coerenza con l'impostazione del Libro Bianco del 2001, che enfatizzava un ruolo più accentuato della autonomia individuale.

Oggi vi è invece un ritorno al passato, che si lega anche al fatto che l'evoluzione legislativa degli ultimi anni ha teso nuovamente a valorizzare l'autonomia collettiva come strumento di gestione dei rapporti di lavoro.

ART. 19, COMMA 1, LETTERA B-BIS E COMMA 1.1. DEL D.LGS. 81/2015

Entrata in vigore della nuova normativa: 25 luglio 2021.

Non vale per i contratti stipulati in precedenza. Ovviamente le proroghe e rinnovi che si verificano dopo il 25 luglio 2021 sono soggetti alla nuova normativa.

Coesistenza della due disposizioni

Ricostruzione storica: emendamento Pd (lettera b-bis), approvato il 7 luglio 2021; emendamento successivo dei 5 Stelle, approvato il 9 luglio 2021, diretto probabilmente a limitare temporalmente la possibilità per i contratti collettivi di prevedere causali aggiuntive. L'emendamento dei 5 Stelle avrebbe dovuto abrogare il primo. Non è stato così. Le due disposizioni sono state approvate e promulgate contemporaneamente. Non è possibile parlare di fenomeno abrogativo che presuppone la successione nel tempo di disposizioni diverse e non la loro contemporanea promulgazione nel medesimo testo legislativo.

Le due disposizioni sono quindi coesistenti ed entrambe vigenti.

Prima interpretazione: le due disposizioni hanno identico contenuto

L'unica differenza è che il comma 1.1. pone un limite temporale che la lettera b-bis non ha. Per il resto sono disposizioni uguali. Rimane la acausalità del contratto a termine per i primi 12 mesi. Dal 12esimo mese e un giorno sino al tetto massimo di 24 mesi, oltre alle causali legali, si aggiungono quelle previste dai contratti collettivi.

Conseguenza di tale lettura delle due disposizioni: la possibilità, per i contratti collettivi, di introdurre causali aggiuntive è temporalmente

limitata al 30 settembre 2022: la lettera b – bis) pone la regola, il comma 1.1 introduce il limite temporale.

Si tratta di una lettura che depotenzia in modo evidente la novità della riforma.

Inoltre, come vedremo, a mio giudizio le due disposizioni non sono, anche dal punto di vista letterale, perfettamente coincidenti.

—

**Seconda interpretazione (proposta da Arturo Maresca):
disposizione speciale, di carattere transitorio che aggiunge una ipotesi
nuova di contratto a termine con durata minima garantita**

Il contratto deve avere una durata superiore a 12 mesi (si parla di occupazione di qualità proprio per la durata minima), non può superare i 24 mesi e deve basarsi sulle causali dei contratti collettivi. La norma ha carattere transitorio, fino al 30 settembre 2022. Occupazione di qualità giustificata dal perdurare degli effetti della pandemia (nel 2021, quando la disposizione è stata emessa), con l'intento di incentivare occupazioni precarie, ma che forniscono un minimo di garanzia ai lavoratori (i 12 mesi).

Questa interpretazione, a mio giudizio, può trovare un fondamento, anche nella formulazione letterale utilizzata nelle due disposizioni.

La lettera b- bis) si collega alla prima parte dell'art. 19, dove si afferma che *“al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi. Il contratto può avere una durata superiore ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni....b- bis) speciali esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'articolo 51”*.

Invece il comma 1.1. afferma che *“il termine di durata superiore a dodici mesi ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi di cui al comma 1 del presente articolo, può essere apposto....”*. Qui, dunque, si rovescia la formulazione e si lascia chiaramente intendere che la disposizione si applica solo ai contratti che sin dall'origine hanno una durata superiore ai 12 mesi, nel limite massimo di 24 mesi.

Dunque: a) il comma 1 riguarda contratti che anche inizialmente hanno una durata inferiore ai 12 mesi, e che poi possono essere prorogati o rinnovati sino al massimo dei due anni; b) il comma 1.1 riguarda i contratti a termine che sin dall'origine hanno una durata superiore ai dodici mesi, fino al massimo dei 24 mesi.

Questa lettura attribuisce valore permanente alla riforma del comma 1, rendendo strutturale la possibilità per i contratti collettivi di integrare le causali di legge nel periodo dal 12 mese al 24° (anche se resterebbe sempre il problema della acausalità nei primi 12 mesi, che determina quelle situazioni di abuso nella utilizzazione di queste forme flessibili di lavoro già analizzato).

La seconda interpretazione è stata fatta propria dall'INL (di concerto con l'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro). Con la nota del 14.09.2021 n. 1363, l'Ispettorato specifica che il comma 1.1 riguarda solo le ipotesi di contratti a termine di durata iniziale superiore a 12 mesi e stipulati in base alle causali previste dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera b – bis). Con la conseguenza che il limite temporale del 30 settembre si applica solo questo tipo di rapporto a termine.

Pertanto (sempre per l'INL), dopo il 30 settembre 2022 il contratto a termine di durata iniziale superiore a dodici mesi potrà essere stipulato solo per le causali previste dalle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 19.

Ora se si tiene conto di quanto prevede il comma 1 dell'art. 19, che consente al datore di lavoro di stipulare molti contratti brevi, poi prorogabili, e sempre acausali sino ad un massimo di 12 mesi, si comprende facilmente come la previsione contenuta nel comma 1.1. sia scarsamente appetibile per i datori di lavoro, che, salvo eccezioni legate a situazioni molto particolari, non hanno alcun interesse ad utilizzare questa disposizione (che prevede una durata minima garantita e il rispetto di una causale).

La delega ai contratti collettivi

Questa innovazione, con il ritorno ad una tecnica già utilizzata in passato e che aveva realizzato risultati positivi, rischia di avere un impatto assai limitato sulla disciplina della materia, in quanto opera soltanto sui contratti che hanno durata superiore ai 12 mesi. Le statistiche in precedenza analizzate dimostrano che, fino a quando vi sarà la possibilità di un contratto acausale della durata di un anno, difficilmente i datori di lavoro stipuleranno contratti superiori ai 12 mesi e sino al limite massimo dei 24 (se non in casi del tutto marginali).

La riforma, per avere un'applicazione effettiva, dovrebbe imporre la esistenza di ragioni specifiche, stabilite dai contratti collettivi, sin dall'origine del rapporto.

La riforma rinvia all'art. 51 d.lgs. 81/2015 (sindacati comparativamente più rappresentativi; livello nazionale, territoriale, aziendale e confederale)

“Delega in bianco” come era previsto per l'art. 23 della l. n. 56/1987 (Cass. S.U.2.03.2006, n. 4588. In tempi più recenti n. 10468/2012, n. 6787/2013 e altre). Le esigenze devono essere specifiche: quindi o riproduzione di quelle legali (ma una parte della giurisprudenza, che si era formata sul testo del d.lgs. n. 368/2001, affermava che non bastava la ripetizione delle formule previste dalla legge – esigenze tecniche, produttive ed organizzative anche se riferite alla normale attività del datore di lavoro – ma richiedeva un grado di specificazione ulteriore) o introduzione di ipotesi aggiuntive che abbiano un grado sufficiente di specificità.

La tesi è stata confermata dall'INL (v. *supra*) che richiede esigenze specifiche senza l'utilizzazione di formule generiche quali le ragioni di carattere tecnico, organizzativo o sostitutivo.

Nel caso di esercizio delegato da parte di diversi livelli di contrattazione collettiva (ad esempio nazionale e aziendale), qualora le due normative si pongano in contrasto tra loro, il conflitto si risolve con il principio della prevalenza del contratto collettivo stipulato successivamente. La regola, di origine giurisprudenziale per il concorso conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, si applica anche in questo caso. La delega normativa, infatti, non introduce alcuna gerarchia tra i livelli contrattuali, gerarchia che può eventualmente essere inserita dalle parti sociali (ma con i limiti di efficacia limitati agli appartenenti alle associazioni sindacali per il livello nazionale). Per tale ragione, a parte le ipotesi di limiti introdotti dall'autonomia collettiva, si applicano le regole generali in tema di concorso/conflitto tra contratti collettivi di diverso livello.

Le ipotesi possono essere diverse, di carattere temporaneo, ma anche non temporaneo, legate a situazioni oggettive delle imprese o a profili soggettivi (giovani, persone che abbiano superato una certa età, soggetti "fragili", soggetti che hanno difficoltà di inserimento nel mercato del lavoro). In tal senso, in relazione all'art. 23 della l. 56/1987, si sono espresse le Sezioni Unite del 2006. Se non si supera il tetto dei 24 mesi, vi è, a mio giudizio coerenza con la Direttiva 1999/70/CE, interpretata dalla CGE come riferita ad esigenze temporanee. Se, invece, si eccedesse di molto il limite dei 24 mesi, il limite temporale molto elevato potrebbe porre problemi di compatibilità con la Direttiva, così come interpretata dalla CGE.

Nel caso di causali soggettive occorre specificare che sono dirette a incrementare l'occupazione, per evitare una possibile censura di discriminatorietà ai sensi della Direttiva e della legislazione nazionale (giurisprudenza CGE anche recente sui licenziamenti collettivi e contratti a termine convertiti in rapporti stabili)

Le causali dei contratti collettivi si aggiungono a quelle previste nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 19 del d.lgs. 81/2015.

Art. 8 l. n. 148/2011; contratti di prossimità: tutto rimane come prima. Possibilità di stipulare anche accordi territoriali e aziendali che introducano condizioni diverse. Si potrà anche eccedere il limite dei 24 mesi, purchè l'estensione non sia eccessivamente ampia, pena altrimenti la contrarietà con la Direttiva europea, secondo la interpretazione fornita dalla CGE (gli accordi di prossimità devono sempre rispettare i vincoli derivanti dalle normative comunitarie).

Le causali introdotte dai contratti collettivi dopo la riforma del 2021

I contratti sono diversi ed anche riferiti a settori produttivi importanti: a)

elettrici; b) edili; c) alimentari (artigianato); d) cartai (industria); e) tessili (artigianato).

Mancano settori importanti quali il metalmeccanico, il chimico e il terziario. Va detto, peraltro che è passato soltanto un anno ed è quindi plausibile che anche altri ccnl introdurranno le causali.

Si distinguono causali oggettive legate ad esigenze temporanee, in alcuni casi con formulazione espressa (art. 17 elettrici), in altri desumibili dalle ipotesi utilizzate.

Vi sono poi causali soggettive (art. 14 edili): giovani fino a 29 anni e soggetti di età superiore a 45 anni; assunzione di cassaintegrati, assunzione di disoccupati o inoccupati, assunzioni di donne ecc.

I contratti collettivi esistenti non dicono espressamente che le causali soggettive sono giustificate dalla esigenza di incrementare l'occupazione di soggetti svantaggiati per ragioni di età. Questo pone i problemi che sono stati già espressi. Fa eccezione, in relazione alle donne, l'art. 14 del ccnl edili, che invece lega la causale alle condizioni svantaggiose per le donne sul mercato del lavoro.

I contratti in genere riproducono le formulazioni previste dalla legge per quanto attiene il riferimento all'art. 19, comma 1, lettera b – bis e a volte al comma 1.1.

Le formulazioni utilizzate, peraltro, a volte sono diverse da quelle previste dalla legge.

A volte esse sembrano porre un limite temporale netto: è il caso, ad es. del Ccnl alimentari (artigianato), che sembra affermare che, in generale, le causali aggiuntive valgono solo fino al 30.09.2022.

È evidente, peraltro, che, al di fuori delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine, le disposizioni dei contratti collettivi devono essere interpretate alla luce di quanto previsto dall'art. 19, secondo la lettura che è stata già analizzata. La contrattazione collettiva può derogare solo in senso migliorativo la legge e non può introdurre limiti ulteriori rispetto a quelli della fonte primaria.

Proroghe o rinnovi

L'Art. 17 elettrici dice espressamente che le esigenze definite dal ccnl si applicano anche alle proroghe e rinnovi. Altri contratti non dicono nulla.

L'art. 21, comma 1, d.lgs. 81/2015 si riferisce solo al comma 1 dell'art. 19. Quindi: rinnovo solo ipotesi previste dalla legge e dai contratti collettivi. Proroghe: dopo i 12 mesi solo le ipotesi previste dalla legge o dai contratti collettivi.

L'art. 21, comma 1, non richiama il comma 1.1 dell'art. 19. Non è quindi riferito a questa disposizione. Sembrerebbe, dunque, che in questo caso

non sono possibili proroghe o rinnovi. Questa pare essere anche l'opinione dell'INL nella Circolare del 14.09.2021 in precedenza citata.

Tuttavia, si potrebbe sostenere anche una tesi diversa. Infatti, la proroga e il rinnovo sono caratteri fisiologici di qualsiasi contratto di durata. Quindi, nel periodo tra 12 e 24 mesi vi dovrebbe essere libertà tra le parti sia nelle proroghe, che nei rinnovi, ma sempre nel rispetto del tetto massimo di 24 mesi e nei casi previsti dalla contrattazione collettiva.

Va detto, peraltro, che il rinnovo effettuato in violazione di quanto previsto dall'art. 21, comma 01, determina la conversione in un contratto a tempo indeterminato. E poiché questa disposizione non fa riferimento al comma 1.1. potrebbe essere rischioso procedere al rinnovo stesso.

La situazione è diversa per quanto riguarda le proroghe. In questo caso, se si rispetta il limite massimo di 4 e si effettua la proroga in base alle causali del contratto collettivo non dovrebbero esservi pericoli di conversione.

Il comma 1 dell'art. 19 contiene anche il riferimento alle specifiche esigenze previste dalla contrattazione collettiva. Pertanto, i rinnovi e le proroghe, che ai sensi dell'art. 21 devono essere fatti nelle ipotesi previste dall'art. 19, potranno essere effettuati anche in base a quanto stabilito dai contratti collettivi (con la precisazione che il rinnovo impone sempre la causale, mentre le proroghe solo dopo i 12 mesi).

In tal senso si è espresso anche l'INL con la Circolare del 14.09.2021.

Disciplina del contratto ai sensi del comma 1.1 se si accoglie la tesi della normativa aggiuntiva di una ipotesi particolare e transitoria

La nuova ipotesi di contratto a termine di durata minima garantita di 12 mesi e di durata massima di 24 mesi nei casi previsti dai contratti collettivi può essere stipulata dal 25 luglio 2021 al 30 settembre 2022. Nel termine finale è sufficiente procedere alla stipula del nuovo contratto. O, in caso di contratto preesistente, il rinnovo o la proroga – secondo quanto detto nel precedente punto 7 - potranno essere effettuati sino al 30 settembre 2022. Questo termine finale segna il limite in cui è possibile procedere alla sottoscrizione di un nuovo contratto o alla proroga di uno precedente e non il limite massimo di estensione nel tempo dei contratti stessi.

Limiti quantitativi (art. 23 del d.lgs. 81/2015): a mio giudizio si applicano. La disposizione speciale e transitoria non incide su tale aspetto

Tetto massimo dei 24 mesi: è derogabile dalla contrattazione collettiva, ai sensi di quanto previsto dal comma 2 dell'art. 19 del d.lgs. 81/2015, solo fino al 30 settembre 2022. Il comma 2 dell'art. 19 non rinvia solo al comma 1 e, pertanto, può essere applicato anche al comma 1.1., ma nei limiti temporali sopra detti. I contratti collettivi sino ad oggi stipulati non hanno previsto tale deroga.

Possibilità di cumulare il nuovo contratto con altri stipulati in base alla vecchia disciplina: a mio giudizio, è possibile in considerazione del carattere speciale della disposizione, che introduce una ipotesi aggiuntiva, con un nuovo “contatore” che prescinde da quanto è accaduto in precedenza.

Rinnovo e rispetto degli intervalli minimi: vanno rispettati, perché la deroga non riguarda tale aspetto (in questo caso, intervallo sempre di 20 giorni perché il contratto ha durata minima superiore a sei mesi).

Proroga e rinnovi: rinvio a quanto già sopra evidenziato.

Per le parti non espressamente derogate dal comma 1.1 dell’art. 19 del d.lgs. 81/2015 si applica la disciplina generale (ad es. in tema di divieti).

Regime sanzionatorio

Nel caso di mancanza dei presupposti previsti dal comma 1 dell’art. 19 del d.lgs. 81/2015, conversione del contratto in uno a t. indeterminato dalla data di superamento dei 12 mesi (comma 1 bis dell’art. 19). Quindi, se non sono rispettate le causali previste dai contratti collettivi (oggi ai sensi della lettera b- bis del comma 1 dell’art. 19), conversione del contratto in uno stabile dal dodicesimo mese.

Nel caso di mancato rispetto delle condizioni previste dal comma 1.1 dell’art. 19 (termine minimo di 12 mesi, tetto massimo di 24 mesi, mancanza delle causali previste dai contratti collettivi): nullità parziale ai sensi dell’art. 1419, comma 2, c.c. e conversione del contratto in uno stabile sin dall’origine e non dal 12° mese.

L’autore
di questo articolo

VALERIO SPEZIALE
Professore Ordinario di
Diritto del Lavoro Università
Chieti - Pescara, Avvocato
giuslavorista

WORKSHOP5 / CONVEGNO AGI 2022

**La compatibilità
della disciplina
del decreto dignità
rispetto ai principi
comunitari e alla
sentenza della Corte di
Giustizia Ue 681/2020**

FEDERICA SALARI

La sentenza della Corte di giustizia Ue (CGUE) nella causa C-681/18 emessa il 14 ottobre 2020, nonostante si riferisca ad una disciplina nazionale non più in vigore (il D.lgs. n. 276/2003 come modificato dal Decreto Poletti), è punto di riferimento per l'analisi dell'attuale disciplina contenuta dal Decreto Dignità (d.l. n. 87/2018), al netto delle modifiche "temporanee" relative al periodo pandemico.

La sentenza Comunitaria C-681/18 del 2020 origina da una controversia nella quale un lavoratore interinale era stato impiegato presso la stessa utilizzatrice ininterrottamente dal 3 marzo 2014 al 30 novembre 2016 con otto contratti di somministrazione prorogati diciassette volte. Il lavoratore domandava il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, essendo stato superato il numero massimo di proroghe dei contratti consentito dalla normativa nazionale.

Ad avviso del ricorrente le disposizioni interne in materia di lavoro tramite agenzia interinale, non prevedendo alcun limite alle missioni successive dei lavoratori messi a disposizione di uno stesso utilizzatore, sarebbero contrarie alla direttiva CE 2008/104.

A seguito della modifica introdotta dal d.l. n. 34/2014, l'art. 20, co. 4, d.lgs.n. 276/2003, infatti, non subordinava più la somministrazione a tempo determinato all'indicazione di ragioni legittimanti. L'art. 22 d.lgs. n.276/2003, inoltre, escludendo l'applicabilità dell'art. 5, commi 3 e ss., d.lgs. n. 368/2001, non poneva alcuna limitazione temporale rispetto ad eventuali missioni successive del medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso lo stesso utilizzatore.

Il Tribunale di Brescia sottoponeva quindi la questione alla CGUE, ritenendo che la normativa nazionale fosse contraria alla direttiva CE 2008/104 e, in particolare, all'art. 5, § 5 che prevede che *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso"*, mancando ogni controllo giurisdizionale sulle ragioni del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale, in particolare sotto il profilo dei limiti temporali delle missioni successive tra le stesse parti.

La CGUE richiama anche nelle premesse il considerando n. 11 in base al quale la direttiva CE 2008/104 precisa che il lavoro interinale *"risponde ad esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti"* ed anche il considerando n. 15, secondo il quale la forma comune dei rapporti lavorativi

è il contratto a tempo indeterminato precisando che *“Nel caso di lavoratori legali all’agenzia interinale da un contratto a tempo indeterminato, tenendo conto della particolare tutela garantita da tale contratto, occorrerebbe prevedere la possibilità di derogare alle norme applicabili alla impresa utilizzatrice”*. La direttiva sembra quindi dare atto che tali lavoratori (con rapporto a tempo indeterminato con agenzia) godono di un impiego stabile a prescindere da come sono disciplinate le missioni presso l’utilizzatore.

I giudici europei giungono quindi a sottolineare il connotato peculiare del lavoro tramite agenzia interinale è quello della temporaneità, come si evince dall’art. 3, §1, lett. da *b) a e)*, e dall’art. 6.

In sintesi, secondo la CGUE, l’art. 5, § 5, prima frase della direttiva in esame, non impone alla norma nazionale di individuare un limite massimo di missioni presso l’azienda utilizzatrice e neppure di prevedere limitazioni causali (ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), purché sia sempre preservata la natura temporanea del lavoro tramite agenzia, evitando il susseguirsi di missioni volte esclusivamente ad eludere le disposizioni della direttiva *“nel suo insieme”*.

L’art. 5, § 5 deve essere interpretato nel senso che essa osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura finalizzata a preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale, ovvero non preveda alcuna disposizione finalizzata ad evitare missioni reiterate del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice eludendo la direttiva CE 2008/104 nel suo insieme. Tuttavia, precisa la CGUE ogni ordinamento è libero di individuare lo strumento attraverso il quale impedire questo effetto elusivo.

La CGUE prosegue poi riconoscendo al giudice della fattispecie concreta la facoltà di valutare caso per caso la qualificazione giuridica del rapporto, al fine di scorgere l’eventuale elusione dei principi sanciti dalla direttiva e dal diritto interno.

In altre parole, il giudice nazionale potrà e dovrà valutare quando la successione di contratti in somministrazione con lo stesso utilizzatore cela in realtà un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ossia quando il susseguirsi di missioni protratte nel tempo determini una durata del rapporto tale da far ragionevolmente escludere che si tratti di un’esigenza temporanea.

Come già detto le disposizioni di diritto nazionale analizzate nella sentenza in esame sono state modificate dal c.d. Decreto Dignità (d.lgs. n. 87/2018). Secondo tale disciplina – al netto delle modifiche temporanee della pandemia – al prestatore di lavoro interinale assunto a tempo determinato dovrà applicarsi quanto previsto dal d.lgs. n. 81/2015 riguardo al tempo determinato (durata massima di 24 mesi e acausalità limitatamente ai primi 12 mesi). Di conseguenza la mancata indicazione o la non veridicità della causale (dopo i primi 12 mesi) ovvero il superamento del

limite massimo di 24 mesi comporterà, anche per la somministrazione, la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato¹.

Quanto previsto dalla normativa italiana per il contratto di somministrazione a termine, sembra quindi in linea con quanto previsto a livello Europeo e realizza con strumenti adeguati il principio di temporaneità, anche se tale effetto è ottenuto con un parallelismo con la disciplina del contratto a termine che, sempre secondo la CGUE, non è da ritenersi aderente alla normativa comunitaria.

Quanto invece al contratto di somministrazione a tempo indeterminato, la norma nazionale non prevede alcuna limitazione (né di causale né di durata) per l'invio in missione a termine o a tempo indeterminato dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dal somministratore, come chiarito anche nella circolare del Ministero del Lavoro (Circolare n. 17/2018), non risultando particolarmente significativa la integrazione dell'art. 31 con DL n. 104 del 14.08.2020² come modificata da ultimo dal D.L. n. 21/2022 considerato anche che è prevista la sua "efficacia fino al 30 giugno 2024".

In mancanza di limitazioni è quindi astrattamente ipotizzabile che il lavoratore assunto a tempo indeterminato dall'agenzia possa essere inviato senza limiti presso lo stesso utilizzatore, anche con una successione di missioni a termine.

Questa circostanza pone dei dubbi di aderenza della disciplina del contratto di somministrazione a tempo indeterminato al principio di temporaneità sancito dalla CGUE.

Il requisito della "temporaneità" della missione presso l'utilizzatore non può ritenersi automaticamente estendibile alla somministrazione che abbia a monte un rapporto a tempo indeterminato tra lavoratore e agenzia. In questo caso occorre tenere distinto il rapporto tra agenzia e lavoratore somministrato dal rapporto tra agenzia ed utilizzatore, distinzione insita nella struttura trilatera della fattispecie.

Nel rapporto lavoratore-agenzia essendovi un rapporto a tempo indeterminato risulta soddisfatta l'esigenza di tutela del lavoratore verso una forma stabile di occupazione come voluto dalla CGUE: non a caso nel

1. Con la Circolare Ministeriale n. 17 del 31 ottobre 2018 è stato chiarito che in caso di assunzione a tempo determinato il requisito temporale deve essere rispettato sia nel rapporto tra somministrante e prestatore di lavoro sia tra quest'ultimo e l'utilizzatore.

2. Art. 31 del D.L. n. 104/2020 con modificata da ultimo dal D.L. n. 21/2022 "Nel caso in cui il contratto di somministrazione tra l'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore sia a tempo

determinato l'utilizzatore può impiegare in missione, per periodi superiori a ventiquattro mesi anche non continuativi, il medesimo lavoratore somministrato, per il quale l'agenzia di somministrazione abbia comunicato all'utilizzatore l'assunzione a tempo indeterminato, senza che ciò determini in capo all'utilizzatore stesso la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore somministrato. La disposizione di cui al periodo precedente ha efficacia fino al 30 giugno 2024".

15° considerando prevede, che a fronte di un rapporto stabile tra lavoratore ed agenzia, gli ordinamenti possano derogare alle norme applicabili nell'impresa utilizzatrice.

Pertanto, la disciplina italiana della somministrazione a tempo indeterminato può essere considerata rispettosa dei principi sanciti dalla CGUE, posto che, pur potendo prevedere deroghe alla disciplina applicabile all'utilizzatore a fronte di un rapporto a tempo indeterminato tra lavoratore ed agenzia, tuttavia non lo ha fatto.

Parimenti è innegabile che un sistema che legittimi una serie sterminata di missioni temporanee presso lo stesso utilizzatore, pur a fronte di un tranquillizzante rapporto a tempo indeterminato con l'agenzia di somministrazione, non sembra del tutto coerente, tanto meno senza una precisa presa di posizione da parte dell'ordinamento interno (come legittimato dal 15° considerando).

In attesa di un intervento del Legislatore su questo tema, il vuoto normativo va colmato con i principi generali e di sistema: sul primo versante non può trascurarsi che nel nostro ordinamento appare illogica una pluralità di missioni protrate nel tempo senza limiti verso un medesimo utilizzatore, creando una dissociazione stabile tra titolarità del rapporto ed utilizzazione della prestazione; inoltre non si può trascurare che il rapporto a tempo indeterminato con l'agenzia non è in tutto sovrapponibile a un normale rapporto di lavoro diretto in quanto soggetto ai periodi di disponibilità che comportano una minore retribuzione.

In conclusione, sino quando il legislatore italiano non colmerà la lacuna con una precisa disposizione in tal senso, riteniamo che dovrà prudenzialmente applicarsi alle missioni verso il medesimo utilizzatore la durata massima complessiva di 24 mesi prevista per la somministrazione a tempo determinato anche se vi sia a monte un rapporto a tempo indeterminato con l'agenzia di somministrazione.

Non ci resta pertanto che attendere le prossime evoluzioni di questo istituto che certamente risentiranno dell'assetto politico che farà seguito alle imminenti elezioni.

L'autore
di questo articolo

FEDERICA SALARI
Avvocata Studio Legale Tosi
e Associati

La ripartenza della professione e le nuove forme di aggregazione ed integrazione

In occasione del convegno nazionale 2022, l'AGI ha deciso di focalizzare l'attenzione anche sul tema delle forme di aggregazione professionale, mettendo a confronto avvocate e avvocati giuslavoristi, accademici, commercialisti e consulenti del lavoro. Di seguito alcuni degli interventi ricevuti.

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

Le forme di aggregazione fra avvocati/e, uno sguardo d'insieme

EVA R. DESANA

In tema di professionista e imprenditore si avverte una certa oscillazione tra la chiara volontà di “imprenditorializzare” le professioni intellettuali assoggettandole alle regole del mercato e una resistenza opposta dalle categorie interessate. Oscillazione che ad oggi non è riuscita a trovare ancora un suo punto di equilibrio, come mostra lo scarso ricorso, fino ad ora, ai nuovi modelli della società fra professionisti e della società tra avvocati.

Il disegno che si è tentato di tracciare nei paragrafi che precedono dimostra una certa oscillazione tra la chiara volontà di “imprenditorializzare” le professioni intellettuali assoggettandole alle regole del mercato, di cui si sono fatti interpreti alcuni Governi, e una resistenza opposta dalle categorie interessate, in alcuni casi forse arroccate «su difese non di rado anacronisticamente legate ad una visione ‘ottocentesca’ della professione»¹, ma spesso animate anche dall’intento di salvaguardare valori costituzionalmente garantiti di cui sono paladine alcune professioni, quale quella legale (art. 24 Cost.). Oscillazione che ad oggi non è riuscita a trovare ancora un suo punto di equilibrio, come mostra lo scarso ricorso, fino ad ora, ai nuovi modelli della società fra professionisti e della società tra avvocati.

L’impostazione del Codice civile

L’illustrazione delle diverse forme di aggregazione fra avvocati e avvocate si intreccia con l’annoso dibattito sull’ammissibilità e sui confini dell’esercizio in forma societaria delle professioni intellettuali e sui rapporti fra impresa e professioni protette.

Stando all’originaria impostazione del Codice civile del 1942, come è noto, il professionista intellettuale, e dunque anche l’avvocato e l’avvocata, è figura nettamente distinta dall’imprenditore. Se si muove dalla definizione di imprenditore contenuta nell’art. 2082 c.c., emerge che la separazione trova le sue radici non tanto in una differenza ontologica fra le rispettive attività e le modalità del relativo esercizio, ma in una precisa scelta legislativa, tradottasi nella collocazione del professionista intellettuale nel Titolo III del Libro V del Codice civile, dedicato al *Lavoro autonomo* (suddiviso in due capi, I, *Disposizioni generali* e II, *Delle professioni*

1. P. Montalenti, *Società tra professionisti, società tra avvocati, associazioni professionali: al montagna e il topolino*, cit., p. 270.

intellettuali) e non nel Titolo II dedicato al *Lavoro nell'impresa*, che regola il secondo.

Coerente con tale opzione è la norma di chiusura contenuta nell'art. 2238 c.c. in forza della quale sono applicabili al professionista (tutte) le disposizioni del Titolo II del Libro V soltanto se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa. Dal che si ricava, per converso, che, con l'eccezione di tale ipotesi, il professionista non assume la veste di imprenditore².

Corollario della distinzione fra professionista intellettuale e imprenditore era, nell'originaria sistematica del Codice civile, non soltanto l'inapplicabilità al medesimo dell'intero statuto dell'imprenditore, tra cui le norme in tema di concorrenza sleale, quelle relative alla registrazione del marchio, le disposizioni sull'azienda e sull'iscrizione nel registro delle imprese, ma altresì il divieto per i professionisti intellettuali di costituire società per l'esercizio dell'attività professionale, sancito dalla L. n. 1815 del 1939: i suoi artt. 1 e 2 – fino alla loro abrogazione avvenuta per tappe, dapprima con l'art. 24 della L. n. 266 del 1997 e poi con l'art. 10, comma 11° della L. n. 183 del 2011 – consentivano ai professionisti muniti dei necessari titoli di abilitazione professionale di associarsi nell'esercizio della professione usando nei rapporti con i terzi *esclusivamente* la dizione “studio tecnico legale commerciale contabile amministrativo o tributario”, seguito dal nome e cognome e dai titoli professionali dei singoli associati (art. 1) e al contempo (art. 2) vietavano ai medesimi di costituire e esercitare sotto qualsivoglia forma diversa da quella dell'art. 1, società, istituti, uffici o agenzie, con lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati o ai terzi prestazioni di assistenza e consulenza tecnica, legale, commerciale, contabile o tributaria. Erano quindi precluse tutte le forme societarie, dalla società semplice alle società di capitali.

Tale divieto, all'atto della sua introduzione, era ispirato a fini in parte repressivi (impedire non soltanto ai meno preparati di celarsi dietro lo schermo di una società, ma anche ai professionisti ebrei cancellati dall'albo di esercitare in modo indiretto la professione) e protezionistici (difendere i singoli professionisti dalla concorrenza dei professionisti associati)³.

2. Sul punto si vedano, per cogliere la complessità del dibattito e l'evoluzione della materia, Farina, *Esercizio di professione intellettuale e organizzazione d'impresa*, in *Impresa e società*, Studi per Graziani, V, Napoli, 1968, 2092; Ibba, *Professionisti intellettuali e impresa*, in Riv. Dir. Civ., 1968, II, 265; M. Rescigno, *Le società fra professionisti*, Milano, 1974; Schiano di Pepe, *Le società di professionisti: impresa professionale e società fra professionisti*, Milano, 1977; Ibba, *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987; Spada, voce *Impresa*, Dig. Disc. Priv. Sez. comm.,

Torino, 1992, 53; Ferro Luzzi, *L'impresa*, in A.A.V.V., *L'impresa*, Milano, 1985, 37; P.G. Jaeger, *La nozione d'impresa. Dal codice allo statuto*, Milano, 1985, 43; Bonfante-Cottino, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, I, Padova, 2001, 448; Leozappa, *Società e professioni intellettuali*, Milano, 2004, M. Rescigno, “Per scelta del legislatore”: professioni intellettuali, impresa e società, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, 187.

3. G. Cottino, *Diritto Commerciale*, I, 2, 3a ed., Padova, 1994, 67.

L'evoluzione della nozione di impresa comunitaria

Sul predetto impianto sono però intervenuti alcuni significativi provvedimenti che, anche sulla scorta della ben più ampia nozione di impresa comunitaria accolta dalla Comunità Europea (successivamente Unione Europea) hanno progressivamente smantellato il divieto di esercizio in forma societaria dell'attività del professionista intellettuale e, più in generale, attenuato le distanze fra professionista e imprenditore⁴. Va infatti dato sinteticamente conto che, a partire dalla decisione della Commissione Europea del 30 gennaio del 1995 (95/188/CE) sul caso degli agenti di proprietà industriale spagnola, le Istituzioni europee hanno ritenuto che il professionista intellettuale sia un'impresa agli effetti della concorrenza fra imprese e delle norme che la promuovono.

Quanto agli avvocati, la loro riconducibilità alla nozione di impresa ai fini dell'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante è stata affermata in più occasioni dalla Corte di Giustizia: una delle prime decisioni in argomento è costituita dal caso *Wouters* C-309/1999, nel quale i Giudici del Lussemburgo hanno sottolineato che gli avvocati forniscono, dietro corrispettivo, servizi di assistenza legale, consistenti nella predisposizione di pareri, contratti o altri atti, nonché nella rappresentanza e nella difesa in giudizio; per tale ragione, secondo il ragionamento della Corte, essi assumono i rischi finanziari legati all'esercizio di tali attività, sopportandone direttamente gli eventuali disavanzi con la conseguenza che essi "costituiscono imprese ai sensi degli artt. 85, 86 e 90 del Trattato".

Al contempo, proprio la riconducibilità dei professionisti intellettuali alla nozione comunitaria e poi unionale di impresa ha anche acceso un faro sul meccanismo di remunerazione delle relative prestazioni e, quanto all'Italia ha infine condotto nel 2012 all'abrogazione del sistema tariffario a quel tempo vigente, ad opera del D.l. n. 1 del 24 gennaio 2012: la determinazione dei minimi e massimi tariffari da parte del Consiglio nazionale forense, benché seguita dal loro recepimento in un decreto del Ministro di Grazia e Giustizia, poteva - secondo alcuni - integrare una decisione di un'associazione di imprese restrittiva della concorrenza, come tale vietata dagli artt. 81 e segg. del Trattato istitutivo della Comunità Europea, oggi divenuti artt. 101 e segg. TFUE. Il tema è stato scandagliato dalle pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Arduino* del 19 febbraio

4. Sia consentito rinviare a Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, 87 e segg.

2002 (Causa C-35/99), Cipolla e Macrino del 5 dicembre 2006 (procedimenti riuniti C-94/04 e C-202/04) e Commissione contro Repubblica italiana del 28 marzo 2011 (Causa C-565/08)⁵.

In ragione di questi dubbi, con l'art. 2 del decreto Bersani, n. 223 del 4 luglio 2006, il legislatore italiano ha dapprima bandito i minimi tariffari, per poi tagliare di netto il nodo gordiano dell'ammissibilità del sistema tariffario fino a quel momento allora in vigore per le diverse professioni intellettuali: con il D.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 è stata, infatti, disposta *tout court* l'abrogazione delle "tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico e delle disposizioni vigenti che per la determinazione del compenso del professionista vi rinviano".

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha influito anche sul formante giurisprudenziale del nostro Paese⁶ e sul nostro legislatore, tant'è che oggi è dato abbastanza assodato che anche i professionisti intellettuali siano destinatari dei divieti di intese restrittive della concorrenza e di quello di abuso di posizione dominante sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, oltre che della normativa in materia di aiuti di Stato⁷. In ogni caso, a scanso di equivoci, l'articolo 3 del D. Lgs. 30/2006 ha espressamente ricondotto l'attività professionale svolta in forma di lavoro autonomo all'attività di impresa ai fini della concorrenza di cui agli articoli 81, 82 e 86 del Trattato CE (oggi articoli 101, 102 e 106 TFUE), salvo quanto previsto dalla normativa in materia di professioni intellettuali.

In parallelo, l'allargamento della nozione di impresa ai professionisti intellettuali ha anche portato ad un'interpretazione estensiva degli artt. 2598 c.c. e seguenti, che reprimono la concorrenza sleale: al riguardo ha sollevato molto interesse una pronuncia del Tribunale di Milano del 6 giugno 2017, che ha ritenuto ravvisabili atti di concorrenza sleale fra un avvocato e lo studio legale presso il quale questi prestava precedentemente

5. Per una analitica illustrazione delle decisioni della Corte di Giustizia che hanno in realtà "salvato" il sistema tariffario previsto per la remunerazione delle prestazioni degli avvocati, sia consentito rinviare a Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, cit., 139.

6. Si segnala, a tal proposito, TAR Lazio, 28 gennaio 2000, n. 466, secondo il quale la nozione di impresa cui occorre far riferimento ai fini dell'applicazione della L. n. 287/1990 sia quella, più ampia, risultante dal diritto comunitario, ferma restando comunque la non assimilabilità delle due figure ad ogni effetto.

7. Risultano, comunque, ancora pronunce di segno

contrario, fra cui Appello Bologna, 10 febbraio 2017, n. 356, ove si legge che "se è "innegabile che, sorto il profilo meramente ontologico, studi di liberi professionisti siano, di fatto, per personale, mezzi tecnici impiegati e quant'altro, assimilabili ad una azienda", è anche vero che "l'intento del legislatore inteso a differenziare nettamente la libera professione dall'attività di impresa (omissis...) va interpretato ed attuato nel senso della inapplicabilità 'tout court' del regime di responsabilità da concorrenza sleale ai rapporti tra liberi professionisti, e ciò in via di interpretazione tanto diretta, quanto analogica" (C. Cass. n. 560/2005). Né la giurisprudenza successiva appare contraria a tale posizione."

la sua attività, facendo perno sulla *ratio* della disciplina della concorrenza sleale, quale strumento di presidio del libero mercato nella prospettiva costituzionalmente orientata della tutela della libertà d'iniziativa economica in quanto tutela anche dell'interesse della collettività⁸.

La progressiva attenuazione del divieto di esercizio della professione intellettuale in forma societaria

Sul piano del divieto di esercizio delle professioni intellettuali in forma societaria, una prima apertura si è avuta con la disciplina delle società di revisione, introdotta dal D.P.R. 31 marzo 1975, n. 136, concernente il controllo contabile e la certificazione dei bilanci delle società per azioni quotate in borsa e dal D.Lgs. n. 88 del 1992, di attuazione della Dir. 84/253/CEE, relativa all'abilitazione delle persone incaricate del controllo di legge dei documenti contabili⁹.

-
8. Il riferimento è a Trib. Milano, 6 giugno 2017, n. 6359 in *Corriere giuridico*, 2018, 182 (pronuncia criticata da Spolidoro, *Concorrenza sleale fra liberi professionisti*, ivi, 145), nella cui motivazione si legge che "in definitiva, proprio la *ratio* della disciplina della concorrenza sleale, quale strumento di presidio del libero mercato, nella prospettiva costituzionalmente orientata della tutela della libertà d'iniziativa economica in quanto tutela anche dell'interesse della collettività, e, quindi, del benessere dell'utente/consumatore, pare consentire di valorizzare - in funzione di un'interpretazione estensiva dell'istituto - l'elemento che accomuna i due ambiti dell'attività d'impresa e dell'esercizio della libera professione, ovvero il fatto che, tanto l'impresa, quanto lo studio professionale, sono realtà economiche ove si svolgono attività preordinate all'acquisizione ed alla conservazione di una stabile clientela, dunque di una quota di mercato; acquisizione e conservazione su cui certamente può incidere un atto di concorrenza sleale, senza che la dimensione dei mezzi preordinati al fine economico perseguito abbia alcuna rilevanza"; ha osservato ancora il Tribunale che la lettura restrittiva dell'ambito di applicazione della norma risulta, dunque, anacronistica e riduttiva, giacché, nel contesto economico contemporaneo, caratterizzato da processi di sempre maggiore smaterializzazione della ricchezza, essa finisce per escludere dalla garanzia offerta dalla repressione degli atti sleali - con cui i soggetti che operano nel mercato si contendono quote dello stesso - ambiti e fenomeni economicamente assai rilevanti, come, appunto l'attività libero professionale. Per un commento favorevole della sentenza sia consentito richiamare Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, cit., 238.
9. Cfr. Caratozzolo, *Il controllo legale dei conti ed il collegio sindacale, dopo l'attuazione della VIII Direttiva CEE*, in *Riv. Dott. Comm.*, 1996, 16 ss. Le disposizioni ivi contenute sono successivamente confluite in parte nel t.u.f. 58 del 1998 e in parte nel D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, adottato in conformità alla Dir. 2006/43/CE relativa alle revisioni legali dei conti annuali e dei conti consolidati, che ha abrogato la Dir. 84/253/CEE. Per un'aggiornata sintesi delle regole vigenti in Italia in materia di revisione legale dei conti e per una prospettiva comparata si rinvia a S. Balzola, *La revisione legale dei conti*, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea* diretto da G. Ajani-G.A. Benacchio, IV - *Le società* a cura di P. Montalenti, Torino, in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli. 2017, n. 356, ove si legge che "se è "innegabile che, sorto il profilo meramente ontologico, studi di liberi professionisti siano, di finto, per personale, mezzi tecnici impiegati e quant'altro, assimilabili ad una azienda", è anche vero che "l'intento del legislatore inteso a differenziare nettamente la libera professione dall'attività di impresa (omissis...) va interpretato ed attuato nel senso della inapplicabilità 'tout court' del regime di responsabilità da concorrenza sleale ai rapporti tra liberi professionisti, e ciò in via di interpretazione tanto diretta, quanto analogica" (C. Cass. n. 560/2005). Né la giurisprudenza successiva appare contraria a tale posizione."

Le società di revisione sono state ben presto seguite da quelle di ingegneria, dapprima regolate dagli artt. 17 e 18 della L. n. 109 del 1994, legge quadro in materia di lavori pubblici, e poscia disciplinate dall'art. 90, 2° comma del Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che ha abrogato la legge previgente e che, a sua volta, è stato sostituito dal D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, c.d. Codice dei contratti pubblici, più volte anche recentemente ritoccato. Stando alla formulazione originaria dell'art. 17 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, poteva infatti essere affidata alle cosiddette società di ingegneria – secondo alcune pronunce soltanto nell'ambito di appalti pubblici – la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo ed esecutivo o di parti di essi nonché lo svolgimento di attività tecnico amministrative connesse alla progettazione, in deroga appunto al divieto di cui all'art. 2 della L. n. 1815 del 1939, che non si applicava loro per espressa “concessione” legislativa. Dunque, per effetto della L. n. 109 del 1994 lo svolgimento di attività tradizionalmente riservate agli iscritti all'Ordine degli ingegneri poteva essere dedotto quale oggetto di una società anche costituita utilizzando i modelli capitalistici.

Successivamente il legislatore è sembrato deciso a “rompere gli argini”, elidendo il divieto di costituzione di società fra professionisti. L'intervento è stato operato dall'art. 24 della L. n. 266/1997 (c.d. legge Bersani) che si è però limitata ad abrogare, con una laconica disposizione, l'art. 2 della L. n. 1815/1939¹⁰. Il citato provvedimento, intitolato “Interventi urgenti per l'economia”, nelle originarie intenzioni, avrebbe voluto preludere ad una generale riforma delle professioni intellettuali almeno sotto il profilo delle loro modalità organizzative: il suo 2° comma affidava ad un emanando decreto ministeriale l'individuazione dei requisiti per l'esercizio delle attività di cui all'art. 1 della L. n. 1815 del 1939, che avrebbe così dovuto definire le forme societarie utilizzabili¹¹. I tempi non erano però forse ancora maturi, in quanto troppi ostacoli di tipo concettuale si frapponevano all'esercizio in forma collettiva dell'attività professionale, tra cui la natura necessariamente personale della relativa prestazione e il dogma del suo carattere non imprenditoriale. Il decreto non venne quindi mai emanato.

10. L'art. 24 della c.d. L. Bersani così disponeva: “1. L'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, è abrogato. 2. Ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro di grazia e giustizia, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e, per quanto di competenza, con il Ministro della sanità, fissa con proprio decreto, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, i requisiti per l'esercizio delle attività di cui all'art. 1 della L. 23 novembre 1939, n. 1815”.

11. L'art. 24 della c.d. L. Bersani così disponeva: “1. L'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1815, è abrogato. 2. Ai sensi dell'art. 17, comma 3, della L. 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro di grazia e giustizia, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e, per quanto di competenza, con il Ministro della sanità, fissa con proprio decreto, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, i requisiti per l'esercizio delle attività di cui all'art. 1 della L. 23 novembre 1939, n. 1815”.

La società fra avvocati

Un timido passo avanti è stato fatto invece con il D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, di attuazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 98/5/CE del 16 febbraio 1998, in materia di facilitazioni all'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale. Sfruttando l'occasione offerta dalla trasposizione delle norme comunitarie nel nostro ordinamento, il legislatore delegato ha consentito, per la prima volta e a determinate condizioni, l'esercizio in forma collettiva della professione forense, in virtù di un modello organizzativo diverso da quello tradizionalmente imposto dalla L. n. 1815 del 1939 e ricalcato sullo schema della società in nome collettivo. La sua previsione è stata però circondata da specifiche cautele che hanno indubbiamente contribuito a segnare la sorte: tra esse occorre ricordare la personalità della prestazione, il diritto del cliente di scegliere il proprio difensore, la responsabilità personale dell'avvocato e la sua piena indipendenza, nonché la soggezione della società professionale a un concorrente regime di responsabilità e ai principi di deontologia generali propri delle professioni intellettuali e specifici dell'avvocato. La legge in questione esclude la partecipazione alla società fra avvocati (s.t.a.) di persone che non abbiano il relativo titolo e non esercitino la relativa professione e non consente la presenza di amministratori non soci. A ribadire la specialità di queste società, il legislatore ne prescrive l'iscrizione in un'apposita sezione del registro delle imprese, relativa, appunto, alle società tra professionisti, con funzione di semplice certificazione anagrafica e di pubblicità notizia, analogamente a quanto previsto per la società semplice e a dispetto del fatto che il modello evocato è quello della s.n.c. In parallelo è previsto il suo inserimento nell'albo degli avvocati.

L'art. 24 del D.lgs. 96 del 2001 si premura di dettare alcune disposizioni volte a conciliare l'esercizio in comune dell'attività forense con il requisito inderogabile della personalità della prestazione. E così, viene specificato che l'incarico professionale è conferito alla società, la quale sola diventa creditrice dei compensi derivanti dall'attività professionale, ma al contempo si evince che l'incarico sarà svolto da uno o più soci scelti dal cliente o, in difetto di scelta, dal professionista individuato dalla società il cui nominativo deve essere comunicato al cliente. La società risponde delle obbligazioni assunte con tutto il suo patrimonio, ma al contempo sono responsabili personalmente e illimitatamente anche i soci che hanno svolto l'incarico; ove sia mancata la preventiva comunicazione al cliente del nominativo dei soci incaricati, rispondono inoltre illimitatamente e

solidalmente tutti i soci¹². L'amministrazione della società non può essere affidata a terzi, contrariamente a quanto perlopiù si ammette oggi in generale con riferimento al tipo società in nome collettivo¹³.

Quanto alla natura dell'attività esercitata, il legislatore sembra escluderne la riconducibilità ad un'impresa commerciale: sia la registrazione nella sezione speciale, sia l'esplicita sottrazione al fallimento sancita espressamente dall'art. 16, 3° co. inducono a ritenere che si tratti di un nuovo modello di società utilizzabile per l'esercizio di attività economica, sì, ma non imprenditoriale.

La Legge n. 183 del 2011

Il radicale mutamento di prospettiva rispetto all'impostazione tradizionale del Codice civile si è avuto soltanto con la L. n. 183 del 2011 (così come modificata dal D.L. n. 1 del 2012 convertito dalla L. n. 27 del 2012): essa è stata preceduta dal D.L. n. 138 del 2011, di riforma delle professioni intellettuali, convertito dalla L. n. 148 del 14 settembre 2011, che ha imposto che l'esercizio dell'attività risponda senza eccezioni al principio di libera concorrenza, alla presenza diffusa dei professionisti su tutto il territorio nazionale, alla differenziazione e pluralità di offerta che garantisca l'effettiva possibilità di scelta degli utenti nell'ambito della più ampia informazione relativamente ai servizi.

La L. n. 183 del 2011, a sua volta, ha comportato l'ampliamento delle forme organizzative in cui tali professioni possono articolarsi, consentendo ai professionisti di costituire società per l'esercizio "di attività professionali regolamentate nel sistema ordinistico", secondo uno dei modelli disciplinati dai Titoli V e VI del Codice civile, ovvero secondo lo schema delle società di persone o delle società di capitali o secondo i tipi cooperativi. Le relative previsioni, tuttavia, come meglio si vedrà, sono ritenute non applicabili all'esercizio in forma societaria della professione forense, stante la specialità dei modelli introdotti per queste ultime dalla legislazione speciale, costituita dapprima dal già ricordato D.lgs. 96 del 2001 e oggi dall'art. 4-bis della L. n. 247 del 2012. È però indubbio l'impatto di questa normativa anche sull'esercizio in forma societaria della professione forense.

12. Per le obbligazioni sociali non derivanti dall'attività professionale - il riferimento sembra essere operato alle attività strumentali anche se non ne sono chiari i confini - rispondono invece personalmente e solidalmente tutti i soci, in applicazione dei generali principi della società

in nome collettivo; il patto contrario non ha effetto nei confronti dei terzi.

13. Stagno D'Alcontres-De Luca, *Le società, Le società in generale. Le società di persone*, t. 1, Torino, 2015, 188; Cottino (a cura di) *Lineamenti di diritto commerciale*, Bologna-Torino, 2022, 234.

Innanzitutto, l'art. 10 della l. 183 del 2011, pur non contenendo alcuna disposizione riferita alla natura imprenditoriale o meno dell'attività esercitata dalla società e alla sua fallibilità, racchiude alcune previsioni che sembrano avvicinare le società fra professionisti agli imprenditori¹⁴. Tra queste un ruolo rilevante è assunto dal 4° comma, lett. b, che ammette a fare parte della compagine sociale, oltre ai soci professionisti iscritti ad ordini, albi e collegi, anche soggetti privi di tale qualificazione, che tuttavia apportino prestazioni tecniche oppure capitale, con finalità di investimento. Viene però stabilito che il numero dei soci professionisti e la loro partecipazione al capitale dovranno essere regolati nell'atto costitutivo in modo, recita la norma, da "determinare la maggioranza di due terzi nelle deliberazioni o decisioni dei soci".

Su un altro piano, quello della prestazione professionale, la legge ribadisce il principio, già contenuto nel D.Lgs. n. 96 del 2001, che l'atto costitutivo debba prevedere l'esercizio in via esclusiva dell'attività professionale dei soci; viene invece sancita per la prima volta esplicitamente la legittimità delle cosiddette società multidisciplinari.

Quanto al tradizionale requisito dello svolgimento personale della prestazione professionale, la legge demanda all'atto costitutivo la previsione di criteri e modalità affinché l'esecuzione dell'incarico conferito alla società sia eseguito solo dai soci in possesso dei requisiti per l'esercizio della prestazione professionale richiesta, previsione rafforzata dal D.P.R. n. 34 del 2013 di attuazione della normativa. È ovviamente vietata, almeno sulla carta, ogni ingerenza dei soci non professionisti sugli incarichi professionali e il socio che esegue le prestazioni professionali può opporre agli altri soci il segreto su quanto a lui affidato. Non è regolato il modo in cui il professionista che ha eseguito la prestazione verrà remunerato, anche che è ragionevole pensare che il compenso per la prestazione professionale venga corrisposto dal cliente direttamente alla società e che il socio che lo ha eseguito riceva semmai un acconto sugli utili che gli spettano, sempre naturalmente che il tipo di società adottato lo consenta.

Con riferimento alle formalità pubblicitarie, la società così regolata, oltre a dover obbligatoriamente contenere nella sua denominazione (o

14. Sulla L. n. 183 del 2011, v. ex multis, Toffoletto, *Società fra professionisti*, in *Società*, 2012, 31; Rombolà, *Società tra professionisti un'analisi ragionata della nuova figura giuridica*, in *Altalex*, 2013, G. Verna, *La disciplina sulle società professionali: novità, conferme, osservazioni critiche*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 724; Cagnasso, *L'oggetto sociale della società tra professionisti e della società tra avvocati*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 297, Cian, *La nuova società fra professionisti. Primi interrogativi e*

prime riflessioni, in *Leggi Civ. Comm.*, Padova, 2012, 3; Montalenti, *Società tra professionisti, società tra avvocati, associazioni professionali: la montagna e il topolino*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 268; Verna, *La disciplina sulle società professionali: novità, conferme, osservazioni critiche*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, 724; Marasà, *I confini delle società tra professionisti*, in *Società*, 2012, 399, Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, cit., 247.

ragione sociale) l'indicazione di società fra professionisti (s.t.p.), deve iscriversi nella stessa sezione speciale del registro delle imprese nella quale sono iscritte le società tra avvocati disciplinate dal D.Lgs. n. 96 del 2001, così come disposto dal D.P.R. n. 34 del 2013, che ha cura di precisare che l'iscrizione ha funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia. Non viene chiarito però se tale iscrizione sia l'unica forma di pubblicità nel registro delle imprese, come previsto per la s.t.a., oppure se essa si affianchi all'iscrizione nella sezione ordinaria ove debbono iscriversi le società commerciali, qualunque sia il loro oggetto, ai sensi dell'art. 2200 c.c.

Non è regolata inoltre la responsabilità della società per l'esecuzione dell'incarico professionale. Il silenzio al riguardo, secondo una parte della dottrina, manifesterebbe "la volontà del legislatore [...] di escludere da ogni responsabilità l'ente, a beneficio della sua stabilità"¹⁵. Se così fosse, però, la società fra professionisti si ridurrebbe ad una società di mezzi per consentire ai professionisti soci di esercitare la propria attività e non costituirebbe invece un nuovo modello organizzativo di esercizio collettivo dell'attività professionale, scopo che invece sembrerebbe essere stato perseguito dal legislatore.

Sembra quindi da prediligersi la diversa interpretazione che conduce a ritenere sussistente la responsabilità della società per l'eventuale inadempimento (o inesatto adempimento) dell'incarico.

Nulla si dice, a differenza di quanto disposto per la s.t.a. dal D.Lgs. n. 96 del 2001, in ordine alla eventuale responsabilità del socio che ha eseguito materialmente l'incarico. Nella s.t.a. chi ha svolto la prestazione risponde in solido con la società del relativo adempimento, coerentemente, peraltro, con le regole del tipo società in nome collettivo, caratterizzato dalla naturale responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci per le obbligazioni sociali. Tale regola non sembrerebbe invece applicabile alle società tra professionisti regolate dalla L. n. 183 del 2011 allorquando la forma prescelta sia quella delle società di capitali, stante il principio della responsabilità limitata dei soci alla sola quota conferita. Al cliente non resterebbe che far valere la responsabilità della società¹⁶. Se si accoglie tale ricostruzione, la legge in questione segna una grande novità in materia di esercizio collettivo dell'attività intellettuale che viene effettivamente

15. Toffoletto, *Società tra professionisti*, cit., 36.

16. La soluzione proposta benché preferibile fa però perdere di significato sia alle disposizioni che regolano l'affidamento dell'incarico consentendo al cliente di scegliere il o i professionisti che più gli aggradano sia alla regola egualmente contenuta nel

D.M. n. 34 del 2013 che legittima il professionista ad avvalersi nell'esecuzione dell'incarico della collaborazione di ausiliari sotto la propria direzione e responsabilità. Tuttavia non pare che la norma regolamentare possa superare le regole dettate dal Codice civile per il modello adottato, norme a cui l'art. 10, comma 3, L. n. 183 del 2011 rinvia.

ricondotto, almeno per i modelli di società di capitali, alle logiche dell'impresa, seppure con qualche correttivo¹⁷.

Un aspetto controverso riguarda l'applicabilità delle disposizioni della L. n. 183 del 2011 all'esercizio in forma societaria della professione legale. All'indomani del suo varo, la tesi prevalente era restrittiva e si fondava sulla natura speciale delle previsioni contenute nel D.lgs. 96 del 2001, il cui art. 16 espressamente dispone che "l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della società fra professionisti, denominata nel seguito società fra avvocati". Si riteneva pertanto che fosse utilizzabile il solo modello societario speciale di cui all'art. 16 e segg. D.lgs. 96 del 2001, escludendosi l'applicabilità dell'art. 10 della l. 183 del 2011¹⁸.

Le società fra avvocati (e le modifiche della legge sulla concorrenza)

Le regole applicabili alle aggregazioni di avvocati sono state arricchite con l'introduzione della L. n. 247 del 2012 e con le successive modifiche apportate dalla legge sulla concorrenza 124 del 2017. Ed infatti, successivamente al D.Lgs. n. 96 del 2001 e alla L. n. 183 del 2011 il legislatore è intervenuto a complicare il quadro, introducendo un nuovo modello per l'esercizio della professione forense in forma societaria. Il riferimento è alla L. n. 247 del 31 dicembre 2012 che, oltre a disciplinare *ex novo* la professione di avvocato, sostituendo dopo oltre settant'anni la previgente regolamentazione costituita dal R.D. n. 1578 del 1933, ha ampliato il novero delle forme societarie utilizzabili ponendo alcuni seri problemi di coordinamento con i precedenti interventi di cui si è dato conto. La legge è stata successivamente modificata dalla c.d. legge sulla concorrenza n. 124 del 2017.

La L. n. 247 prevede al riguardo, in aggiunta al tradizionale strumento dell'associazione fra avvocati, disciplinato dall'art. 4 e esplicitamente sottratta al fallimento, l'esercizio della professione forense in forma societaria. Le nuove disposizioni contenute nell'art. 4-bis, così come riscritto

17. Considerazioni analoghe a quelle appena svolte valgono anche in tema di recesso. Ed infatti poiché la legge in questione non ha introdotto norme peculiari sul suo esercizio, si dovranno seguire le prescrizioni dettate per ciascun tipo societario, con una significativa compressione della libertà del singolo professionista di sciogliersi da un contratto associativo da cui invece, secondo i principi che governano lo svolgimento della libera

professione, dovrebbe potersi liberare anche soltanto allorquando non condivida più le decisioni della maggioranza.

18. Cfr. anche per ulteriori richiami, Marasà, *Società e associazioni forensi dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 141, l. 4 agosto 2017, n. 124: prime considerazioni e interrogativi*, in *Giur. Comm.*, 2018, 28. *Contra*, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, a cura di M. Campobasso 2015, 22.

dalla L. n. 124 del 2017, ne consentono infatti l'esercizio nelle forme delle società di persone, delle società di capitali o delle società cooperative, che debbono iscriversi in un'apposita sezione speciale dell'albo tenuto dall'Ordine territoriale nella cui circoscrizione ha sede la società; nulla si dice, invece, con riguardo all'eventuale ulteriore pubblicità nel registro delle imprese, adempimento che non è chiaro se debba o meno affiancarsi all'inserimento nell'albo della categoria. Nel silenzio della norma e in difetto di una diversa previsione (quale quelle contemplata dal D.lgs. 96 del 2001 o dal D.p.r. 34 del 2013) si dovrebbero ritenere applicabili le regole codicistiche, cosicché la società si iscriverà nella sezione ordinaria del registro delle imprese ove si tratti di società commerciale e in quella speciale nel caso in cui si tratti di società semplice.

Quanto alla compagine sociale, analogamente a quanto previsto dall'art. 10 della L. n. 183 del 2011, il nuovo art. 4-*bis* della legge consente che anche la società fra avvocati ivi disciplinate possano contare fra i loro soci soggetti che non siano muniti del relativo titolo. L'articolo, così come modificato dalla legge annuale sulla concorrenza n. 124/2017, richiede però che "i soci, per almeno due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto, devono essere avvocati iscritti all'albo, ovvero avvocati iscritti all'albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni". Non viene specificato quali prestazioni siano chiamati ad effettuare i soci non professionisti né se possano essere soci di capitale.

Resta però fermo il principio della personalità della prestazione professionale, nonché la regola secondo cui l'incarico può essere svolto soltanto da soci professionisti in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento della specifica prestazione professionale richiesta dal cliente, i quali devono assicurare per tutta la durata dell'incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando possibili conflitti di interesse o incompatibilità, iniziali o sopravvenuti. Quanto alla gestione della società, il 2° comma dell'art. 4-*bis* della L. n. 247 stabilisce che "b) la maggioranza dei membri dell'organo di gestione deve essere composta da soci avvocati" e che "c) i componenti dell'organo di gestione non possono essere estranei alla compagine sociale; i soci professionisti possono rivestire la carica di amministratori".

La legge risolve inoltre la questione della responsabilità per l'esecuzione dell'incarico, problema che come si è visto resta invece aperto per le altre società fra professionisti: viene stabilito in modo esplicito che la responsabilità della società e quella dei soci non esclude quella del professionista che ha eseguito la specifica prestazione (art. 4-*bis*, co. 4°). La volontà del legislatore è chiara, con la conseguenza che ove sia adottato un modello di società con soci a responsabilità limitata il socio esecutore risponderà comunque personalmente della imperfetta esecuzione della prestazione.

Esclusività del modello?

L'entrata in vigore delle nuove regole ha però fatto sorgere dubbi sui rapporti fra la L. n. 183/2011, che costituisce oggi la normativa generale in materia di società fra professionisti e la L. n. 247/2012, come modificata dalla legge annuale sulla concorrenza del 2017, non essendo chiaro se la prima costituisca comunque una cornice di riferimento all'interno della quale si colloca la disciplina speciale integrata dall'art. 4-bis della L. n. 247 del 2012, oppure se l'esercizio in forma societaria della professione legale sia integralmente ed esclusivamente regolato dalla *lex specialis* costituita appunto dall'art. 4-bis, senza spazi residui per l'operatività della L. n. 183 del 2011.

A mio modesto avviso, la soluzione preferibile sarebbe quest'ultima, anche tenendo conto del dichiarato obiettivo di riformare l'intero ambito delle professioni protette sotteso all'art. 10 della L. 183 del 2011; l'orientamento giurisprudenziale sembrerebbe però privilegiare l'opposta ricostruzione, favorevole a un'interpretazione più in linea con le istanze conservatrici che innervano l'esercizio della professione legale e con la specialità delle relative disposizioni. Sul rapporto fra normativa generale e regole speciali in tema di società fra avvocati sono, infatti, intervenute le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 19282 del 19 luglio 2018, che riguardava invero il contrasto fra le disposizioni del D.lgs. 96 del 2011 e l'art. 10 della L. 183 del 2011. La questione verteva sull'inscrivibilità nel relativo albo professionale di una società multidisciplinare fra due avvocati e una commercialista, consentita dall'art. 10 della L. 183 del 2011, ma non dal D.lgs. 96 del 2001¹⁹.

La Corte ha fatto salva la validità della società multidisciplinare alla luce dello *ius superveniens* costituito dall'art. 4-bis della L. n. 241 del 2012 e ha altresì affermato che a partire dal 1° luglio 2018 l'esercizio in forma associata della professione forense è regolato dalla L. n. 247 del 2012, art. 4-bis che - sostituendo la previgente disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 96/2001, artt. 16 e ss. - consente la costituzione di società di persone, di capitali o cooperative i cui soci siano, per almeno due terzi del capitale sociale e dei diritti di voto, avvocati iscritti all'albo, ovvero avvocati iscritti all'albo e professionisti iscritti in albi di altre professioni, società il cui organo di gestione deve essere costituito solo da soci e, nella sua maggioranza, da soci avvocati.

19. Nel caso di specie, infatti, due avvocati avevano richiesto l'iscrizione all'albo di uno studio legale in forma di società professionale in accomandita semplice intercorrente fra i medesimi avvocati e una terza socia, laureata in economia. Di lì a poco era entrata in vigore la L. 247 del 2012. In

proposito il CNF aveva ritenuto inapplicabile la disciplina di cui alla L. n. 183 del 2011, art. 10, commi da 3 a 11, e vigente il divieto di società multidisciplinari per gli avvocati contenuto nell'art. 5 della relativa legge professionale (L. n. 247 del 2012).

Da tale pronuncia sembrerebbe pertanto che le nuove forme abbiano soppiantato anche il modello di s.t.a. ex D.lgs. 96 del 2001, essendo in questo caso subentrata una *lex specialis* posteriore, l'art. 4-bis della L. n. 247 del 2012, ad un'altra legge speciale, il D.lgs. n. 96 del 2001. Dunque non sarebbero applicabili alle società fra avvocati né le regole dettate dall'art. 10 della L. n. 183 del 2011, né il modello della s.t.a. di cui al D.lgs. 96 del 2001²⁰, soluzione che però solleva qualche dubbio, come si vedrà *infra*.

Aspetti di diritto concorsuale

La L. n. 247 del 2012 non chiarisce se le società fra avvocati svolgano o meno un'attività di impresa e se siano assoggettabili al fallimento o, dopo l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, D.lgs. 14 del 2019, alla liquidazione giudiziale. L'assenza di un'espressa deroga, sancita invece per le società tra avvocati regolate dal D.Lgs. n. 96 del 2001 (art. 16, comma 3°), ma non contemplata neppure dalla L. n. 183 del 2011, sembra deporre a favore di un progressivo avvicinamento delle società fra professionisti alle imprese, ma solleva delicati problemi interpretativi.

Successivamente all'entrata in vigore della L. n. 183 del 2011 e prima dell'introduzione del modello di s.t.a. regolato dall'art. 4-bis della L. n. 247 del 2012 ad opera della L. 124 del 2017, erano state prospettate diverse interpretazioni con riferimento alla "natura" delle società fra professionisti di cui all'art. 10 L. n. 183 del 2011, che in parte potrebbero valere anche con riferimento al nuovo modello di s.t.a.

Secondo una prima lettura, muovendo dal richiamo operato dall'art. 10, comma 3°, L. n. 183 del 2011 ai diversi tipi di società offerti dai Titoli V e VI del libro V del Codice civile, si potrebbe infatti ritenere che, al di fuori dell'impiego della società semplice che non esercita attività commerciale, per le altre forme si applichi la rispettiva disciplina, compresa l'assoggettabilità a fallimento o a liquidazione giudiziale, laddove ne ricorrano i presupposti, dandosi per scontato che l'oggetto sia imprenditoriale. Questa interpretazione potrebbe però non valere per il modello disegnato dalla L. n. 247 del 2012 nella quale viene accentuato il principio della personalità della prestazione e viene espressamente vietato che la partecipazione possa avvenire tramite società fiduciarie, trust o per interposta persona.

20. Si legge nella motivazione "2.5. In conclusione, prima del cit. art. 4-bis, unico consentito modello societario tra avvocati era quello di cui al D.Lgs. n. 96 del 2001, artt. 16 e ss. Oggi, invece, il carattere anch'esso speciale dell'art. 4-bis della legge

professionale degli avvocati fa sì che tale nuova disciplina prevalga sulla (anteriore e) generale disposizione della L. n. 183 del 2011, art. 10 e sulla parimenti speciale, ma anteriore, disciplina di cui al D.Lgs. n. 96 del 2001, artt. 16 e ss".

Secondo un'altra interpretazione sarebbe invece esclusa la fallibilità (o l'assoggettamento alla liquidazione giudiziale) per qualsivoglia s.t.p. dal momento che la L. n. 183 del 2011 impone a tali società di porre in essere per statuto solo attività "professionale", ammettendo i soci non professionisti a svolgere soltanto funzioni meramente tecniche o di investimento²¹: l'attività sarebbe quindi economica, ma non d'impresa. Questa ricostruzione sarebbe *a fortiori* predicabile per la s.t.a. data la connotazione "personalistica" dell'esecuzione dell'incarico

Infine, secondo una terza lettura, la risposta andrebbe ricercata caso per caso, individuando in concreto le caratteristiche di *governance* della società per verificare se essa abbia o meno oggetto imprenditoriale: si dovrebbe allora propendere per tale ipotesi laddove il suo governo sia nelle mani di soggetti che non svolgono attività professionale, ma si limitano a coordinare ed organizzare le prestazioni professionali svolte dai soci professionisti. Allora si potrebbe concretizzare lo scenario dell'art. 2238, comma 1°, c.c., cioè sarebbe integrata la fattispecie in cui, come recita la disposizione codicistica, l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa²². Per la s.t.a. tale

21. Rombolà, *Società tra professionisti un'analisi ragionata della nuova figura giuridica*, in Altalex, 2013, G. Verna, *La disciplina sulle società professionali: novità, conferme, osservazioni critiche*, in Giur. Comm., 2014, I, 724. Quest'ultima è la soluzione seguita dall'unica sentenza edita in argomento emessa dal Tribunale di Forlì, di cui dà conto Paganini, *Non assoggettabili a fallimento le s.t.p.* in *Il fallimentarista.it*, 19 settembre 2017. Il Tribunale di Forlì, con decreto del 25 maggio 2017, ha rigettato il ricorso per la dichiarazione di fallimento presentato dai creditori di una s.t.p. costituita in forma di Srl e messa in liquidazione volontaria dai soci, ex art. 2484, comma 1°, n. 3, c.c. e ai sensi dell'articolo 19, comma 1, lett. b) L. 183/2011. Il giudice, nell'iter argomentativo, rammenta che sono soggetti al fallimento ex art. 1 LF gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale e che abbiano superato le soglie di cui all'art. 1, comma 2, LF. Nel caso di specie, che pure superava le soglie previste dalla legge, il Tribunale specifica che "non è possibile ritenere sussistente per la società la qualità di imprenditore e l'esercizio di un'attività commerciale, necessari ai fini dell'assoggettabilità al fallimento" in quanto, secondo i giudici, anche in assenza di specifiche previsioni in relazione alla assoggettabilità alle procedure concorsuali e al fallimento di una s.t.p. da parte della l. 183/2011 la s.t.p. costituita per

l'esercizio in via esclusiva di una o più attività professionali e che abbia effettivamente svolto - sempre in via esclusiva - tale attività non può essere assimilata alle altre società commerciali, non esercitando un'attività commerciale e non rivestendo la qualità di imprenditore.

22. Ma ciò si verificherebbe anche nel caso in cui il potere gestorio si concentri nelle mani di soci che abbiano le qualificazioni professionali ma che non siano esecutori dei relativi incarichi. In questi termini Marasà, *Professioni intellettuali e forme societarie: il pensiero di Giorgio Oppo e le recenti riforme*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, p. 436. In termini analoghi, Cagnasso, *L'oggetto sociale della società tra professionisti e della società tra avvocati*, cit. p. 302 secondo il quale con riferimento alle società che esercitano un'attività protetta si avrebbe esercizio di attività economica ma non d'impresa, mentre l'esercizio collettivo di un'attività d'impresa si potrebbe avere soltanto nel caso in cui ci si trovasse di fronte ad una società con una preponderanza di soci non professionisti nella governance. In tale caso, però, "parrebbe poter venire in considerazione la fattispecie contemplata dall'art. 2238 c.c. e cioè il caso di un'attività organizzata in forma di impresa ove l'esercizio della professione costituisce un semplice elemento della stessa".

ipotesi dovrebbe essere scongiurata dalla prescrizione che impone che la maggioranza dei membri dell'organo di gestione sia composta da soci avvocati, anche se potrebbe trattarsi di avvocati che non esercitano in concreto la loro attività professionale nella società, ma che sovrintendono all'esercizio della stessa da parte degli altri professionisti.

Infine, va preso atto che nessuna espressa indicazione proviene dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, come sarebbe invece stato auspicabile: il nuovo Codice si limita ad assoggettare alla liquidazione giudiziale (procedura che subentra al fallimento) gli imprenditori commerciali che non dimostrino di essere imprese minori (art. 121 del Codice) e riserva invece le procedure di composizione della crisi d'impresa "al professionista", al consumatore, all'imprenditore agricolo, all'imprenditore minore, alle *start-up* innovative e agli altri debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale o a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal Codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza (art. 2, co. 1° lett. c).

L'associazione professionale

Un ultimo cenno meritano le associazioni fra avvocati. Accanto alle forme societarie di cui si è trattato, continua, infatti, a sopravvivere la figura dell'associazione professionale, che costituisce tuttora la forma di aggregazione fra avvocati più diffusa²³. La validità del modello associativo accanto a quello societario è peraltro confermata dalla clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 10, comma 9° della L. 183 del 2011 ("*restano salve le associazioni professionali, [...]*"). La norma va coordinata con il comma 11°, che abroga la L. 1815 del 1939 e che sembra sancire la sopravvivenza delle associazioni professionali già costituite in forza della L. 1815 del 1939, nonostante la sua successiva abrogazione. Un dubbio potrebbe però sorgere con riguardo alle associazioni di avvocati, se si condividesse la tesi espressa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nel 2018 sul rapporto fra la L. n. 183 del 2011 e la L. n. 247 del 2012: ove si ritenga che la prima, pur avendo carattere generale, non operi per le forme di esercizio collettivo della professione forense, diventa arduo sostenere che la clausola di salvaguardia si riferisca anche alle associazioni fra avvocati. Si dovrebbe allora concludere che le associazioni già costituite in base alla l. 1815 del 1939, poi abrogata, sarebbero prive di specifico referente

23. Ad esempio, nel distretto milanese, nell'anno 2021 fronte di 34 STA e 23 STP. vi erano più di mille associazioni tra avvocati, a

normativo, rispolverandosi le tesi registrate in passato con riguardo alle associazioni fra professionisti²⁴.

Ad ogni modo, anche ove difettasse il substrato normativo costituito dalla L. n. 1815 del 1939, le associazioni fra avvocati potrebbero essere costituite seguendo le nuove forme regolate dall'art. 4 della L. n. 247 del 2012, che ammette finalmente anche la costituzione di associazioni multidisciplinari²⁵. Tale norma si applicherebbe quindi alle associazioni tra avvocati, alle associazioni multidisciplinari e, secondo alcuni, anche alle associazioni tra professionisti in cui tra gli associati vi è anche almeno un avvocato²⁶.

Ai sensi dell'art. 4, 3° co. “possono essere soci (sic!) delle associazioni tra avvocati solo coloro che sono iscritti al relativo albo” e “le associazioni tra avvocati sono iscritte in un elenco tenuto presso il consiglio dell'ordine nel cui circondario hanno sede [...]” (art. 4, 3° co.) Viene anche precisato che “le associazioni fra professionisti possono indicare l'esercizio di attività proprie della professione forense fra quelle previste dal proprio oggetto sociale [...], solo se tra gli associati vi è almeno un avvocato iscritto all'albo”.

Tema interessante, su cui si soffermerà un altro relatore, è quello della responsabilità degli associati: è pacifico che costoro rispondono individualmente per gli incarichi che ciascuno assume, circostanza che viene confermata dall'art. 4, co. 9°, ove si ha cura di precisare che “l'incarico professionale è tuttavia sempre conferito all'avvocato in via personale”. Vi è, invece, una responsabilità solidale in ipotesi di assunzione di incarico congiunto e ciò indipendentemente dalla circostanza che sia possibile individuare le rispettive attività in concreto svolte²⁷.

24. Un primo e maggioritario orientamento riconduce lo studio professionale all'associazione non riconosciuta del Primo Libro del Codice civile, richiamando anche altri fenomeni di aggregazione di interessi, con la conseguente qualificabilità come centri autonomi di imputazione di rapporti giuridici e fornite di soggettività (v. ad es., Cass., 13 aprile 2007, n. 8853); un secondo orientamento ha svalutato l'attitudine dell'associazione a essere soggetto di diritti (v. ad es., Cass., 10 luglio 2006, n. 15633), qualificandola dunque come un fascio di rapporti obbligatori interni le cui obbligazioni verso terzi sono ascrivibili a una comunione; una terza lettura riserva lo svolgimento della prestazione d'opera professionale al singolo, ma valorizza l'esercizio comune di tale attività da parte degli associati, che nel fare ciò in sostanza verrebbero a configurare una formazione collettiva avente i caratteri della s.s. (v. ad es., Cass., 23 maggio 1997, n. 4628). L'argomento è affrontato approfonditamente da M. Sarale e M. Cavanna, *Le professioni protette, dagli studi associati alle società*, in *Giur. It.*, 2020, pp. 1247 e segg.

25. Le nuove associazioni troverebbero quindi la propria disciplina nell'art. 4 L. 31 dicembre 2012, n. 247 che disciplinerebbe le associazioni tra avvocati, le associazioni multidisciplinari e, pare, le associazioni tra professionisti in cui tra gli associati vi è anche almeno un avvocato: al riguardo v. Marasà, *Società e associazioni forensi dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 141, l. 4 agosto 2017, n. 124: prime considerazioni e interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2018, 1, I, p. 31).

26. V. Marasà, *Società e associazioni forensi dopo le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 141, l. 4 agosto 2017, n. 124: prime considerazioni e interrogativi*, in *Giur. comm.*, 2018, 1, I, p. 31).

27. Musolino, op. cit., p. 293; in precedenza, cfr. Amato, *“Nuovi rischi” da obbligazioni di risultato e da svolgimento di professioni liberali: riflessi sui profili contrattuali dell'assicurazione di responsabilità professionale*, in AA.VV., *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, a cura di Busnelli e Comandé, Milano, 2009, p. 20)

Più complicata è invece la posizione dell'associazione; le associazioni tra avvocati presentano minori garanzie patrimoniali delle società, tanto che non v'è obbligo di dotazioni patrimoniali minime, né di redazione di bilancio e delle relative formalità, oltre all'assenza di un sistema di pubblicità che consenta ai terzi di conoscere la consistenza patrimoniale dell'ente. Non stupisce quindi che una parte della giurisprudenza abbia messo in discussione la soggettività giuridica delle associazioni tra professionisti, negando la natura di autonomi centri di interessi e ritenendo che non possano avere rapporti con i clienti e, dunque, non possano essere nemmeno responsabili nei loro confronti. Dietro a ciò si cela una lettura restrittiva e tradizionale, anche se non l'unica possibile, dell'articolo 2232 c.c., secondo cui "Il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto".

Sotto il profilo fiscale e previdenziale, esse possono produrre redditi propri che sono determinati secondo i criteri di cassa, sono obbligate a stipulare polizze assicurative e possono concludere con avvocati contratti di associazione in partecipazione ai sensi degli articoli 2549 c.c. Sul tema si soffermeranno altre relazioni.

Una (provvisoria) conclusione in tema di professionista e imprenditore

Il disegno che si è tentato di tracciare nei paragrafi che precedono dimostra una certa oscillazione tra la chiara volontà di "imprenditorializzare" le professioni intellettuali assoggettandole alle regole del mercato, di cui si sono fatti interpreti alcuni Governi, e una resistenza opposta dalle categorie interessate, in alcuni casi forse arroccate «su difese non di rado anacronisticamente legate ad una visione 'ottocentesca' della professione»²⁸, ma spesso animate anche dall'intento di salvaguardare valori costituzionalmente garantiti di cui sono paladine alcune professioni, quale quella legale (art. 24 Cost.). Oscillazione che ad oggi non è riuscita a trovare ancora un suo punto di equilibrio, come mostra lo scarso ricorso, fino ad ora, ai nuovi modelli della società fra professionisti e della società tra avvocati.

Pertanto, a parte l'ipotesi in cui sia lo stesso legislatore a sancire espressamente che l'esercizio in forma collettiva di una professione intellettuale non costituisce attività di impresa o non è assoggettabile a fallimento (e oggi alla liquidazione giudiziale), come per la s.t.a. regolata dal D.lgs. n. 96 del 2001, negli altri casi non è facile individuare con sicurezza di che tipo di società si tratti o più precisamente quale ne sia l'oggetto.

28. P. Montalenti, *Società tra professionisti, società tra avvocati, associazioni professionali:*

al montagna e il topolino, cit., p. 270.

Come è stato osservato, “essendo l’oggetto di tali società lo svolgimento di attività professionale, l’assunzione della forma societaria – anche dei tipi societari capitalistici e della cooperativa – che sono resi accessibili da entrambe le discipline (cfr. art. 10, 3° comma, l. n. 183 del 2011 e art. 5, 2° comma, lett a, della l. n. 247 del 2012) non comporta automaticamente l’attribuzione della qualifica imprenditoriale alla società”²⁹. E così, per le società multidisciplinari tra professionisti protetti previste dalla l. n. 183 del 2011 e per le società tra esercenti professioni non regolamentate, disciplinate dalla l. n. 4 del 2012, non è possibile affermare con sicurezza che si tratti di esercizio collettivo di attività di impresa consistente nella produzione di servizi e non è dunque agevole ricostruirne la disciplina ove il legislatore non abbia adottato specifiche disposizioni.

In questa oscillazione fra ragioni dell’impresa e esigenza di conservare le peculiarità delle professioni intellettuali, un punto di approdo potrebbe essere quello di ammettere, ove vi sia un vuoto di disciplina, l’applicazione in via estensiva o quantomeno analogica di alcune norme dettate in tema di impresa sempre che sia ravvisabile l’*eadem ratio* e a condizione che la loro applicazione ai liberi professionisti non contrasti con gli interessi costituzionalmente tutelati che l’esercizio della professione intellettuale contribuisce ad assicurare, quale il già ricordato diritto di difesa per gli avvocati (art. 24 Cost.) e con i corollari che ne derivano, tenuto conto della insopprimibile necessità di salvaguardare la professionalità, l’indipendenza e il rispetto delle regole sul conflitto di interessi.

E così, non vi sono ragioni per non applicare anche ai professionisti intellettuali, siano essi considerati singolarmente, siano essi organizzati in società o associazioni, le norme dettate in materia di concorrenza e di marchi sia dal Trattato, sia dal Codice civile, secondo una tendenza che, per le norme in materia di concorrenza, si è tradotta anche in un’esplicita equiparazione operata dalla l. n. 30 del 2006. L’estensione di alcune previsioni dello statuto dell’imprenditore non varrebbe però a ravvisare per ciò solo ed automaticamente nel professionista intellettuale un’impresa.

Al contrario laddove siano le norme stesse della legge professionale a dettare disposizioni specifiche è evidente che queste prevarranno sulle parallele disposizioni dello statuto dell’imprenditore: è così, evidentemente, le regole sulla pubblicità dell’impresa non saranno applicabili al professionista intellettuale, essendo sostituite dal meccanismo dell’iscrizione all’albo con effetti costitutivi. Semmai ad esse si affiancheranno le prescrizioni di volta in volta collegate al modello prescelto e così l’iscrizione nella sezione speciale o in quella ordinaria del registro delle imprese.

29. G. Marasà, *Professioni intellettuali e forme societarie: il pensiero di Giorgio Oppo e le recenti riforme*, cit., p. 437

Lo stesso vale per quanto concerne la disciplina del fallimento (oggi liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali, ogni qualvolta la loro applicazione sia espressamente esclusa, come disposto sia dal D.lgs. n. 96 del 2001 sia dalla L. n. 247 del 2012, oggi soltanto con riferimento però alle associazioni fra avvocati³⁰.

Infine, vi sono aspetti che potrebbero essere utilmente risolti combinando regole dettate per le imprese e prescrizioni specifiche di quella professione: è il caso della pubblicità che, quanto ai rapporti con i terzi, deve ritenersi *in primis* disciplinata dalle norme contenute nei rispettivi Codici deontologici, combinati però con le disposizioni in tema di pratiche commerciali ingannevoli adottate in materia di impresa e applicabili a tutti i professionisti. Per professionisti s'intende in questo caso una categoria trasversale, in cui rientrano imprenditori, professionisti ma anche lavoratori autonomi in quanto contrapposti al consumatore. Al riguardo spunti interessanti sono forniti dalla direttiva Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali, che vieta la diffusione di informazioni ingannevoli, attuata nel nostro Paese con il d.lgs. n. 146 del 2007 che ne ha inserito il relativo contenuto nel Codice del Consumo, d.lgs. n. 206 del 2005³¹.

Su un altro piano, quello del rapporto tra "concorrenti" si potrà distinguere. E così, mentre la concorrenza sleale tra imprenditori sarà esclusivamente regolata dalle norme dettate dal Codice civile all'art. 2598 c.c., la competizione fra professionisti intellettuali dovrà svilupparsi

30. Tuttavia la non assoggettabilità a fallimento o ad altre procedure concorsuali delle società tra avvocati non costituisce oggi un sicuro indice della natura non imprenditoriale delle stesse, tenuto conto che in tema di start-up innovative è lo stesso d.l. n. 179 del 2012 che esonera tali imprese dalle norme sul fallimento e sulle altre procedure, assoggettandole esclusivamente alla procedura sulla composizione della crisi da sovraindebitamento. Tale previsione, come è noto, non esclude affatto la natura di imprenditore commerciale (di regola non piccolo ai sensi dell'art. 2083 c.c.) delle start-up innovative.

31. L'interesse della Direttiva 2005/29/CE è dato dalla equiparazione dei professionisti intellettuali agli imprenditori ai fini delle relative disposizioni e, in particolare, della tutela del consumatore. Essa infatti, nel vietare e, ove commesse, nel sanzionare le pratiche commerciali sleali delle "imprese", si rivolge non soltanto agli imprenditori nell'accezione originaria del Codice civile, ma ad una nuova figura di creazione comunitaria, costituita dal cosiddetto "professionista": quest'ultimo viene definito, in

modo generale come "qualsiasi persona fisica ogiuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome o per conto di un professionista". Al contempo si qualificano «pratiche commerciali delle 'imprese' nei confronti dei consumatori [...] qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un 'professionista', direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori" (art. 2, par. 1, lett. d); del pari l'art. 3, rubricato "Ambito di applicazione", stabilisce che "la presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali delle 'imprese' nei confronti dei consumatori [...]". Nessun distinguo sembra dunque operato in relazione al diverso tipo di attività esercitata: la pubblicità ingannevole danneggia il consumatore e va repressa – è il messaggio del legislatore europeo – indipendentemente dal fatto che provenga da un imprenditore o da professionista intellettuale.

secondo una combinazione di norme in cui si intrecciano, da un lato, e con carattere preminente, le disposizioni dettate dalle singole leggi professionali, che traducono i precetti costituzionali, attuando i valori in esse contemplati e dalle medesime protetti (ad esempio il diritto alla salute per la professione medica e quello di difesa per la professione di avvocato) e, dall'altro, le regole dettate dal Codice civile e dalle leggi collegate per gli "imprenditori", da applicarsi in via analogia o estensiva per colmare gli eventuali spazi vuoti lasciati dal legislatore. Al riguardo si può infatti richiamare quanto disposto dalla l. n. 30 del 2006 che ha significativamente stabilito che "l'esercizio della professione si svolge nel rispetto della disciplina statale della tutela della concorrenza, ivi compresa quella delle deroghe consentite dal diritto comunitario a tutela di interessi pubblici costituzionalmente garantiti o per ragioni imperative di interesse genere, della riserva di attività professionale, delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale".

Lo stesso vale per le norme sulle forme di aggregazione fra imprese: il richiamo alle regole delle società di persone e di capitali comporterà quindi l'applicazione delle relative previsioni, con il filtro però delle peculiarità della professione intellettuale e soltanto in quanto compatibili con le regole dettate dall'ordinamento della professione forense, a tutela dell'irrinunciabile tutela del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 della nostra Costituzione.

Certo la soluzione proposta, ovvero quella dell'applicazione caso per caso di singole specifiche norme dello statuto dell'imprenditore e segnatamente di quelle dettate per ciascun modello societario offerti dal Libro V del Codice, ai professionisti intellettuali e fra questi agli avvocati e alle avvocate apre la nuova prospettiva di uno statuto dell'imprenditore applicabile all'esterno e "ad apertura variabile", nonché forse anche il paradosso di finire con il trattare a posteriori come impresa – seppure con riferimento a specifiche regole di settore – attività che a priori non sono qualificabili come tali: ciò specie dove la transizione di norme avvenga su punti significanti. Tuttavia, essa sembra essere l'unica in grado di cogliere il dato reale e le esigenze degli operatori³² ed è indubbiamente preferibile a quella che sembra prevalere in altri ordinamenti, quali quello statunitense,

32. Si pensi all'evoluzione della posizione della giurisprudenza in tema di cessione di uno studio professionale, ove si è passati dalla comminazione della nullità per violazione di norme imperative al riconoscimento della liceità del relativo contratto, da qualificarsi come atipico ma meritevole di tutela: il riferimento è a Cass., 9 febbraio 2860, in *Contratti*, 5, 2010, 499 che ha ritenuto valido e meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. il contratto stipulato fra due

professionisti intellettuali che aveva ad oggetto la cessione del mobilio e della clientela del primo a favore del secondo. La Corte, pur escludendo l'applicabilità estensiva o analogica delle disposizioni in materia di trasferimento d'azienda, trattandosi nel caso di specie di soggetti che non erano imprenditori, ha tuttavia ammesso la validità del relativo contratto atipico.

in cui il professionista – a ogni effetto – non è considerato diversamente dall'imprenditore, con le conseguenze del caso, anche in ordine alla considerazione sociale della relativa figura.

**L'autore
di questo articolo**

EVA R. DESANA
Professoressa Ordinaria di
Diritto Commerciale, Università
di Torino, Avvocata

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

La responsabilità professionale nelle varie forme di aggregazione tra avvocati/e

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

Tra la pluralità di modelli differenti di aggregazione tra avvocati ci si sofferma su quelli maggiormente accreditati nella prassi negoziale o che, comunque, presentano profili di particolare interesse.

Nel nostro ordinamento, vi è, quantomeno in teoria, una pluralità di modelli differenti di aggregazione tra avvocati¹. Tuttavia, mi soffermerò, in relazione all'argomento che mi è stato assegnato, su quelli maggiormente accreditati nella prassi negoziale o che, comunque, presentano profili di particolare interesse.

Secondo quanto è ben noto, l'esercizio in forma associata o societaria dell'attività professionale dell'avvocato nel sistema italiano è stato oggetto di un percorso di evoluzione normativa², a volte poco lineare, influenzato anche dalle fonti comunitarie³.

In primo luogo, e per mere esigenze di ordine espositivo, trattandosi di dati ben noti, rammento quale sia il quadro normativo di riferimento. In particolare, l'**art. 14 della l. n. 247/2012, al 2° co.**, dispone che *“L’incarico per lo svolgimento di attività professionale è personale anche nell’ipotesi in cui sia conferito all’avvocato componente di un’associazione o società professionale. Con l’accettazione dell’incarico l’avvocato ne assume la responsabilità personale illimitata, solidalmente con l’associazione o la società”*. Si tratta di una norma senz'altro coerente con il disposto dell'art. 2232 c.c. In tema di prestazione d'opera intellettuale, la facoltà per il professionista di servirsi, ai sensi dell'art. 2232 cit., della collaborazione di sostituti od ausiliari non comporta che costoro diventino parti del rapporto di clientela, restando invece la loro attività giuridicamente assorbita da quella del prestatore d'opera che ha concluso il contratto con il cliente. Ne consegue che la disposizione citata, laddove prevede che il prestatore d'opera debba eseguire personalmente l'incarico assunto, pur potendo

1. Cfr. Montalenti, *Società tra professionisti, società tra avvocati, associazioni professionali: la montagna e il topolino*, in *Giur. comm.*, 2014, 2, 1, p. 272.

2. Per un approfondimento, si veda An. Fusaro, *Le società per l'esercizio di attività professionali in Italia e all'estero*, in AA.VV., *Le società tra i professionisti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, Num. Spec., Suppl. fasc. 3/2013, p. 69 ss.; Salazar, *Le associazioni e le società tra avvocati dopo la legge 31 dicembre 2012, n. 247, di riforma dell'ordinamento forense: realtà e prospettive*, in *Contr. e impr.*, 2013, 4-5, p. 1150 ss.; Ugas, *Sub art. 2232 c.c.*, in *Dell'impresa*

e del lavoro. Vol. IV. Artt. 2188-2246 c.c., in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Milanofiori Assago (MI), 2014, p. 802 ss., e gli ultimi aggiornamenti in Danovi, *Manuale breve. Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2019, p. 89 ss.

3. Cfr. Berlinguer, voce *Professioni legali (dir. comun.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 1007 ss.; Desana, *Società fra professionisti - L'impervio cammino delle società fra professionisti*, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, pp. 1929-1930.

avvalersi, sotto la propria direzione e responsabilità, di sostituti e ausiliari (se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione), stabilisce che l'utilizzazione dei collaboratori ha valore solo interno, in quanto, nei rapporti con i clienti, rimane responsabile a tutti gli effetti solo il prestatore d'opera intellettuale.

Come avrò modo di sottolineare, la personalità è una delle caratteristiche più rilevanti dell'attività professionale anche allorquando sia svolta nelle varie forme di aggregazione: questo aspetto è destinato a riflettersi anche sul regime della responsabilità.

La responsabilità professionale nell'associazione professionale

L'associazione professionale corrisponde al vecchio modello dello studio associato previsto dall'art. 1 della l. 23 novembre 1939, n. 1815, la cui costituzione era da ritenersi ancora lecita pure in seguito alla l. 12 novembre 2011, n. 183 che aveva abrogato la precedente normativa (in realtà, la disciplina del 1939 è stata più volte abrogata e reintrodotta dalle riforme che si sono succedute) e trova oggi la propria disciplina nell'art. 4 della legge forense. Dati statistici alla mano, ancora oggi, tra le varie modalità aggregative, il modello associativo risulta essere quello prevalente.

Per quanto riguarda la responsabilità dei soci, è da tempo pacifico che costoro rispondono individualmente per gli incarichi che ciascuno assume. Vi è, invece, una responsabilità solidale in ipotesi di assunzione di incarico congiunto e questo indipendentemente dalla circostanza che sia possibile individuare le rispettive attività in concreto svolte⁴.

Il discorso si complica per quanto riguarda la posizione dell'associazione. In punto di fatto, le associazioni tra avvocati presentano minori garanzie patrimoniali rispetto alle società: infatti non vi è obbligo di dotazioni patrimoniali minime, né obblighi di redazione di bilancio e delle relative formalità, quali il deposito presso il registro delle imprese e si rileva *“l'assenza di un sistema di pubblicità che consenta ai terzi di*

4. Cfr. Musolino, *Contratto d'opera professionale*. Artt. 2229-2238, in Il Codice Civile. Commentario, diretto da Busnelli, Milano, 2014, p. 293. In precedenza, cfr. Amato, *“Nuovi rischi” da obbligazioni di risultato e da svolgimento di professioni liberali: riflessi sui profili contrattuali dell'assicurazione di responsabilità professionale*, in AA.VV., *L'assicurazione tra codice civile*

e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi, a cura di Busnelli e Comandé, Milano, 2009, p. 20.

5. Cfr. Breda, Sub art. 38 c.c., in *Le associazioni non riconosciute*. Artt. 36-42, a cura di Ponzanelli, in Il Codice Civile. Commentario, cit., 2016, p. 201.

conoscere la consistenza patrimoniale dell'ente"⁵. Inoltre, qualora abbiano ad oggetto esclusivamente lo svolgimento di attività professionale, le associazioni tra avvocati non possono essere assoggettate alle procedure fallimentari⁶.

Rammento che, sulla premessa che *"l'incarico professionale è (...) sempre conferito all'avvocato in via personale"*⁷, una parte della giurisprudenza, soprattutto quella più risalente, ha posto in discussione la soggettività giuridica delle associazioni tra professionisti, anche al di là dell'ambito forense, negando la loro natura di autonomi centri di interessi; in quest'ordine di idee, l'orientamento richiamato ha affermato l'impossibilità per le stesse di avere rapporti con i clienti⁸, con la conseguenza che non sarebbero nemmeno responsabili nei loro confronti⁹.

Tale soluzione si risolve in una lettura decisamente restrittiva dell'art. 2232 c.c. che, per tutelare la personalità dell'esecuzione, conduce ad escludere non solo la capacità dell'ente di concludere contratti d'opera intellettuale, ma addirittura una specifica soggettività giuridica del medesimo. La tesi opposta afferma, invece, la natura di autonomo centro di imputazione di interessi dello studio associato ed appare, in linea di principio, senz'altro più coerente con lo sviluppo complessivo della riflessione dottrinale – e, come si dirà, della elaborazione giurisprudenziale – circa i criteri di attribuzione della soggettività, da parte dell'ordinamento, alle strutture che operano nell'esperienza giuridica.

Una lettura delle pronunce più approfondita, non limitata, dunque, all'esame delle sole massime, evidenzia comunque come le posizioni non sono così 'nette'. Alcune controversie, che sembrerebbero riferite a tematiche di diritto sostanziale, si collocano in realtà sul piano processuale, prevedendo solamente il riconoscimento della legittimazione processuale attiva¹⁰ o passiva¹¹ dello studio associato. In altre decisioni, viene invece riconosciuta all'associazione anche la legittimazione sostanziale ad agire, ma ciò in forza di un accordo interno tra i membri dello studio, ed a condizione che il diritto azionato non sia sorto nell'ambito di una prestazione avente carattere personale¹².

6. Cfr. art. 4, comma 10 legge forense.

7. Art. 4, comma 1^o, legge forense; ciò viene ribadito anche all'art. 14 della medesima legge già citato.

8. cfr. Cass., 22 marzo 2007, n. 6994; Cass., 14 dicembre 2012, n. 23060.

9. Sul punto si veda Cass., 10 luglio 2006, n. 15633, nonché, in relazione ad un incarico di consulenza fiscale, Cass. 13 luglio 2018, n. 18527.

10. Cfr. Cass., 23 maggio 1997, n. 4628.

11. Cass., 28 luglio 2010, n. 17683

12. Ha escluso il carattere personale dell'incarico di redigere "testi di accordi di joint venture" con ente russo per costituire società di ristorazione", e ha dunque ritenuto ammissibile la domanda di pagamento del corrispettivo promossa da uno studio legale associato Cass., 16 novembre 2006, n. 24410.

In altre pronunce, poi, la Cassazione pare riconoscere la possibilità che l'incarico sia conferito all'associazione anche qualora la prestazione abbia carattere personale¹³.

Tra le più recenti, vi è Cass., 17 febbraio 2020, n.3850 secondo la quale *“Gli accordi tra gli associati possono attribuire all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti. L'art. 36 c.c. stabilisce che l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute sono regolati dagli accordi tra gli associati, che ben possono attribuire all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti, poi delegati ai singoli aderenti e da essi personalmente curati. Ne consegue che, ove il giudice del merito accerti tale circostanza, sussiste la legittimazione attiva dello studio professionale associato – cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomo centro d'imputazione di rapporti giuridici – rispetto ai crediti per le prestazioni svolte dai singoli professionisti a favore del cliente conferente l'incarico, in quanto il fenomeno associativo tra professionisti può non essere univocamente finalizzato alla divisione delle spese ed alla gestione congiunta dei proventi. È infatti definitivamente superata la tesi secondo la quale l'associazione tra professionisti – non configurandosi come centro autonomo di interessi dotato di propria autonomia strutturale e funzionale, né come ente collettivo – non assume la titolarità del rapporto con i clienti, in sostituzione ovvero in aggiunta al professionista associato (in questi termini, si esprimevano, per esempio ancora Cass. civ., 22 marzo 2007, n. 6994; Cass. civ., 10 luglio 2006, n. 15633).*

A partire da Cass. civ., 15 luglio 2011, n. 15694, non si registrano decisioni di segno opposto, mentre il medesimo principio è stato ripetuto in numerose altre occasioni (ex plurimis, Cass. civ., 26 luglio 2016, n. 15417; Cass. civ., 27 novembre 2018, n. 30606).”

Si è anche rilevato che *“il rispetto del principio di personalità della prestazione, che connota i rapporti di cui agli artt. 2229 ss. c.c., ben può contemperarsi con l'autonomia riconosciuta allo studio professionale associato, al quale può essere attribuita la titolarità dei diritti di credito derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale degli associati allo studio, non rientrando il diritto al compenso per l'attività svolta tra quelli per i quali sussiste un divieto assoluto di cessione”¹⁴.*

Tra le altre segnalo anche una recentissima pronuncia della Suprema Corte (Cass., 22 luglio 2022, n.22955) secondo la quale *“Lo studio professionale associato, ancorché privo di personalità giuridica, rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di*

13. Cass. 15 luglio 2011, n. 15694.

14. Cass. civ., 2 luglio 2019, n. 17718.

rapporti giuridici, con la conseguenza che il giudice di merito, che sia chiamato a decidere in ordine alla legittimazione attiva dello studio professionale, ove accerti che gli accordi tra gli associati prevedono l'attribuibilità degli incarichi professionali anche all'associazione e la spettanza ad essa dei compensi per gli incarichi conferiti ai soci, è tenuto ad individuare il soggetto cui, a prescindere dalla procura ad litem, sia stato conferito l'incarico professionale, oltre a verificare, sulla base del contenuto degli accordi tra i singoli associati per la disciplina dell'attività comune, l'eventuale attribuzione all'associazione del potere di rappresentanza del singolo associato cui l'incarico sia stato direttamente conferito”.

Tuttavia, preciso che nessuna di tali pronunce sembra avere ad oggetto una richiesta di condanna per responsabilità dello studio associato; in particolare, quella da ultimo citata, e che richiama anche un precedente dello stesso anno (Cass. 26 gennaio 2022 n. 2332), ha riguardo alla domanda di corresponsione del compenso formulata dall'associazione professionale per l'attività defensionale svolta dall'avvocato componente di essa sulla base della procura a lui singolarmente conferita.

In **dottrina** vi è chi ritiene che, anche in mancanza di un riferimento normativo espresso, sarebbe possibile conferire direttamente l'incarico professionale all'associazione, alla luce del processo di parziale spersonalizzazione che le riforme in materia di società tra avvocati nel 2001 e tra professionisti nel 2011 hanno imposto al contratto d'opera professionale¹⁵.

Dalla legge professionale si evince poi che le associazioni possono produrre redditi propri che sono determinati secondo i criteri di cassa (art. 4, co. 7), che sono obbligate a stipulare polizze assicurative e che possono concludere con avvocati dei contratti di associazione in partecipazione ai sensi degli articoli 2549 e seguenti del codice civile (art. 4 co. 8).

La legge forense, se da un lato ribadisce che “l'incarico professionale è [...] sempre conferito all'avvocato in via personale” (art. 4, co. 1), anche “nell'ipotesi in cui sia conferito all'avvocato componente di un'associazione o società professionale” (art. 4, 2° co.), dall'altro prevede espressamente all'art. 14, comma 2°, che “con l'accettazione dell'incarico l'avvocato ne assume la responsabilità personale illimitata, solidalmente con l'associazione o la società”, cosicché è incontestabile la configurabilità di una responsabilità solidale.

Del resto, l'art. 12 della medesima legge dispone che anche “l'associazione [...] fra professionisti” deve “stipulare polizza assicurativa a copertura della

15. Cfr. Franzoni, Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità, in Contr. e impr., 2015, 3, p. 590.

responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione, compresa quella per la custodia di documenti, somme di denaro, titoli e valori ricevuti in deposito dai clienti”.

L'associazione tra avvocati, dunque, non può ricevere un mandato professionale, nonostante sia solidalmente responsabile con il professionista ai sensi dell'art. 14, comma 2 cit.

La qualificazione giuridica di tale responsabilità pare piuttosto incerta; sicuramente, si tratta di una responsabilità che presuppone quella del professionista.

A differenza di quanto previsto dall'art. 4-bis per le società, disposizione sulla quale tra breve ci si soffermerà, gli artt. 4 e 14 citati non dicono alcunché in ordine alla responsabilità dei membri dell'associazione ai quali non è stato conferito in via personale l'incarico.

In passato, tale responsabilità, così come quella dell'associazione, non era configurabile. Con l'entrata in vigore dell'attuale legge forense, pare potersi dire che il legislatore abbia consapevolmente scartato l'ipotesi che costoro debbano rispondere personalmente, in quanto una disposizione che lo prevedeva, contenuta nel testo risultante dalla prima lettura in Senato¹⁶, è stata espunta nel passaggio alla competente Commissione della Camera dei deputati¹⁷.

La responsabilità professionale nelle società tra avvocati

Come si è già in parte anticipato, le società tra avvocati sono un istituto di creazione più recente. Solo con il d. lgs. n. 96/2001, infatti, l'evoluzione normativa si è più marcatamente distinta rispetto alla disciplina generale delle professioni protette.

In particolare, gli artt. 16 ss. del decreto citato avevano autorizzato l'esercizio in forma societaria dell'attività professionale forense, anche se l'art. 24 del medesimo provvedimento ribadiva che “l'incarico professionale

16. Cfr. Senato della Repubblica, Legislatura XVI - d.d.l. n. 601-711-1171-1198, art. 4. - Associazioni e società tra avvocati e multidisciplinari, disponibile online su http://leg16.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlmess&leg=16&id=512661&part=doc_dc-testo_t, ultima consultazione in data 4 novembre 2019: «[...] Hanno responsabilità solidale e illimitata nei confronti dei terzi gli associati e i soci, salvo il caso in cui questi non partecipino all'amministrazione della società per effetto di pattuizione a norma

dell'art. 23, comma 2^a, d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96».

17. Pare che al testo attuale si sia giunti tramite la Proposta emendativa n. 4.100 (nuova formulazione) approvata dalla Commissione giustizia: cfr. Bollettino delle Giunte e Commissioni - Giustizia (II), 6 giugno 2012, pp. 39 ss., 45, disponibile online <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2012/06/06/leg.16.bol0661.data20120606.com02.pdf>, ultima consultazione in data 4 novembre 2019.

conferito alla società tra avvocati può essere eseguito solo da uno o più soci in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività professionale richiesta". La novità era però rappresentata dalla previsione testuale della capacità della società, e non solo di singoli avvocati, di essere a tutti gli effetti parte del mandato forense, pur potendo la prestazione essere eseguita solo da soci abilitati¹⁸.

Il modello organizzativo risultava ricalcato sullo schema della società in nome collettivo, sebbene, prevedendo all'art. 26 che "la società risponde delle obbligazioni assunte con tutto il suo patrimonio, ma al contempo sono responsabili personalmente e illimitatamente anche i soci che hanno svolto l'incarico; ove sia mancata la preventiva comunicazione al cliente del nominativo dei soci incaricati, rispondono inoltre illimitatamente e solidalmente tutti i soci", si finiva con l'istituire, nella maggior parte dei casi, "un regime che fa eccezione all'ordinaria responsabilità illimitata di tutti i soci"¹⁹ nelle s.n.c, anche se solo con riguardo alle obbligazioni di eseguire una prestazione professionale²⁰, soluzione adottata anche in altri ordinamenti.

Successivamente, l'art. 10, comma 3^o, l. 12 novembre 2011, n. 183 ha ampliato i modelli societari utilizzabili dai professionisti in genere, ricomprendendovi sia le società di persone, sia quelle di capitali, sia la forma cooperativa.

Parte della dottrina aveva sollevato dubbi circa l'applicabilità di tale normativa all'esercizio della professione forense, dal momento che la riforma aveva fatto salvi i diversi modelli societari ed associativi già vigenti alla data della sua entrata in vigore.

La l. n. 183 del 2011 ometteva di disciplinare la responsabilità della società per l'inadempimento della prestazione intellettuale, portando così qualche studioso a negarne la sussistenza²¹, mentre la maggior parte la riteneva configurabile²². La responsabilità individuale del socio che aveva svolto l'incarico, invece, secondo alcuni era inquadrabile in ambito extracontrattuale²³, mentre altri propendevano a concedere limitazioni di responsabilità sulla base delle regole generali del tipo societario²⁴.

18. Cfr. Marasà, Professioni intellettuali e forme societarie: il pensiero di Giorgio Oppo e le recenti riforme, in Riv. dir. civ., 2015, 2, p. 438.

19. In questo senso Villa, Responsabilità dell'avvocato ed esercizio della professione nelle associazioni e nelle società, in Corr. giur., 2014, 12, Suppl. Organizzazione e responsabilità del professionista legale. Questioni attuali e prospettive di riforma,

20. Cfr. art. 26, comma 3^o, d.lgs. n. 96 del 2001: "Per le obbligazioni sociali non derivanti dall'attività professionale rispondono inoltre personalmente e solidalmente tutti i soci".

21. Cfr. Toffoletto, Società tra professionisti, in Società, 2012, 1, pp. 36-37.

22. Cfr. Zaccheo, Società tra professionisti e professioni protette, in Società, 2012, 5, Suppl., p. 18; Ugas, op. cit., p. 808, la quale presuppone l'esistenza di una "obbligazione societaria" da cui deriva una "responsabilità dell'ente societario", mentre la prestazione del singolo socio sarebbe inquadrabile nella "disciplina generale dell'adempimento del terzo"; Bertolotti, op. cit., p. 56; Desana, op. cit., p. 1931; da ultimo, cfr. Guida, op. cit., p. 172.

23. Cfr. ancora Zaccheo, op. cit., pp. 18-19.

24. In questo senso, cfr. Desana, op. cit., p. 1931.

Questo dibattito può tuttavia considerarsi superato dal momento che la l. n. 247 del 2012, come poi modificata, ha introdotto una nuova disciplina della ‘società tra avvocati’, disciplina che deve considerarsi speciale rispetto a quella contenuta nella l. n. 183/2011.

In particolare, l’art. 4-bis, comma 3° dispone che, nonostante l’impiego della forma societaria, resta fermo il principio della personalità della prestazione. L’incarico, poi, deve essere svolto solo da soci professionisti (che garantiscono indipendenza, imparzialità e dichiarano conflitti di interesse e incompatibilità), in possesso dei requisiti necessari in riferimento a quanto richiesto dal cliente. Il 4° comma riconosce poi espressamente una “responsabilità della società”, una “responsabilità dei soci” nonché una “responsabilità del professionista che ha eseguito la specifica prestazione” (“La responsabilità della società e quella dei soci non esclude la responsabilità del professionista che ha eseguito la specifica prestazione”).

Se, quindi, in relazione allo svolgimento dell’attività professionale viene affermato lo stesso principio di personalità che è alla base dell’esercizio in forma individuale delle professioni intellettuali, non è però chiarito chi sia il titolare del rapporto di prestazione d’opera (a differenza delle società di cui al d.lgs. n. 96 del 2001, della l. n. 183 del 2011 e dalla formulazione originale dell’art. 5, comma 2°, lett. e, l. forense in vigore fino al 2017).

Si tratta di una questione che è oggetto di dibattito anche nell’ambito della generale disciplina della società tra professionisti.

Rammento che, in ordine alla questione della titolarità del rapporto d’opera professionale, con riferimento alle società professionali in generale e alla originaria disciplina della società tra avvocati prevista dal d.lgs. n. 96/2001 si contrappongono principalmente due tesi²⁵.

Secondo una prima tesi²⁶ il rapporto si instaura solo tra il cliente ed il singolo socio professionista, poiché è questo il presupposto affinché la prestazione possa essere eseguita personalmente dallo stesso socio. In questo senso, la struttura societaria assume il carattere di una società di mezzi, con valenza organizzativa meramente interna.

Secondo un secondo, e prevalente, orientamento interpretativo²⁷, il

25. Sulle varie opinioni espresse, v. Bertolotti, Società fra professionisti e società fra avvocati, Torino, 2013, 44 e segg.

26. Panuccio, Una “nuova frontiera” della professione con l’arrivo della società tra avvocati, in Guida al dir., 2001, IX, 12 e segg.; Toffoletto, Società tra professionisti, cit., 31 e segg.

27. Cian, La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni, cit., 18; Fezza, Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati, in Giur. Comm., 2001, I, 293; Montalenti, L’amministrazione della società tra avvocati, cit., 179; Scognamiglio,

Amministrazione e responsabilità nella società di avvocati, in Studi in onore di Schlesinger, IV, Milano, 2004, 3085 e segg.; Spada, Schegge di riforma del diritto delle società di persone, in Studi in onore di Schlesinger, IV, Milano, 2004, 3110; Tomassi, Società tra professionisti: spunti critici alla luce del d.lgs. 96/2001 e dei tentativi di riforma del mercato dei servizi professionali, in Studium iuris, 2011, 747 e segg.; Viscusi, La società tra avvocati: il regime della responsabilità patrimoniale, professionale e disciplinare, in La società tra avvocati, a cura di De Angelis, Milano, 2003, 207 e segg. Si veda altresì in tal senso il precedente contributo di Luoni, Società tra professionisti: questioni applicative.

rapporto d'opera si instaura tra il cliente e la società, con la conseguenza che la personalità attiene non alla titolarità, bensì solamente all'esecuzione dell'attività professionale.

La prevalenza di questo secondo orientamento, che riconduce alla società la titolarità del rapporto d'opera, si giustifica, in primo luogo, in relazione al fatto che l'art. 10, 4° comma, lett. c), L. n. 183/2011 (così come l'art. 24, 1° comma D. Lgs. n. 96/2001) esplicitamente fa riferimento all'“incarico professionale conferito alla società”.

Inoltre, il medesimo orientamento fa leva sull'argomento secondo il quale in capo alla società grava l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dall'esercizio dell'attività professionale (art. 10, 4° comma, lett. c bis), l. n. 183/2011)²⁸, nonché sul fatto che la società stessa è soggetta al codice deontologico e al regime disciplinare dell'ordine di appartenenza (art. 10, 7° comma, L. n. 183/2011 e art. 30, d. lgs. n. 96/2001). Queste disposizioni, dirette a garantire adeguata tutela alla clientela, possono, infatti, giustificarsi solo ammettendo la diretta titolarità in capo alla struttura societaria del rapporto d'opera.

Invece, per quanto riguarda la nuova disciplina della società tra avvocati, le argomentazioni a sostegno della suddetta tesi prevalente devono essere lette alla luce del diverso assetto normativo. In particolare, anche in questo caso, la società è sottoposta al codice deontologico e alla competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza (art. 4 bis, 6° comma); inoltre, la stessa è obbligata ad applicare la maggiorazione percentuale, relativa al contributo integrativo previsto in materia di previdenza forense. Le disposizioni in questione, sulla scorta delle predette argomentazioni, consentirebbero di ritenere che anche per le società tra avvocati il rapporto professionale si instauri con la società stessa e non con il singolo socio.

Va però considerato, che, a differenza di quanto visto in relazione alla l. n. 183/2011 (e al D.Lgs. n. 96/2001), l'art. 4 - bis non contiene enunciazioni espresse in tal senso circa il conferimento dell'incarico. Inoltre, in relazione alla professione forense, l'art. 14, L. n. 247/2012 detta una disciplina specifica in materia di mandato professionale. La norma (al 2° comma) dispone, infatti, che tale mandato “è personale anche nell'ipotesi in cui sia conferito all'avvocato componente di una associazione o società professionale”.

Occorre poi tener conto che la nuova normativa non prevede espressamente a carico della società l'obbligo di stipula della predetta assicurazione professionale. Alla luce del descritto contesto normativo,

28. Approfonditamente sul tema, Perotto, Società tra professionisti: profili assicurativi, in Società, 2012, V, 20 e segg.

parrebbero venir meno due importanti argomentazioni a sostegno della tesi del rapporto professionale tra il cliente e la società²⁹.

Come abbiamo già più volte ricordato, l'art. 14, L. n. 247/2012 sancisce espressamente la personalità dell'incarico professionale, riconducendolo al singolo avvocato, anche se questi partecipa ad una associazione o società professionale. Occorre, quindi, domandarsi se, rispetto alla società tra avvocati, la peculiarità della disciplina della professione forense sia tale da scardinare il predetto orientamento prevalente che, invece, sostiene la riferibilità di tale incarico in capo alla società.

Le perplessità sono notevoli, in quanto anche tenendo conto, in via interpretativa, di quanto detto in tema di obblighi deontologici, del regime disciplinare, della maggiorazione percentuale del contributo previdenziale e della configurabilità dell'obbligo assicurativo, resta un dato normativo che si distacca marcatamente dalle citate disposizioni della L. n. 183/2011 e del d. lgs. n. 96/2001.

Chi tenta di sostenere comunque la predetta tesi prevalente lo fa sulla base di due argomentazioni. La prima è che le citate disposizioni in tema deontologico-previdenziale (e la copertura assicurativa, qualora la si ritenga applicabile) avrebbero scarsa giustificazione se si ritenesse che il contratto d'opera sia stipulato tra il socio avvocato e il cliente. La seconda fa leva sul concetto di personalità. Infatti, gli artt. 4 - bis e 14 L. n. 247/2012 si rifanno entrambi a tale concetto, la prima norma riferendolo alla "prestazione professionale", la seconda all'"incarico"; ebbene, pur nella consapevolezza che si tratta di ambiti distinti (l'incarico è il contratto di mandato professionale, la prestazione ne è l'oggetto), nell'ottica di un'interpretazione sistematica e basata sulla ratio normativa, si potrebbe sostenere che, in realtà, entrambe le disposizioni guardino al medesimo profilo sostanziale, che è quello di assicurare che lo svolgimento dell'attività sia sempre ricondotto al singolo professionista, in ossequio all'art. 2232 c.c., per evitare che lo schermo societario comporti la spersonalizzazione delle professioni (e delle professionalità) intellettuali. E allora, potrebbe forse affermarsi che

29. Tuttavia, quanto alla mancanza di un espresso obbligo assicurativo, è stato rilevato che l'art. 12, L. n. 247/2012 stabilisce che l'avvocato, l'associazione o la società "fra" professionisti devono stipulare l'assicurazione in questione; ora, pur senza voler eccedere nell'enfaticizzazione tale aspetto terminologico, si potrebbe ritenere che, con l'impiego della particella "fra" in luogo di "tra", il legislatore abbia utilizzato volutamente un'espressione atecnica che non fa specificamente riferimento al tipo della società tra professionisti, ma riguarda, in generale, tutte le società professionali, tra cui quindi potrebbe

ben rientrare anche la società tra avvocati. Tanto più che nell'originaria qualificazione di tali società nell'ambito del D.Lgs. n. 96/2001 (l'unica che il legislatore del 2012 poteva avere in considerazione), la terminologia non era del tutto univoca. A ciò si aggiunge la generale applicabilità della legge professionale forense alla società tra avvocati: in altre parole, in un'ottica di coerenza sistematica, sembra più che ragionevole ritenere che il citato art. 12 vada interpretato nel senso di estendere l'obbligo assicurativo anche a tale tipo societario.

anche il citato art. 14 riguardi il profilo esecutivo dell'incarico e non la sua titolarità; anche perché, ragionando in questi termini, la previsione dell'art. 4 - bis assumerebbe il significato di specificare e richiamare il disposto dell'art. 14 nell'ambito della disciplina societaria, mentre, diversamente ragionando, tale norma sarebbe priva di utilità: che senso avrebbe, infatti, affermare che l'esecuzione della prestazione resta personale se l'apposita disposizione in tema di mandato professionale sancisce già che l'incarico fa (solo) capo al singolo avvocato? Occorre comunque evidenziare che le prospettate ricostruzioni assumono prettamente rilievo in relazione al titolo in forza del quale far valere la responsabilità per i danni derivanti alla clientela dall'esecuzione dell'incarico professionale. Volendo, invece, esaminare i profili di partecipazione a tale responsabilità da parte della società, occorre considerare, oltre all'art. 4 - bis, sia il regime tipico del modello societario prescelto, sia l'ulteriore previsione del 2° comma dell'art. 14, L. n. 247/2012.

Tale ultima norma stabilisce che “Con l'accettazione dell'incarico l'avvocato ne assume la responsabilità personale illimitata, solidalmente con l'associazione o la società” e, pertanto, ben si coordina con il disposto dell'art. 4 - bis, secondo cui, come detto, la responsabilità della società e dei soci non esclude quella del singolo professionista esecutore della prestazione³⁰. Dato il rapporto di solidarietà tra il socio incaricato (illimitatamente e personalmente responsabile) e la società, ben può affermarsi che l'obbligazione relativa al contratto d'opera professionale (a prescindere dalla titolarità dello stesso) diventa un'obbligazione sociale: sia che si affermi l'unicità del vincolo solidale (attenendo la pluralità solo al numero dei debitori o dei creditori)³¹, sia che si propenda per considerarlo un insieme collegato di rapporti³², tale obbligazione fa capo sia al socio professionista sia alla società. E qui entra in gioco l'analisi del tipo

30. La disposizione in questione si discosta marcatamente dal d. lgs. n. 96/2001 che (all'art. 26) contiene una disciplina maggiormente specifica e dettagliata: nel caso di scelta da parte del cliente del professionista incaricato o, in mancanza di scelta, di comunicazione al cliente stesso dell'opzione effettuata dalla società, alla responsabilità del socio esecutore si affianca quella del patrimonio della società, ma non anche degli altri soci. Invece, in difetto della predetta comunicazione, rispondono inoltre solidalmente e illimitatamente anche questi ultimi (i quali sono comunque gravati da questa responsabilità per le obbligazioni sociali non derivanti dall'attività professionale). Per una più dettagliata analisi di tale disciplina, si veda Fezza,

Alcuni brevi commenti al d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96 in tema di società tra avvocati, cit., 290 e segg.; Ibba, La società tra professionisti: ancora una falsa partenza?, cit., 4; Rinaldo, Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci, cit., 853 e segg.; Scognamiglio, Amministrazione e responsabilità nella società di avvocati, cit., 3077 e segg.; Viscusi, La società tra avvocati: il regime della responsabilità patrimoniale, professionale e disciplinare, cit., 207 e segg.

31. Scuto, Teoria generale delle obbligazioni, Napoli, 1953, 322.

32. Bianca, Diritto civile. IV. L'obbligazione, Milano, 1993, 699.

societario prescelto, in quanto, qualora la forma sia quella capitalistica, la responsabilità solidale riguarderà solo il patrimonio sociale, mentre nelle società di persone la stessa si estenderà anche agli altri soci illimitatamente responsabili. Ciò, sostanzialmente, comporta il rischio che degli esiti negativi dell'attività del socio professionista rispondano anche gli altri partecipanti alla società (professionisti e non); appare, quindi, evidente come tale conclusione costituisca un significativo disincentivo all'impiego dei modelli personalistici. Tanto più che non sembra esserci spazio per la limitazione di responsabilità degli altri soci modellata dal d. lgs. n. 96/2001, che pone quale regola l'esclusione di tale responsabilità per le obbligazioni derivanti dall'incarico professionale (tranne nel caso di mancata comunicazione del professionista al cliente). Infatti, secondo l'orientamento forse preferibile, detta norma deve ritenersi integralmente abrogata; inoltre, anche qualora si volesse accogliere la tesi contraria e attribuire, quindi, rilevanza alle disposizioni non incompatibili, difficilmente la predetta limitazione di responsabilità rientrerebbe tra quelle: tale previsione, infatti, è stata pensata per una struttura societaria autonoma e peculiare, e assume, pertanto, le caratteristiche di norma eccezionale da interpretarsi restrittivamente.

Poiché tra la responsabilità del socio che ha eseguito l'incarico professionale e quella della società (ed eventualmente anche degli altri soci) sussiste rapporto di solidarietà, può essere utile svolgere alcune considerazioni relative al diritto di regresso.

In primo luogo, nell'ambito delle società di persone, in sovrapposizione a quanto previsto dal citato art. 14, L. n. 247/2012, il vincolo solidale per le obbligazioni sociali è in generale espressamente sancito dalla legge; pertanto, qualora i soci non esecutori dell'incarico vengano chiamati a rispondere, gli stessi potranno agire in regresso nei confronti del professionista responsabile, ex art. 1299 c.c., nei limiti di quanto pagato, e il riparto interno andrà effettuato sulla base della partecipazione di ciascuno alle perdite. Nell'ambito delle società di capitali (oppure sempre nelle società di persone in cui il patrimonio sociale sia sufficientemente capiente) il rapporto di solidarietà si crea tra il professionista che ha eseguito l'incarico e la società; con la conseguenza che, qualora quest'ultima sia chiamata a rispondere, sarà essa stessa ad avere azione di regresso nei confronti del socio che ha svolto la prestazione (azione che potrà aggiungersi agli altri rimedi nascenti dagli eventuali ulteriori rapporti in forza dei quali il professionista presta la propria opera). Sorge allora il problema di quale sia la misura del riparto; ora, applicando l'art. 1298 c.c., l'obbligazione nei rapporti interni tra i condebitori si divide in parti uguali salvo che: a) la stessa sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi; tale disposizione però non sembra applicabile alla fattispecie in questione, poiché l'interesse alla base del contratto d'opera professionale

non è solo del singolo professionista che esegue l'incarico ma è anche della società, nell'ottica di un incremento dell'attività, del patrimonio e delle prospettive reddituali; la società stessa non ha un ruolo di garante dell'operato del socio, ma partecipa con lui alla sostanza economica dell'operazione; b) se non risulta diversamente. E allora, proprio in riferimento a tale ultima previsione, è altamente opportuno che vengano stipulati appositi accordi che disciplinino, nei rapporti interni, il riparto della responsabilità in relazione ai debiti nascenti dall'esercizio dell'attività professionale (prevedendo, in ipotesi, che essi gravino interamente in capo al socio a cui la negligenza professionale è imputabile).

Vi è poi la questione se anche il professionista che ha eseguito l'incarico, dopo aver risarcito interamente il cliente, possa esercitare il regresso nei confronti della società o degli altri soci.

Qualora sia stato stipulato sul punto un accordo tale possibilità è verosimilmente esclusa. In assenza di tali pattuizioni, nel contesto normativo di riferimento, non è ravvisabile alcuna norma che precluda espressamente tale ipotesi.

Le disposizioni sin qui richiamate sono state introdotte al fine di ampliare i soggetti responsabili in modo da evitare che lo 'schermo societario' possa pregiudicare le ragioni del cliente. Tuttavia, il legislatore ha forse tralasciato di disciplinare più accuratamente i rapporti interni, enunciando una regola di solidarietà che rimanda, in assenza di disposizioni maggiormente specifiche, alla disciplina generale dell'istituto.

Si ritiene che la soluzione maggiormente ragionevole sia quella di applicare analogicamente l'art. 2055 c.c., che consente di graduare adeguatamente il regresso in relazione alle diverse responsabilità riscontrabili. È chiaro che le considerazioni svolte in tema di responsabilità solidale sembrano di difficile coordinamento con il regime tipico dei tradizionali modelli societari, soprattutto capitalistici (in cui, di regola, la misura degli obblighi e dei rischi è circoscritta nei limiti della partecipazione sociale). Deve tuttavia evidenziarsi che la disciplina relativa alle società tra avvocati assume dei connotati di specialità che, pertanto, giustificano la sovrapposizione di due rapporti: quello basato sulle generali regole del tipo societario scelto – per quel che riguarda le obbligazioni sociali non derivanti dallo svolgimento dell'attività professionale – e quello tratteggiato dalle disposizioni sopra analizzate, circa le obbligazioni nascenti proprio dall'esecuzione di tale attività.

Orbene il cliente danneggiato da un erroneo adempimento della prestazione d'opera intellettuale richiesta, potrà agire per l'intero sia nei confronti dell'avvocato che ha svolto l'incarico, sia nei confronti della società e degli altri soci e, soddisfatta la pretesa risarcitoria, nei rapporti interni, la società e gli altri soci eventualmente chiamati a rispondere potranno agire in regresso nei confronti del professionista che ha eseguito

la prestazione, mentre è maggiormente dubbio che sia quest'ultimo a poter esperire tale azione. La società potrà, inoltre, eventualmente esperire ulteriori rimedi derivanti dai rapporti instaurati con tale socio, in forza dei quali lo stesso svolge la propria opera nell'ambito societario.

L'autore
di questo articolo

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO
Professore Ordinario di
Diritto Civile Università di
Roma - Tor Vergata, Avvocato
giuslavorista

APPROFONDIMENTI / CONVEGNO AGI 2022

Gli aspetti previdenziali delle aggregazioni tra avvocati/e

GIOVANNA FANTINI

Tutti gli avvocati che risultano iscritti, negli Albi professionali nell'anno anteriore a quello della dichiarazione, devono comunicare alla Cassa in via telematica, entro il 30 settembre di ogni anno, l'ammontare del reddito professionale netto conseguito ai fini Irpef per l'anno precedente, nonché il volume complessivo d'affari conseguito ai fini IVA per il medesimo anno. Gli obbligati alla predetta comunicazione che partecipano ad Associazioni professionali devono comunicare anche i redditi e il volume d'affari dell'intera associazione.

A mio avviso lo strumento migliore per parlare di Cassa Forense è la navigazione sul sito della Cassa medesima all'indirizzo www.cassaforense.it; questa metodologia, che ho da tempo adottato in modo pragmatico, perché è preferibile indicare agli avvocati il percorso per trovare le informazioni che cercano, piuttosto che raccontarne in dettaglio il contenuto, è risultata incompatibile con la tavola rotonda in occasione della quale intendo indicare dove e come reperire informazioni inerenti alle associazioni professionali e alle STA società fra avvocati per quanto concerne gli aspetti previdenziali.

Sull'argomento contributi e delle modalità di comunicazione rimando al regolamento unico della previdenza forense approvato, con delibera del Comitato dei Delegati, con le modifiche ministeriali il 21 luglio 2020, (reperibile alla voce documentazione, normativa, regolamento unico della previdenza. <https://www.cassaforense.it/collegamenti/guida-previdenziale/regolamento-unico-della-previdenza-forense/>).

Prima di parlarne è però doveroso premettere il quadro generale in cui si colloca la questione, cioè l'automatismo che l'articolo 21 della Legge Professionale Forense n. 247/2012 instaura fra iscrizione agli Albi e iscrizione alla Cassa nazionale di previdenza assistenza forense (comma 8) subordinando la permanenza di entrambe "all'esercizio della professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente (comma 1)".

Tutti gli iscritti agli albi sono cioè iscritti alla Cassa indipendentemente dalla forma in cui esercitano la professione.

Il contributo soggettivo

Quanto alle comunicazioni obbligatorie l'art. 7 dispone che tutti gli avvocati che risultano iscritti, negli Albi professionali nell'anno anteriore a quello della dichiarazione, devono comunicare alla Cassa in via telematica, entro il 30 settembre di ogni anno, **l'ammontare del reddito professionale**

netto conseguito ai fini Irpef per l'anno precedente, nonché il volume complessivo d'affari conseguito ai fini IVA per il medesimo anno.

La comunicazione deve essere fatta anche se le dichiarazioni fiscali non sono state presentate o sono negative e deve contenere le indicazioni del codice fiscale e della partita iva.

Nella stessa comunicazione devono essere dichiarati anche gli accertamenti divenuti definitivi nel corso dell'anno precedente degli imponibili Irpef e dei volumi d'affari IVA. Non costituisce motivo di esenzione dall'obbligo di invio della comunicazione la mancanza di una partita iva, l'inesistenza di reddito o di volume d'affari, l'iscrizione al solo albo speciale dei cassazionisti, l'esistenza di situazioni di incompatibilità.

Gli avvocati che esercitano la professione all'estero hanno l'obbligo di inviare le prescritte comunicazioni se conservano l'iscrizione in un albo italiano e devono indicare solo la parte di reddito o di volume d'affari soggetta a tassazione in Italia.

Con il modello 5 può poi essere formulata la scelta per il versamento della pensione contributiva modulare in misura fino al 10% del tetto pensionistico, che quest'anno ammonta a €. 105.000. Se si opta per il versamento, nella misura massima consentita del 10%, al momento del pagamento non è però obbligatorio provvedervi, tanto meno per intero. Se ci sono delle disponibilità da destinare alla pensione futura, però è consigliabile farlo, perché sull'importo volontariamente versato, viene applicato un interesse garantito dell'1,5 %, che aumenta in modo esponenziale in base alla media dei risultati ottenuti da Cassa Forense con gli investimenti negli ultimi 5 anni, che in questo momento si aggira intorno al 6,5%.

Le associazioni professionali modello 5 bis

Gli obbligati alla comunicazione di cui all'articolo 7. che partecipano ad Associazioni professionali devono comunicare anche **i redditi e il volume d'affari dell'intera associazione.**

Detta comunicazione da inviarsi mediante il **modello 5 bis** può essere sottoscritta anche da **uno solo degli associati** o da chi abbia la rappresentanza dell'associazione medesima.

In questa comunicazione, oltre alla denominazione dell'associazione, il cognome nome di tutti gli associati, compresi quelli iscritti in altri albi, l'ordine di territoriale di iscrizione dei singoli associati, la sede dell'associazione il codice fiscale e la partita Iva dell'associazione, il codice fiscale dei singoli associati **devono essere indicate le quote di partecipazione agli utili dei singoli associati le quote di volume d'affari da attribuire ai singoli, ovvero sia gli utili spettanti al singolo professionista.**

Per le Associazioni professionali a cui partecipano solo avvocati si

pone solo il problema della indicazione del volume d'affari dell'intera associazione, oltre a quello del singolo e dell'invio dell'unico modello 5 bis che deve essere inviato dall'Associazione entro lo stesso termine previsto per il modello 5 individuale, ovvero il 30 settembre 2022.

Per più puntuali indicazioni soccorrono le Note illustrative, visto che i tempi non hanno consentito l'intervento specifico al Congresso.

Le società tra avvocati STA e il modello 5 bis

In ordine alle Società tra avvocati o STA, costituite ai sensi dell'art. 4 bis della Legge Professionale Forense, iscritte nella sezione speciale dell'Albo degli avvocati il Comitato dei Delegati ha deliberato in data 11.3.2021 il regolamento che in seguito all'approvazione dei Ministeri (dell'Economia, del Lavoro e della Giustizia, oltre la Corte dei Conti) alla cui vigilanza siamo sottoposti è entrato in vigore il 1° gennaio 2022. <https://www.cassaforense.it/collegamenti/guida-previdenziale/regolamento-societ%C3%A0-tra-avvocati/>

Sul sito dalla voce documentazione cliccando su normativa e poi su statuto e regolamenti nella parte II sub 5) si trova il regolamento della società tra avvocati.

L'articolo 8 di detto regolamento, che concerne il contributo soggettivo, le recita:

Il reddito prodotto dalla società tra avvocati attribuibile al socio iscritto a Cassa Forense, nonché ogni altro provento da lui percepito, ivi compreso il compenso e le indennità ricevuti quale componente dell'organo amministrativo di gestione della società tra avvocati, sono equiparate, ai fini previdenziali, al reddito netto professionale e sono soggetti al contributo soggettivo, integrativo e di maternità a prescindere dalla qualificazione fiscale. A questo fine vanno computati gli utili maturati e gli altri proventi, anche se non distribuiti ai soci. Il reddito deve essere comunicato dall'iscritto a Cassa Forense con il modello 5 annuale, nei termini e con le modalità di cui al regolamento unico.

Il presupposto è che **tutto ciò che il socio iscritto alla Cassa percepisce in relazione all'attività della società sia da considerarsi come reddito professionale**. La formulazione della norma ha suscitato svariate perplessità, ad esempio, in ordine al compenso e all'indennità ricevute come componente dell'organo amministrativo di gestione della società tra avvocati, a cui è stato riservato un trattamento diverso rispetto alle attività svolte quali componenti di altri organi amministrativi o consigli di amministrazione, non inerenti all'attività professionale.

Le società fra Avvocati Sta che risultano iscritte nell'anno, anche se per frazione di anno, nella Sezione Speciale dell'albo, devono comunicare poi comunicare a Cassa Forense nel modello 5 ter il volume complessivo d'affari

conseguito ai fini Iva.

Devono, inoltre, comunicare l'ammontare del reddito complessivo prodotto, anche se negativo, l'ammontare degli utili, anche non distribuiti, nonché i compensi spettanti a ciascun socio per l'anno solare precedente. La comunicazione del mod 5 ter. deve essere inviata telematicamente, entro il 30 settembre 2022. Entro lo stesso termine deve essere effettuato il pagamento. Del contributo integrativo del 4% sul volume d'affari dichiarato ai fini IVA. Per ogni società fra avvocati deve essere inviato un solo modello 5ter. Qualche dubbio è stato sollevato in ordine alle sanzioni per i diversi inadempimenti posti in essere dalle STA, che in sostanza rinviano alle disposizioni del regolamento unico. La rilevanza di questi comportamenti, non è infatti limitata al piano del rapporto con l'ente previdenziale, posto che l'art. 4 bis, comma 6, della Legge professionale richiede alle Società, il rispetto del codice deontologico e le assoggetta la competenza disciplinare dell'ordine di appartenenza. In questo senso l'articolo 11 del regolamento delle società fra avvocati rende applicabile alle STA e ai loro soci, componenti l'organo di gestione, in caso di perdurante omissione dell'invio del modello. 5 ter, l'obbligo di comunicazione della Cassa al Consiglio dell'Ordine competente, ai fini della loro sospensione dall'esercizio della professione. Inoltre, nella prospettiva di promuovere la correttezza dei comportamenti previdenziali dell'ente, l'art 13, comma 1, sancisce la responsabilità solidale con la società dei componenti l'organo di gestione, purché iscritti alla Cassa, quanto al pagamento delle sanzioni previste per la violazione delle disposizioni del regolamento delle società tra avvocati.

Il contributo integrativo

Un ulteriore profilo concerne il contributo integrativo cioè la maggiorazione percentuale su tutti i corrispettivi rientranti nel volume annuale d'affari ai fini di Iva, che tutti gli Avvocati iscritti agli Albi e quindi a Cassa sono tenuti a versare a Cassa Forense nell'attuale misura del 4%. L'onere economico di questa maggiorazione è sopportato innanzitutto dai clienti del libero professionista, ma la norma precisa che il contributo è dovuto indipendentemente dall'effettivo pagamento eseguito dal debitore, salvo ripetizione nei confronti di quest'ultimo. Il contributo integrativo ha funzione solidaristica ovvero sia una prestazione patrimoniale imposta a finanziamento della previdenza di categoria, che ne determina l'inutilità ai fini previdenziali per il singolo iscritto.

L'applicazione del contributo unificato alle Associazioni professionali ha dato a suo tempo origine alla costituzione della Commissione Studi Associati, che sta affrontando la questione del doppio 4%, cioè quello che viene posto a carico del cliente e quello che le Associazioni e a maggior

ragione le Sta, devono applicare per la quota di competenza di ogni associato iscritto agli albi di avvocato o praticante iscritto alla Cassa. Al fine di stimare il peso economico della sua eventuale abolizione, è stato ad esempio inserito nel modello 5 il quesito relativo, all'attività svolta a favore di un mono committente, ovvero di un altro avvocato. La richiesta di abolizione del doppio 4%, ovvero di riduzione del 3% di solidarietà, dovuto per gli importi superiori ai €. 105.000, è oggetto di emendamenti anche in sede di discussione della riforma del sistema previdenziale.

Per maggiori puntuali indicazioni si vedano le **Note illustrative per la determinazione dei contributi dovuti in autoliquidazione per tutti i modelli 5, 5bis e 5ter** (https://www.cassaforense.it/media/8951/istruzioni-modello-5_2022-testo-definitivo.pdf)

L'autore
di questo articolo

GIOVANNA FANTINI
Delegata di Cassa Forense,
Avvocata

**Prova NT+Lavoro e
Modulo24 Contenzioso Lavoro
per 1 mese a soli € 4,90**

ntpluslavoro.com



**Più approfondimenti
e più notizie in tempo reale**