

Percorsi di ricerca del Dottorato
in diritto internazionale,
diritto privato e del lavoro
dell'Università di Padova

Volume I

a cura di Maurizio Bianchini, Elena Pasqualetto, Enrico Zamuner

Prima edizione 2021, Padova University Press
Titolo originale

© 2021 Padova University Press
Università degli Studi di Padova
via 8 Febbraio 2, Padova

www.padovauniversitypress.it
Redazione Padova University Press
Progetto grafico Padova University Press

This book has been peer reviewed

ISBN 978-88-6938-200-0



This work is licensed under a Creative Commons Attribution International License (CC BY-NC-ND)
(<https://creativecommons.org/licenses/>)

**PERCORSI DI RICERCA DEL DOTTORATO
IN DIRITTO INTERNAZIONALE,
DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
DELL'UNIVERSITÀ DI PADOVA**

VOL. 1

a cura di

MAURIZIO BIANCHINI, ELENA PASQUALETTO, ENRICO ZAMUNER



Indice

Presentazione	7
Il trattamento dei dati personali del lavoratore tra informativa e consenso <i>Stefano Iacobucci</i>	13
Il ruolo dell'autonomia privata nella qualificazione delle liberalità non donative a carattere negoziale <i>Davide Lapis</i>	55
Il principio di non discriminazione nell'ambito del commercio multilaterale e degli investimenti internazionali <i>Silvia Marchiante</i>	89
L'eliminazione della condizione nei contratti <i>Emanuela Morotti</i>	123
Il rapporto di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Un tentativo di ricostruzione civilistica <i>Giovanna Pistore</i>	157
Prospettive del contratto collettivo decentrato nel sistema contrattuale e nel sistema legale <i>Angela Rampazzo</i>	177
La tutela della retribuzione "sufficiente": rafforzamento della via negoziale o intervento legale? <i>Davide Tardivo</i>	205

Presentazione

Il volume raccoglie alcuni contributi di dottori di ricerca che si sono formati presso la Scuola patavina. In consonanza con il carattere multidisciplinare del nostro dottorato, sviluppano temi di diritto internazionale, diritto privato e diritto del lavoro. Le note che seguono si prefiggono, per ciascuno degli scritti, di fornire una sintetica presentazione.

Il contributo del dott. **Stefano Iacobucci** (*Il trattamento dei dati personali del lavoratore tra informativa e consenso*) approfondisce la disciplina del trattamento dei dati personali di cui al c.d. GDPR (Regolamento generale sulla protezione dei dati del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, n. 679) con riferimento al rapporto di lavoro subordinato, focalizzandosi in particolare sui poteri datoriali di gestione del rapporto e sulla rilevanza giuridica della volontà del lavoratore, giungendo a rileggere tematiche classiche del diritto del lavoro (come quella dei limiti all'esercizio dei poteri datoriali) entro le coordinate del "nuovo" diritto della tutela della privacy, che permea ogni settore della vita sociale.

Partendo dall'analisi della normativa di riferimento (art. 88 GDPR, artt. 111 e 114 Codice privacy, art. 4 Statuto dei lavoratori) l'Autore mette in evidenza l'avvenuta creazione di un sistema normativo circolare, in forza del quale la norma speciale (art. 114) rinvia ad altra norma speciale (art. 4), che, a sua volta, rinvia alla normativa generale (GDPR e Codice privacy), così imponendo l'applicazione generalizzata della disciplina della privacy nel sistema dei controlli a distanza.

Il contributo si sofferma poi sull'analisi della base giuridica del trattamento dei dati personali del lavoratore (individuato nell'esecuzione del contratto), per concludere che il trattamento è imprescindibile ai fini dell'esercizio del potere direttivo, in quanto caratterizzante il rapporto di lavoro subordinato, mentre è solo eventuale ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, che invero non connota in modo necessario il "tipo" lavoro subordinato.

Il contributo del dott. **Davide Lapis** (*Il ruolo dell'autonomia privata nella qualificazione delle liberalità non donative a carattere negoziale*) si incentra sull'individuazione dei requisiti necessari per qualificare l'operazione economica sottesa ad un atto negoziale (e in specie ad un contratto) in termini di "liberalità non donativa". Se, per un verso, la dottrina ha ormai da tempo adottato la soluzione al problema della qualificazione in termini di liberalità di comportamenti tipizzati e corrispondenti a fattispecie legali con effetti accrescitivi, quali l'accessione e la stessa prescrizione, ossia quella di presupporre un apposito atto di autonomia idoneo ad indirizzare tali fattispecie alla realizzazione di interessi non patrimoniali, tuttavia, e per altro verso, il panorama dottrinale e giurisprudenziale sconta una maggiore incertezza con riguardo al tema affrontato nel lavoro dell'Autore.

In questo studio, dunque, il dott. Lapis si propone di verificare se, e in che misura, lo specifico modello interpretativo adottato con riferimento alle liberalità non negoziali possa essere esteso a situazioni differenti, come ad esempio quelle prese in considerazione nel contributo; e se esso possa addirittura rivelarsi capace di assurgere a schema di portata generale per l'articolato fenomeno delle liberalità non donative, incluse quelle a carattere negoziale. A questi fini, l'analisi contempla l'esame delle liberalità in cui non vi è coincidenza tra i soggetti del negozio che realizza la situazione giuridica oggetto di qualificazione e i soggetti del rapporto che da tale qualificazione dovrebbe originare (il richiamo è alla casistica di operazioni negoziali, dette di "intestazione di beni sotto nome altrui", in cui un terzo, a titolo liberale, adempia le prestazioni nascenti dal contratto in luogo di una parte, ai sensi dell'art. 1180 c.c., o ne divenga il beneficiario, ai sensi dell'art. 1411 c.c.) nonché il vaglio della liberalità in cui, al contrario, vi è piena coincidenza tra i soggetti del negozio che realizza la situazione giuridica oggetto di qualificazione e i soggetti del rapporto che da tale qualificazione dovrebbe originare (il riferimento è a quelle fattispecie riconducibili alla nota figura del *negotium mixtum cum donatione*).

Il percorso seguito giunge così a identificare con maggior nitidezza alcuni elementi strutturali comuni alle fattispecie considerate, dall'Autore ritenuti idonei a supportare la tesi proposta.

Il contributo della dott.ssa **Silvia Marchiante** (*Il principio di non discriminazione nell'ambito del commercio multilaterale e degli investimenti internazionali*) analizza il rapporto tra la disciplina internazionale del commercio multilaterale e quella relativa alla protezione degli investimenti nell'ottica del principio di non discriminazione al fine di valutare se, ed eventualmente in che misura, la giurisprudenza che si è venuta formando nei due settori nel corso degli ultimi decenni presenti punti di contatto ovvero di divergenza. L'analisi, in chiave

comparata, si concentra in particolare sulla giurisprudenza relativa alle clausole, comuni ad entrambi i sistemi, della nazione più favorita e del trattamento nazionale, illustrando le ragioni d'ordine sostanziale e procedurale che, a seconda dei casi, hanno favorito ovvero ostacolato la reciproca influenza fra gli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC e i Tribunali arbitrali in materia di investimenti sia in termini di approcci interpretativi che di soluzioni raggiunte.

Il contributo della dottoressa **Emanuela Morotti** (*L'eliminazione della condizione nei contratti*) si propone di comprendere se, e in quali circostanze, l'eliminazione della condizione precedentemente apposta ad un contratto possa essere qualificata come un negozio di tipo modificativo. A questo fine, l'Autrice sceglie un percorso argomentativo incentrato intorno a due nuclei tematici principali: da un lato, quello attinente ai caratteri tipici del congegno condizionale; e, dall'altro lato, quello vertente sui meccanismi con cui si producono gli effetti voluti dalle parti. Siffatta impostazione – sostiene la dottoressa Morotti – consentirà di attribuire all'eliminazione della condizione un significato più pregnante di quello che usualmente le si riconosce in dottrina e in giurisprudenza, non considerandola semplicemente come la rimozione di un elemento accessorio del contratto, ma facendole assumere, in certi casi, la capacità di incidere sull'assetto di interessi originariamente predisposto dalle parti dell'accordo. L'Autrice, quindi, dopo aver ricapitolato i principali insegnamenti riguardanti l'istituto della condizione nel contesto della teoria del contratto, argomenta la propria tesi valorizzando, in particolare, la precarietà di un assetto negoziale condizionato e sottolineando l'assunzione – in capo alle parti – di un rischio peculiare, associato al verificarsi ovvero al mancato prodursi del fatto assunto come condizione, vuoi sospensiva, vuoi risolutiva. L'eliminazione successiva della condizione apporta pertanto maggiore certezza al tenore delle obbligazioni contrattuali: e tale circostanza – secondo l'Autrice – è quanto basta per attribuire valore negoziale alla modificazione del rapporto fino a quel momento condizionato. Il raggiungimento della definitività dell'assetto di interessi si concretizza più precisamente, nella successiva volontà delle parti, espressa a mezzo dell'atto modificativo, a che il contratto produca i propri effetti, originariamente voluti, senza più il rischio che il medesimo possa risolversi o restare improduttivo a causa dell'avveramento o meno dell'evento dedotto quale condizione.

In quest'ottica, la dott.ssa Morotti propone di limitare la possibilità di considerare l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo – ossia come un contratto che si limita ad alterare il regolamento originario, senza tuttavia togliere a quest'ultimo la capacità di continuare a costituire la fonte di ogni ulteriore effetto – alla verifica della capacità del contratto, non più condizionato, di riuscire a produrre gli effetti definitivi cui mirano le parti.

L'applicazione di questa chiave interpretativa – come riconosce la stessa Autrice – porta ad una revisione critica dalla dottrina tradizionale e a due distinte conclusioni con riguardo, rispettivamente, al caso di soppressione della condizione risolutiva e a quello relativo all'eliminazione della condizione sospensiva nei contratti ad effetto traslativo, attraverso un'analisi attenta a ricostruire fedelmente tutti i passaggi della vicenda circolatoria che si svolge all'interno dello schema condizionale.

Il contributo della dott.ssa **Giovanna Pistore** (*Il rapporto di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Un tentativo di ricostruzione civilistica*) affronta il delicato tema, oggi quanto mai attuale e dibattuto, della natura giuridica dei poteri datoriali della Pubblica Amministrazione.

L'Autrice si chiede se sia corretto espungere l'interesse pubblico generale dall'economia del contratto, o se sia possibile rileggere il passaggio dai moduli autoritativi alle categorie del diritto comune in un'ottica diversa. La risposta viene data attraverso un'analisi che utilizza quale chiave di lettura la nozione civilistica dell'interesse creditorio, elemento cardine nel conformare il sinallagma contrattuale. Secondo l'Autrice autonomia privata e interessi sono strettamente intrecciati: i poteri vengono conferiti dall'ordinamento per il perseguimento di un determinato scopo e nel caso del p.i. tale scopo consiste nella realizzazione dell'interesse generale, che è dedotto, parcellizzato, nel singolo contratto di lavoro. Il contributo analizza quindi le modalità di svolgimento dei poteri nel rapporto, per affermare che l'interesse pubblico, inteso quale interesse all'operato della PA trasparente ed imparziale, funge da generale limite conformativo e di razionalità nell'esercizio delle prerogative datoriali della stessa.

L'Autrice si inoltra poi nel terreno "incerto" della causa del contratto di lavoro, sostenendo che l'interesse pubblico, in quanto interesse creditorio, ha innegabili riflessi anche su di essa, intesa come funzione economico-sociale o economico-individuale perseguita dalle parti, segnando quindi una differenza rispetto alla causa del contratto privato. La conclusione ipotizzata è che, data la ricorrenza costante di tale interesse nella struttura negoziale, ci si trova di fronte ad un tipo, o sottotipo contrattuale, distinto rispetto al comune rapporto di lavoro.

Il contributo della dott.ssa **Angela Rampazzo** (*Prospettive del contratto collettivo decentrato nel sistema contrattuale e nel sistema legale*) si propone di ricostruire le tappe di progressiva valorizzazione del contratto decentrato, specie aziendale, sia nel sistema confederale che nell'ordinamento statale, evidenziando l'emancipazione della contrattazione di secondo livello dal suo originario ruolo subalterno, verso una funzione di regolazione complementare ed equivalente a quella del contratto nazionale.

Il saggio mette in rilievo come le parti sociali, tra il 2011 e il 2018, abbiano accolto l'esigenza, manifestatasi a seguito della crisi del 2008, di una revisione del tradizionale rapporto tra i livelli della contrattazione collettiva, riconoscendo al livello decentrato più ampie prerogative - quanto a capacità regolativa e quanto ad ampiezza dei contenuti - senza rinunciare ad assicurare al contratto di categoria il controllo centralizzato sulla regolazione periferica. Compiuta questa premessa, l'Autrice si concentra sulla posizione assunta dal legislatore, che ha colto, da un lato, l'attitudine del contratto decentrato a regolamentare l'organizzazione del lavoro in modo più aderente alla realtà produttiva e, dall'altro, la propensione del fronte datoriale a farvi ricorso, anche alla luce delle esperienze di altri Paesi UE.

Il contributo evidenzia poi come permanga l'esigenza di un ripensamento del rapporto tra livelli di contrattazione collettiva. L'ampliamento dell'area in cui si gioca la concorrenza, divenuta sovra-nazionale, rende infatti le aziende più insofferenti alle "regole comuni" del contratto di categoria, le quali, inverprose, da un lato, adempiono alla principale funzione del contratto nazionale - sottrarre le tutele alla concorrenza al ribasso - possono, dall'altro, appiattire gli strumenti di organizzazione del lavoro.

Nella parte finale del lavoro l'Autrice si interroga sulla compatibilità costituzionale di tale maggiore autonomia delle parti sociali a livello aziendale, concludendo che tale assetto non sembra affatto tradire lo spirito ed i precetti di cui all'art. 39 Cost.

Il contributo del dott. **Davide Tardivo** (*La tutela della retribuzione "sufficiente": rafforzamento della via negoziale o intervento legale?*) approfondisce gli strumenti che l'ordinamento italiano attualmente appronta per garantire ai prestatori di lavoro il diritto ad una "giusta retribuzione", delineandone, poi, i principali fattori di crisi ed analizzando, da ultimo, le possibili soluzioni.

Il saggio si concentra sull'analisi dei fattori che hanno condotto all'attuale crisi della "via italiana" al salario minimo, fondata sul meccanismo di interpretazione pretoria - inedito a livello internazionale - degli artt. 36 Cost. e 2099 cod. civ., distinguendoli in edogeni ed esogeni. Fra i primi annovera la progressiva cedevolezza dell'art. 36 Cost., laddove la giurisprudenza costituzionale e di legittimità ne operino un bilanciamento con altre disposizioni costituzionali, quali, ad esempio, nel settore privato, la libertà di iniziativa economica ex art. 41 Cost., e nel settore pubblico, i principi di buon andamento della pubblica Amministrazione e di equilibrio di bilancio ex artt. 81 e 97 Cost. Tra i fattori esogeni, invece, si considera l'effetto combinato della riduzione delle tutele contro il licenziamento illegittimo introdotte dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, con il forte incentivo alla conciliazione stragiudiziale di cui all'art. 6 del decreto, capaci di prevenire in radice l'accertamento giudiziale sul rispetto dell'art. 36 Cost.

Il contributo analizza poi – anche in ottica comparata – le possibili alternative all’attuale sistema, considerando per ciascuna vantaggi e profili critici: a) la via negoziale “rafforzata” (con solo il rinvio della legge alla contrattazione collettiva); b) l’attuazione dell’art. 39 Cost.; c) l’individuazione di un salario minimo legale.

L’Autore conclude sostenendo la necessità di adottare un sistema “misto”, che affianchi al rinvio della legge alla contrattazione collettiva la fissazione di un salario minimo *ex lege* per i lavoratori “marginali”, non coperti dalla contrattazione collettiva.

Maurizio Bianchini – Elena Pasqualetto – Enrico Zamuner

Il trattamento dei dati personali del lavoratore tra informativa e consenso

Stefano Iacobucci

SOMMARIO: 1. La riservatezza del lavoratore – 1.1 *La tutela della riservatezza prima della disciplina sul trattamento dei dati personali* – 1.2 *La tutela della riservatezza del lavoratore nella disciplina della protezione dei dati personali* – 2. L'adeguata informazione del lavoratore: dalla privacy al trattamento dei dati personali – 3. Il consenso del lavoratore: si può fermare il controllo?

1. La riservatezza del lavoratore

L'avvento delle nuove tecnologie, di *smartphone e phablet*, la diffusione sempre maggiore dello *smart wearing*, il progresso nel settore dell'*Internet of things (IoT)*, ha reso la comunicazione decisamente più rapida ed efficiente, ha "accorciato le distanze" tra le persone, ha reso possibile avere sempre con sé (quasi) tutto quello di cui si ha bisogno per lavorare, studiare, divertirsi, spingendosi fino al limite dell'invasività con lo *smart home*¹, con il quale le macchine subentrano all'uomo anche nella cura della casa, grazie agli ultimi ritrovati della domotica.

Questa presenza sempre più invasiva della tecnologia nella società non ha certo lasciato indifferente il sistema produttivo, il quale si è ben presto avviato

¹Basti considerare che se *Amazon* ha abituato i propri utenti a ottenere in tempi veramente eccezionali i beni più vari, l'eccellenza italiana *Supermercato 24*, fondata solo 4 anni fa a Verona, si è affermata come *leader* del settore *e-commerce* nella vendita e recapito di generi alimentari, tanto che il colosso coreano del settore *high tech* *Samsung* ha stretto un accordo con la ditta italiana per dotare di un *market digitale* il frigorifero *Family Hub*, dotato di sensori che lo rendono – previa autorizzazione programmata dell'utente – in grado di profilare le abitudini del consumatore e di ordinare automaticamente i prodotti terminati o in scadenza.

sulla strada di *Industry 4.0*; del resto già da anni il mondo industriale ha abbracciato l'idea che la tecnologia possa costituire un ottimo fattore produttivo per migliorare efficienza ed efficacia della produzione, tanto che il concetto di licenziamento tecnologico è ormai così radicato nel linguaggio giuslavoristico, che già agli inizi del nuovo secolo accorta dottrina notava come “per aversi riduzione del personale idonea a giustificare un licenziamento collettivo, da attuare con le previste modalità, non occorre che vi sia un'effettiva contrazione dell'attività produttiva *ma sia sufficiente una trasformazione effettiva e non contingente della struttura aziendale*, senza che il giudice possa sindacare la esattezza in termini economici delle valutazioni aziendali al riguardo, e può anche aversi *ridimensionamento aziendale che corrisponda addirittura ad un potenziamento dell'azienda, per la adozione di nuove tecnologie*”².

Il sistema produttivo di oggi vive già da qualche anno una rivoluzione tecnologica nella quale le cd. *smart technologies* diventano anche il cuore dell'organizzazione del lavoro, tanto da indurre la comunità scientifica a sostenere che questa sia l'era della quarta rivoluzione industriale: *industry 4.0*.

La diffusione delle *smart technologies*, ben oltre il sistema produttivo, e la loro persistente presenza nella vita privata delle persone, aumenta in modo esponenziale le possibilità di mercato delle imprese. Le *smart technologies* sono di dominio comune, nel senso che ormai pervadono la quotidianità, indiscriminatamente: che sia una casalinga sul *blog* di ricette con lo *smartphone* o il runner del fine settimana con lo *smartwatch* o ancora il domotico con un *digital assistant*, chi più chi meno, quasi tutti hanno scelto di digitalizzare, almeno un po', la propria vita, tanto da rendere “romantico” l'uso del pc.

Le *smart technologies*, in pochi anni, sono passate dall'essere un accessorio per pochi a essere un bene di consumo comune. La loro diffusione e il loro uso hanno modificato anche radicalmente le abitudini di vita. In pochi non hanno uno *smartphone* e chi lo ha difficilmente non utilizzerà *WhatsApp* o *messenger*.

Per alcuni le *smart technologies* si rendono pressoché indispensabili, come nel caso dei *virtual assistant*. Si pensi al piccolo imprenditore alla guida della propria auto che, senza nemmeno guardare il cellulare, dica: “ok google” e “calendario, domani, ore 14.30, appuntamento con...”; *google assistant*, immediatamente, aggiungerà l'appuntamento nel calendario. Quell'imprenditore avrà guadagnato quei dieci minuti di tempo di guida che avrebbe dovuto perdere per impostare manualmente l'appuntamento (o peggio per segnarlo nell'agenda!), fermando la macchina e sperando di rientrare facilmente nel traffico.

L'impatto del mondo *smart* sulla vita dell'individuo ha ricadute necessarie sul mondo produttivo e, ancora di più, sul *modo* produttivo. L'impresa per vivere ha bisogno del consumo e quindi d'intercettare bisogni, piaceri e comodità

²M. BIAGI, *Lavoro e Information Technology: riflessioni sul caso italiano*, in *DRI*, 1/2002, p. 8.

del consumatore. Al mutamento delle abitudini del consumatore segue, necessariamente, l'adattamento dell'impresa.

Per verificare questa affermazione basta controllare il proprio *smartphone*: moltissimi installano le applicazioni di *Groupon* o *Amazon*. Queste piattaforme fungono da intermediari tra consumatore e distributore o (talvolta) produttore. Le imprese presenti su queste piattaforme (a costi, talvolta, anche gravosi) riescono a intercettare quella frangia di consumatori che preferiscono acquistare beni e servizi *online*, cioè i consumatori digitali, i quali aumentano ogni giorno³.

La digitalizzazione del consumo ha incentivato notevolmente la digitalizzazione di produttori e distributori, fino a spingersi all'efficientamento della produzione, grazie alla digitalizzazione stessa. Ma non è tutto. Non è solo la digitalizzazione del consumatore a creare nuove forme di mercato ma, prima ancora, la *digitalizzazione della vita priva*. Basta una ricerca e *Google* saprà quali sono i nostri primi interessi; monitorando la nostra curiosità verso i *post* di un "amico", *Facebook* saprà quali *post* dovrà mettere in evidenza al nostro prossimo accesso; cercando una monografia edita dal gruppo *WolterKluwer* saremo perseguitati da annunci pubblicitari per ricordarci che quella monografia, come tutte quelle simili o analoghe, sono ancora disponibili sul mercato (è questo l'*advertising marketing*).

Tutto ciò avviene perché ogni nostra azione digitale lascia una traccia ed è strutturale che ciò avvenga. Salva l'irrazionalità dell'uomo, i comportamenti umani e le procedure informatiche condividono alcuni caratteri; infatti, tanto l'uomo quanto la macchina ottengono un certo risultato (*output*) partendo da uno specifico comportamento (*input*), il quale viene elaborato da quel complesso di meccanismi che contengono regole per la produzione dell'effetto stesso (*software*)⁴.

³Secondo l'indagine ISTAT "Cittadini, Imprese e Nuove Tecnologie", il 50,5% degli intervistati nel 2016 effettua acquisti online, mentre solo il 10% delle imprese intervistate effettua vendite online.

⁴A mero titolo di esempio si prenda l'azione leggere: gli occhi o le mani percepiscono la struttura grafica che si ha davanti; questa si compone di una sequenza di segni o pallini disposti in una certa dimensione. Per poter attribuire un senso a questo insieme di segni o pallini è necessario decodificare il significato degli stessi in base alla loro distribuzione nello spazio; questa operazione è possibile solo se si conosce uno specifico linguaggio, il quale viene acquisito mediante lo studio (l'installazione) della grammatica e della sintassi della lingua.

⁵Perché si produca l'effetto della lettura (propriamente della comprensione del testo) è necessario che gli occhi (il sistema) acquisisca una traccia, necessaria per l'elaborazione del risultato.

¹ sistemi digitali funzionano, grosso modo, in questo modo; ogni click (comando) viene registrato per essere elaborato e dare una risposta al comando.

²La grande differenza tra uomo e macchina sta nella capacità di memorizzazione. I livelli di memorizzazione della macchina erano irraggiungibili dall'uomo già nei primi anni d'impiego delle stesse, quando la capacità di memorizzazione si attestava sull'ordine dei Megabyte. Oggi la capacità di memorizzazione media si attesta sull'ordine dei Terabyte, cioè 1.000.000 di megabyte (e, rispetto all'unità base, il *byte*, è pari a 10¹²byte).

Volendo seguire la logica della *legge di Hume*, le tracce lasciate con l'azione digitale sono paragonabili alle note musicali poste in sequenza. Ciascuna esprime singolarmente solo un suono; tutte, nel complesso e solo per il tramite di chi ascolta, compongono una melodia.

La melodia altro non è che il risultato di un'elaborazione dell'ascoltatore, che non è poi così azzardato paragonare all'elaborazione digitale. Non è un caso, del resto, se quando comparirono i primi *personal computer* ci si riferisse agli stessi denominandoli "elaboratori".

Perché l'elaborazione possa avvenire è necessario che il processo sia alimentato da dati (le note di Hume, quelle che prima si sono chiamate tracce), cioè da valori (espressi in bit), che possono essere elaborati da una macchina (per questo definita elaboratore elettronico).

Dalla combinazione di più dati possiamo giungere alla conoscenza di una informazione e dalla combinazione di più informazioni, cioè da una grande quantità di dati, derivano le operazioni complesse. Questa operazione di combinazione di dati è la base della profilazione, cioè della stesura di un profilo, mediante l'identificazione e la raccolta dei dati personali e delle abitudini caratteristiche di qualcuno.

Il dato attualmente può essere visto come il bene più prezioso del mercato, poiché dalla sua elaborazione discende la possibilità di personalizzare la strategia dell'impresa⁵. Tanto maggiore è la quantità di dati a disposizione, tanto più efficiente sarà l'elaborazione di risultati "a misura d'uomo".

L'elaborazione dei dati è l'oggetto dell'attività del *data scientist*, cioè di quel professionista del dato che lo elabora al fine di trarne una specifica informazione riferibile al soggetto sul cui comportamento il dato è formato⁶.

La dimensione del mercato dei dati può essere "facilmente" compresa se si considera che ogni 60 secondi vengono pubblicati su *Facebook* ben 3,3 milioni di *post*. In ognuno di questi è contenuta una serie di informazioni da cui è possibile trarre un'infinità di altre informazioni; se poi si combinano i *post* pubblicati da un individuo in un certo arco di tempo o, ancora, s'intrecciano questi *post* con quelli dei suoi "amici" o di altri utenti che lo hanno commentato o ne hanno pubblicato uno analogo, allora le informazioni che si possono ottenere possono solo trovare il limite della fantasia e della capacità di analisi del *data scientist*.

La quantità di informazioni che circolano in rete è tale da aver portato a costringere il concetto di *big data*, intesi come "la pratica di combinare enormi volumi

⁵Simili osservazioni in E. DAGNINO, *People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *LLI*, 1/2017, p. 4

⁶Per una efficace analisi della figura professionale del *data scientist* cfr. A. GIAUME, *#data scientist. Tra competitività e innovazione*, Milano, 2017

di informazioni provenienti da diverse fonti e di analizzarle, usando sofisticati algoritmi per informare le decisioni”⁷.

L’impiego dei *big data* con finalità commerciali rappresenta il più prezioso strumento di efficientamento del mercato perché permette di superare le asimmetrie informative dell’offerta, avvicinandosi ai gusti del consumatore; in questo modo le imprese sono in grado di offrire esattamente quello che piace⁸. Queste informazioni sono richiestissime e pagate a caro prezzo dalle imprese e sono fornite, non più da agenzie specializzate negli studi di mercato, ma dai *social network*.

Internet e le *smart technologies* hanno inciso così profondamente sul lato del consumo da rendere necessaria l’informatizzazione della produzione.

Questa necessità si legge anche nelle politiche nazionali e internazionali. Il mondo industrializzato incentiva l’adeguamento dell’impresa alle nuove tecnologie, specialmente finanziando o defiscalizzando la spesa delle aziende per l’acquisto di macchinari di ultima generazione. Questo indirizzo di politica economica è noto, in Italia, come *Industria 4.0*.

Con *Industria 4.0* si indica una nuova forma di automazione industriale, più evoluta rispetto all’introduzione dei robot di fine anni ‘80 per la *prevalenza del digitale* sull’elemento meccanico e la *connettività*.

Le macchine di *Industria 4.0* mirano alla digitalizzazione del processo produttivo, nel senso di poter gestire il lavoro anche solo da terminale e, per la tendenza all’*usability*, anche mediante un semplice *smartphone*.

A fronte di tutto ciò, viene da chiedersi *quale sia il prezzo da pagare per tutta questa comodità?*

Ebbene, per rispondere alla domanda si vuole proporre una semplice – ma, si ritiene, efficace – considerazione: familiari e amici stretti possono sostituirsi a noi in determinate attività, conoscendo i nostri gusti, le nostre preferenze e – talvolta – il nostro stato d’animo. È nella normalità delle cose che un genitore

⁷Libera traduzione da EDPS, Opinion 7/2015. *Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, 19 November 2015, nella quale il Garante europeo per la protezione dei dati si esprime in questi termini: “In general terms, as a common denominator of the various definitions available, ‘big data’ 4 refers to the practice of combining huge volumes of diversely sourced information and analysing them, using more sophisticated algorithms to inform decisions. Big data relies not only on the increasing ability of technology to support the collection and storage of large amounts of data, but also on its ability to analyze, understand and take advantage of the full value of data (in particular using analytics applications)”

⁸Per una lettura giuridica del rapporto tra *big data* e asimmetrie informative (nel settore assicurativo) cfr. D. PORRINI, *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: cosa cambia con i big data?*, in F. DI PORTO (a cura di), *Concorrenza e mercato – Big data e concorrenza*, Milano, 2016, p. 139 ss.

sappia cosa voglia fare sua figlia, come pure è normale che un amico, con un'occhiata, capisca quel è lo stato d'animo dell'altro.

Ciò è il frutto di una serie di eventi che hanno costituito la relazione tra le persone, permettendo all'uno di acquisire conoscenza e informazioni riguardanti la vita dell'altro.

La stessa cosa avviene con la tecnologia *IoT* ma in via unilaterale; *google allo*, per conoscerci meglio e migliorare il supporto che può darci, s'informa sulle nostre preferenze, su cosa ci piace e persino sul nostro umore...senza mai dire nulla di sé.

Recentemente gli studi sociologici hanno dato spazio al rapporto tra *IoT* e vita privata e qualcuno ha dato una risposta efficace all'interrogativo di cui sopra, con una versione, potremmo dire, 2.0 del *dono dello spirito maligno*. Così come per garantirsi la comodità del trasporto privato per mezzo dell'automobile, si doveva accettare il sacrificio della vita umana – senza contare quella animale – statisticamente elevatissimo, oggi, per garantirsi gli agi e i *comfort* che offre l'*IoT*, si deve accettare che i propri dati personali smettano di essere privati e diventino disponibili per il trattamento di chi offre il servizio.

A fronte della comodità di ottenere un servizio, di ridurre i tempi del processo di produzione, di avere più tempo da dedicare ad attività ricreative, “le persone accetteranno di pagare il prezzo del dono, perché il dono è troppo bello per essere rifiutato”.

Inoltre, proprio com'è stato per l'automobile – difficilmente qualcuno non dispone di almeno una vettura – la diffusione della *wearable technology* e l'adattamento del mercato all'*IoT* avrà un impatto generale anche “non voluto” poiché “il dono finirà per essere una parte fondamentale del mondo nel quale tutti vivono, e questo renderà la vita di chi ha deciso di rifiutare il dono talmente faticosa da convincere tutti i recalcitranti a capitolare a ad accettarlo a loro volta”⁹.

⁹L'immagine del *dono dello spirito maligno* fu elaborata da G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, 1996, per introdurre gli studenti del corso di *torts law* allo studio della responsabilità civile. Di recente questa immagine è stata ripresa da P. TINCANI, *Un altro dono dello spirito maligno. Nuova sorveglianza e comportamenti individuabili*, in L. PELLICOLI (a cura di), *La privacy nell'età dell'informazione*, Milano, 2016, p. 19 ss.

¹Il concetto che intendeva trasmettere il Prof. Calabresi era il seguente: l'idea di sacrificare una vita per avere una comodità o un *comfort*, ripugna (teoricamente) chiunque; eppure, tutti accettiamo che ogni giorno si verifichi un incidente grave, se non proprio mortale, pur di spostarci con un mezzo motorizzato come l'automobile. Questo è il dono dello spirito maligno: il costo della comodità e della tecnologia è un bene essenziale della vita, se non proprio la vita stessa.

1.1. La tutela della riservatezza prima della disciplina sul trattamento dei dati personali.

In Italia, la tutela della *privacy* è oggetto della discussione dottrinale e anche delle pronunce giurisprudenziali, da moltissimi anni e sotto le più varie accezioni.

In generale il *diritto alla riservatezza* viene qualificato come forma di tutela della dignità della persona, nell'ambito della più ampia fattispecie dei diritti della personalità¹⁰. Proprio per questo suo inquadramento, il diritto alla riservatezza ha ritardato molto ad affermarsi come diritto autonomo¹¹, venendo spesso ricondotto ad altre fattispecie come la tutela dell'onore e della reputazione¹².

Il diritto alla riservatezza può essere inteso come diritto di nuovo conio, poiché la sua affermazione è abbastanza recente¹³; infatti, tale diritto verrà riconosciuto e definito dalla Suprema Corte solo nel 1975¹⁴.

Secondo la Cassazione “il diritto alla riservatezza consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti. Esso non può essere negato ad alcune categorie di persone, solo in considerazione della loro notorietà, salvo che un reale interesse sociale all'informazione od altre esigenze pubbliche lo esigano. Tale diritto non solo trova implicito fondamento nel sistema, ma trova una serie di espliciti riferimenti

¹⁰In giurisprudenza questa qualificazione si può far risalire a Cass. 20 aprile 1963, n. 990, in *GC*, 1963, I, p. 1280, la quale stabilì che “la personalità è il presupposto di diritti ma anche [...] postula un diritto di concretizzazione, cioè un diritto di libertà di autodeterminazione nei limiti consentiti dall'ordinamento, il quale come diritto assoluto, astratto, si distingue dal potere di autonomia inerente ai singoli concreti diritti e alle concrete manifestazioni”. In dottrina P. PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in P. PERLINGERI (a cura di), *La persona e i suoi diritti – problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 13

¹¹Cfr. G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, p. 8

¹²G. GIOVANNI, *Diritto alla riservatezza (voce)*, in *EG*, 1989 (versione online)

¹³In dottrina non sono mancati tentativi di delineare un diritto alla riservatezza già negli anni '50, e resta particolarmente interessante l'approccio di F. Carnelutti, *Diritto alla vita privata – contributo alla teoria della libertà di stampa*, in *RTDP*, 1955, p. 3, il quale vedeva nella vita privata un bene di cui solo l'interessato può avere cognizione; pertanto, l'A. postulò l'esistenza di un “diritto alla privatezza”, quasi a voler significare che questo diritto entra nell'ambito del principio *ius excludendi alios*, tipico del diritto di proprietà.

¹³Recentemente S. SITZIA, *Il diritto alla “privatezza” nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013, p. 10 ha riproposto il concetto di privatezza.

¹⁴Anche se una prima apertura vi è stata in Cass. 20 aprile 1963, n. 990...*cit.*

nelle norme costituzionali e ordinarie e in molteplici deliberazioni di carattere internazionale¹⁵.

In questa accezione si può leggere l'approdo italiano al *right to be let alone* di matrice anglosassone¹⁶, che costituisce il primo e primordiale modo d'intendere la riservatezza.

Prima dell'entrata in vigore della l. 31.12.1996, n. 675, l'Italia non disponeva di una disciplina specifica per la tutela dei dati personali, che oggi viene regolata dal d.lgs. 30.60.2003, n. 196 (cd. Codice Privacy).

Ciò non significa che il diritto alla riservatezza non fosse disciplinato in assoluto dall'ordinamento. In materia, come notato da accorta dottrina, proprio in materia di lavoro si registrano le prime disposizioni che hanno permesso di parlare di *privacy*, il cui fondamento era individuato nell'art. 8, l. 20.05.1970, n. 300¹⁷ e, per alcuni, nell'art. 4 della medesima legge¹⁸.

La giurisprudenza ha più volte riconosciuto il diritto del lavoratore alla riservatezza o alla *privacy*¹⁹.

¹⁵Cass. 27 maggio 1975, n. 2129, in

¹⁶Questa è la nota formulazione di D. BRANDEIS-S. WARREN, *The right to privacy*, in *IV HLR*, 1890, p. 193

¹⁷Come notato da S. RODOTÀ, *Prefazione*, in A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, GIAPPICHELLI, 2013, p. XIII, "il primo vero riconoscimento legislativo della tutela dei dati personali, addirittura nella significativa materia dei dati sensibili, si trova nell'articolo 8 dello Statuto dei lavoratori".

Per una lettura dell'art. 8, l. 20.05.1970, n. 300 come norma di tutela della *privacy*, cfr. S. SCIARRA, *art. 8*, in G. GIUGNI (diretto da), *Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, p. 101; S. SCIARRA, *Il divieto di indagini sulle opinioni*, in *RTPC*, 1976, p. 1076;

Osserva S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy. Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, p. 52 che il diritto alla riservatezza nel diritto positivo italiano esprime un paradosso, poiché, nato come diritto borghese, prima ancora di tutelare il cittadino, tutela il lavoratore in una fonte di legislazione sociale.

¹⁸In proposito si deve ricordare una memorabile pronuncia del P. Milano, 12 maggio 1972, in *OGL* 1972, p. 260 in occasione della quale il giudicante si soffermò lungamente sull'evoluzione della nozione di *privacy* al fine di valutarne la sussistenza nel diritto italiano e specialmente nell'ambito dell'art. 4, l. 300/1970. Il Pretore concluse affermando che "il cd. "controllo il cuffia" concretando una violazione della "privacy" del lavoratore, costituisce mezzo di controllo vietato dall'art. 4 St. lav."

¹⁹Le prime pronunce in materia si trovano, invero, non nelle questioni legate agli artt. 4 e 8, l. 300/1970, quanto, piuttosto, in quelle legate all'art. 6 della medesima fonte, in materia d'ispezioni personali.

Tra quelle legate alla disciplina del controllo sulla persona, fin da subito si afferma una corrente giurisprudenziale attenta alla questione della riservatezza.

In varie pronunce in cui i giudici si sono occupati di tutela della riservatezza dei lavoratori, talvolta affermandola, talaltra negandola. Cfr. P. Genova, 14 aprile 1981, in *Giur. merito*, 1982, p. 15; P. Genova, 03 ottobre 1982, in *Dir. lav.*, 1984, II, p. 452; T. Milano 20 settembre 1990, in *Orient. giur. lav.*, 4/1990, p. 10.

Oggi, anticipando brevemente quanto si dirà nel prosieguo, la giurisprudenza ha pure superato l'approccio della privacy per adottare una lettura in termini di *privacy* delle informazioni dei lavoratori, come chiaramente afferma T. SAVONA 1 marzo 2018, in *RGL*, 2018, II, p. 574.

Senza pretesa di esaustività, si ricordano alcuni casi in cui i giudicanti, a fronte di un *preciso strumento di controllo*, hanno affermato l'illegittimo impiego dello stesso, in quanto diretto a costituire una forma di controllo a distanza, cioè una forma di lesione della dignità del lavoratore.

Così la giurisprudenza ha ritenuto lesiva della riservatezza "l'installazione dei centralini telefonici elettronici che consentono la registrazione automatica del numero interno chiamante, del numero esterno chiamato, del giorno, dell'ora, del minuto di ogni singola telefonata, nonché del numero di scatti addebitati, e rendono possibile l'inclusione nella conversazione da parte di altri soggetti a ciò espressamente abilitati"²⁰. In questa, come in altre pronunce, si vede come la riservatezza sia ancora intesa nel senso di privacy, cioè come uno "spazio" proprio del lavoratore.

Questa lettura, però, è destinata a mutare, non tanto nel senso di modificare la nozione di privacy, quanto nel senso che nell'ambito della tutela della *privacy* si fa largo a una nozione diversa di conoscenza di "fatti" propri della vita altrui.

Il mutamento trova la sua origine nella concezione della riservatezza – oltre che come *ius excludendi alios* (privacy) – come diritto di controllo sulle proprie informazioni²¹ e si verifica negli anni '80, a ridosso della Convenzione di Strasburgo per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati di carattere personale (n. 108/1981), entrata in vigore a partire dal 1 ottobre 1985.

In effetti il mutamento già è visibile nella giurisprudenza lavoristica, se si considera che il Pretore di Roma nel 1988, pur non facendovi espressamente riferimento, stabilì che "l'ipotesi del controllo a distanza, prevista dall'art. 4, l. 300/1970, presuppone che la registrazione costante e contestuale dei dati personali relativi al dipendente sia comunque a disposizione del datore di lavoro, né rileva che la possibilità di percezione dei medesimi dati sia ignota o meno al dipendente"²².

Il mutamento nella tutela è facilmente comprensibile se si cambia il punto di osservazione del diritto alla privacy; si deve passare dalla sua accezione di libertà negativa, per la quale si esercita come diritto di escludere terzi dalla propria vita privata, all'accezione di diritto di disposizione della propria vita privata, che consiste nello scegliere a quali informazioni i terzi possono accedere, in che misura, per quali finalità e per quanto tempo ciò può accadere²³.

Questo diverso angolo visuale non costituisce una diversa accezione del diritto alla privacy ma, piuttosto, una sua espressione, che contiene il diritto

²⁰P. Milano 8 febbraio 1986, in *Lavoro80*, 1986, p. 89

²¹S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, Bari 2005

²²P. Roma 13 gennaio 1988, in *DL*, 1988, II, p. 49

²³Sul punto si v. S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy...cit.*

alla privacy, laddove pone alla base dell'intera disciplina del trattamento la "lealtà e legalità" nell'acquisizione dei dati.

Già con la Convenzione del 1981 si poteva dire affermato il principio fondamentale per il quale il trattamento dei dati deve avvenire in modo lecito.

Nel contesto della Convenzione la liceità non va intesa nella sua declinazione attuale (di cui si dirà nel Par. successivo) come *principio di liceità del trattamento* (in senso proprio) ma come "principio-valore"²⁴ di liceità, che può considerarsi il fondamento dell'intera disciplina sul trattamento dei dati; infatti, la Convenzione non disciplina in modo puntuale il trattamento dei dati personali e, piuttosto, individua, in modo assai generale, i parametri cui dovrebbe ispirarsi detta disciplina.

È indicativo, a tal proposito, che nella Convenzione si parli di lealtà e legalità. Questi sono parametri che in sé non dicono nulla sul trattamento, poiché la lealtà può essere ricondotta al rapporto individuale e quindi nell'ambito della correttezza contrattuale, mentre la legalità rimanda al rispetto di una disciplina di legge, che, come detto, al tempo della Convenzione, mancava.

Malgrado l'Italia sia stata lungamente inadempiente rispetto all'obbligo di dare attuazione alla Convenzione di cui sopra, la giurisprudenza lavoristica, probabilmente influenzata da quella civilistica, aveva già adottato un linguaggio che, se letto oggi, riporta alla mente la disciplina sul trattamento dei dati personali di cui si dirà a breve.

Così, il Pretore di Milano nel 1988, riconobbe la legittimità di un "sistema elettronico di rilevazione delle presenze del personale in azienda, attivato dagli stessi dipendenti mediante l'inserimento di tesserini magnetici, che consenta l'elaborazione e la registrazione dei dati relativi al profilo orario di ogni dipendente e la trasmissione dei tabulati all'ufficio personale ai soli fini della gestione contabile ed amministrativa, ove risulti accertato in punto di fatto che tale sistema non consente alcun tipo di controllo a distanza dell'attività lavorativa tale da compromettere la *riservatezza* e la *dignità* dei lavoratori, in violazione dell'art. 4 St. lav."²⁵.

La pronuncia merita particolare attenzione per il lessico impiegato, che non è propriamente quello tipico del diritto del lavoro, ma quello della protezione dei dati personali.

La valutazione dello strumento viene svolta secondo le modalità di una valutazione d'impatto del trattamento: viene indicato il tipo di trattamento (registrazione dei dati di entrata e uscita ed elaborazione amministrativa); la finalità

²⁴Per la distinzione tra principi (dei criteri) e principio-valore cfr. F. PIRAINO, *Il codice della privacy e la tecnica del bilanciamento di interessi*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, 1, Milano, 2006, p. 715.

²⁵P. Milano 12 luglio 1988, in *RIDL*, 1988, II, p. 951;

dello stesso (il dato è funzionale alla gestione contabile-amministrativa del dipendente); l'impatto sul diritto (non lede la riservatezza).

La pronuncia, però, non può essere annoverata tra quelle dirette alla tutela del dato personale, poiché il giudicante non valuta l'impatto dello strumento rispetto al dato personale, ma rispetto al più generale diritto alla dignità del lavoratore²⁶.

Eppure, nelle parole del Pretore di Milano si legge un chiaro mutamento d'impostazione nella valutazione della fattispecie. La *privacy* del lavoratore non viene più valutata nell'ambito di un diritto fondamentale, ma rispetto a parametri – all'epoca dei fatti più teorici e giurisprudenziali che positivi – propri del trattamento dei dati.

Va notato che questa impostazione fatica ad affermarsi; infatti, nelle sentenze successive i giudici mantengono una lettura classica della riservatezza, sebbene le motivazioni diventino sempre più caratterizzate dalla presenza di fattori che spostano il focus del giudizio dalla condotta dell'imprenditore al diritto del lavoratore, in accezioni che richiamano quei diritti sui quali sorge la disciplina del trattamento dei dati personali²⁷.

Ne è riprova un'interessante pronuncia del Tribunale di Milano, adito per accertare la legittimità della direttiva impartita ai lavoratori di un supermercato d'indossare il *badge* in modo che nome e cognome fossero ben visibili alla clientela.

Il giudicante, in questo caso, si esprime a favore (forse anche esageratamente) dell'impresa, stabilendo che: “non sono [...] meritevoli di tutela quelle accezioni del diritto alla riservatezza, che si traducono in una sorta di diritto all'anonimato all'interno del luogo di lavoro e nello svolgimento delle proprie mansioni. Il lavoratore è tenuto per contratto all'adempimento della sua prestazione di lavoro in modo adeguato e corretto, e non può certo lagnarsi della riconoscibilità delle sue azioni così come dei prodotti del suo lavoro. A ragionare diversamente non solo si avallerebbe l'idea di una sorta di totale irresponsabilità del dipendente, ma si finirebbe per convalidare quell'immagine esterna di opacità delle aziende pubbliche amministrazioni, che in un paese civile si vuole giustamente superare”.

La pronuncia si segnala per la particolare avversione del giudicante rispetto alla pretesa del lavoratore a non essere identificato; secondo il Tribunale, l'impresa, ha tutto il diritto di dare “un nome a un volto” ai propri dipendenti, nell'ambito di una strategia aziendale volta a garantire trasparenza²⁸.

²⁶Sul tema della dignità del lavoratore cfr. C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, p. 337 ss; G. GIUGNI, *art. 1*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Milano, 1979, p. 3 ss.; V. FERRANTE, *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in *RIDL*, 2011, I, 73 ss., 74 ss

²⁷Al tema è dedicata la monografia di S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy...cit.*

²⁸La questione meriterebbe un approfondimento rispetto al tema della retribuzione; infatti, il

Per contro, va ricordato che la prestazione lavorativa – per quanto possa essere vero che sia dovuta nell’ambito di un rapporto *intuitu personae* – può avere carattere generico o comunque non specialistico; in ciò sarà soggettivamente “fungibile”, nel senso che il contributo soggettivo non può essere tale da determinare un sensibile apporto alla realizzazione dello scopo. Più precisamente, la prestazione sarà tanto più soggettivamente fungibile quanto più le mansioni svolte risultino di “basso” profilo²⁹.

Ebbene, se è vero che la prestazione risulta fungibile, già sul piano del sinallagma – che il giudicante richiama a fondamento della pronuncia – si dovrebbe ritenere che il rendere possibile a terzi d’identificare il lavoratore sia eccedente rispetto al contenuto della prestazione dovuta, che proprio per la fungibilità delle mansioni può essere svolta da qualunque altro lavoratore. Detta con poca eleganza, che sia un lavoratore o un altro a svolgere la prestazione, poco cambia.

Il giudicante, che avrebbe ben potuto soffermarsi su questo aspetto, in linea con il richiamo del vincolo sinallagmatico, per escludere la legittimità della direttiva impartita dall’impresa, statuisce che: “il lavoratore come persona entra nel contratto di lavoro solo per quella parte che è strettamente necessaria all’adempimento degli obblighi contrattuali assunti, mentre per il resto conserva, in linea di principio, la sua totale libertà. E in questa sfera di libertà si colloca sicuramente il nome sotto il profilo del tessuto connettivo di ogni altra espressione della personalità, in ogni momento, in ogni aspetto della vita e di relazione, fuori dall’ambiente e degli obblighi di lavoro”³⁰.

Con il ricorso alla tutela del nome, come espressione di un diritto proprio della persona individuato per il tramite dell’art. 6 c.c., il giudicante esclude che la direttiva possa ritenersi legittima perché è possibile ottenere un effetto di pubblicità e trasparenza, analogo a quello ottenuto con l’esposizione del *badge*, esponendo un cartellino nominale meno invasivo e, meglio ancora, recante un pseudonimo.

Va rilevato che il giudicante non fa nemmeno menzione della l. 31.12.1996, n. 676 (oggi sostituita dal d.lgs. 196/2003), che all’epoca dei fatti era pienamente vigente.

Per una valutazione dei fatti in parola, dal punto di vista giuridico della tutela del dato personale, si può fare riferimento alla produzione “normativa”

guadagno derivante da questa pratica è tutto a vantaggio dell’impresa, poiché il consumatore non avvertirà freddezza nei locali della stessa, e sarà invogliato a tornare nella stessa (trattasi di strategia di fidelizzazione). Per realizzare questo profitto, però, l’impresa non usufruisce di una sua risorsa ma della personalità del lavoratore, che, tuttavia, non viene remunerato per ciò.

²⁹Precisando che per “basso” non s’intende scarso ma gerarchicamente non apicale, quindi tanto più le mansioni sono riconducibili a un inquadramento inferiore, tanto più la fungibilità del debitore della prestazione sarà possibile.

³⁰T. Milano 6 dicembre 2000, in *RIDL*, 2001, II, p. 279, con nota di C. OSGRIEG, *Diritto del lavoratore al nome e di non farlo conoscere a terzi*

del Garante della *privacy*. In particolare, ci si riferisce al provvedimento con cui il Garante si è occupato proprio della questione dei cartellini identificativi, stabilendo che: “uno dei principi fondamentali della direttiva europea e della legislazione italiana appare quello secondo cui i dati personali trattati devono essere pertinenti e non eccedenti rispetto alla finalità perseguita” e su tale assunto ha stabilito che “non risulta di alcuna utilità che appaiano sul cartellino [...] dati personali quali quelli identificativi delle generalità e quelli anagrafici, a differenza dell’immagine fotografica, della definizione del ruolo professionale svolto ed eventualmente di un nome, numero o sigla identificativi che già da soli possono permettere un agevole esercizio da parte dell’utente o del cliente dei loro diritti”³¹.

Invero è del tutto singolare che il Giudice non abbia dato applicazione alla normativa sulla tutela dei dati personali, pur avendo espressamente fatto ricorso al medesimo principio impiegato dal Garante per stabilire l’illegittimità del trattamento, cioè il principio di necessità.

Il principio di necessità – da cui deriva la minimizzazione del dato – è stabilito, oggi, dall’art. 5, par. 1, lett. c). GDPR a norma del quale “i dati personali sono: adeguati, pertinenti e limitati a quanto *necessario* rispetto alle finalità per le quali sono trattati”.

Posto che il trattamento non può avvenire se non nel rispetto di questi principi, allora da questa mancanza deriva necessariamente l’illegittimità del trattamento, sebbene l’interessato abbia pure manifestato il consenso.

La questione è importante nel caso di specie, poiché il Tribunale era chiamato a giudicare sulla legittimità del rifiuto del lavoratore di esporre il *badge* al pubblico e sulla legittimità delle previsioni della contrattazione collettiva del medesimo ordine. Ebbene, nel primo caso, il rifiuto al trattamento del dato personale non può certamente essere fatto valere ai fini disciplinari, poiché questo è il principale diritto dell’interessato, quando non si possa dare applicazione ai casi di trattamento in difetto di consenso tassativamente elencati dagli artt. 6 e 9 GDPR.

Nel secondo caso è sufficiente ricordare che l’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea qualifica il diritto al trattamento dei dati come diritto fondamentale – e, al tempo della decisione, si poteva ottenere il medesimo risultato anche facendo rientrare il diritto al nome tra le libertà fondamentali protette dalla Carta costituzionale – pertanto solo l’interessato può legittimamente disporre di tale diritto³².

Come si è visto il lessico lavoristico, pur avendo subito una “contaminazione” del lessico *privacy*, stenta a spostare l’argomentazione giuridica sul versante

³¹Prov. 11 dicembre 2000, doc web n. 30991

³²Per un’analisi sui diritti fondamentali e la loro disponibilità cfr. A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001

del trattamento dei dati personali, restando ancorato al valore più classico, in ambito lavoristico, della tutela della dignità del lavoratore.

In altri termini, mentre nel diritto comune il diritto alla riservatezza non solo si era consolidato ma si era evoluto ed ampliato nella nozione diritto al trattamento dei dati personali, nel diritto del lavoro si faticava a svincolare il diritto alla riservatezza dalla libertà e dignità del lavoratore, cioè da quei beni che la l. 300/1970 aveva inteso proteggere con il titolo I, non a caso denominato “*della libertà e dignità del lavoratore*”.

Ciò, a ben vedere, non dovrebbe destare troppo stupore, se si considera che il Titolo I della citata legge va considerato attuazione della tutela posta dall’art. 41, co. 2, Cost., contro la libertà d’iniziativa economica.

Nell’ambito dell’art. 41, co. 2, Cost. lavoro (subordinato) e libertà d’impresa sono strettamente connessi e la tutela del primo dipende dalla specificità del secondo, nel senso che tanto maggiore sarà l’attività dell’impresa, tanto maggiori saranno i rischi derivanti dalla stessa, verso i quali devono sussistere garanzie adeguate per i lavoratori.

In questo rapporto il Titolo I della l. 300/1970 realizza l’importante funzione di specificare e garantire i diritti del lavoratore a fronte dell’espansione della libertà d’impresa e, specificamente, della facoltà di controllo. Inoltre, come si è già detto (Cap. 1, sez. II) il Titolo I è retto dall’art. 1, l. 300/1970, che funge da parametro interpretativo delle successive disposizioni, nel senso di porre al centro della tutela *la persona del lavoratore*.

La centralità della persona nell’ambito dei limiti esterni alla facoltà di controllo consente dunque d’individuare nella dignità il bene tutelato dalla norma³³. Pertanto, seguendo questa linea di pensiero, il bene della riservatezza non emerge mai come un autonomo diritto tutelato dalla fattispecie in commento e, per derivazione, si dovrebbe ammettere che la stessa sorte tocchi al trattamento dei dati personali.

Va però detto che accorta dottrina, con una sbalorditiva lungimiranza, aveva già individuato nell’impianto del Titolo I, l. 300/1970 e nello stesso art. 4 della medesima legge la fonte della tutela della riservatezza, non solo in quanto riservatezza ma anche come diritto alla gestione dei dati personali del lavoratore; ciò non in via di principio, ricorrendo a norme costituzionali, ma sul piano normativo, portando la tutela fuori dal campo specifico della l. 300/1970, approcciando la protezione della *privacy* del lavoratore dal punto di vista della tutela della personalità, ricondotta, però, nell’ambito del sinallagma contrattuale³⁴.

Volutamente o meno, seguendo questa impostazione, la dottrina ha anticipato quel principio-valore su cui si fonda la tutela dei dati personali, che consi-

³³Per l’individuazione del bene dignità nell’obiettivo di tutela dell’art. 4, l. 300/1970, cfr. B. VENEZIANI, *art. 4*, in G. Giugni (a cura di), *Lo statuto...cit.*, p. 19

³⁴P. ICHINO, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, p. 30 ss.

ste propriamente nel trattamento secondo lealtà, che nell'impostazione dell'Autore consiste nella correttezza contrattuale, e legalità, che l'Autore individua nella tutela delle situazioni specifiche, quali il diritto al nome, all'immagine, e a quel catalogo di diritti che, per il tramite dell'art. 2 Cost., viene acquisito a norma interna.

In breve, già verso la fine degli anni '70, la riservatezza del lavoratore non poteva più intendersi nella sola accezione di diritto alla privacy e poteva essere calata nel contesto del diritto al trattamento dei dati personali.

1.2. La tutela della riservatezza del lavoratore nella disciplina della protezione dei dati personali.

Con l'entrata in vigore della l. 675/1996, prima, del d.lgs 196/2003, *medio tempore*, e con il d.lgs. 101/2018 (di adeguamento al GDPR) poi, l'ordinamento italiano dà attuazione alla disciplina europea in materia di *privacy*, avviata con la Convenzione del 1981, e si dota di una disciplina generale diretta alla tutela dei dati personali.

La l. 675/1996 e il d.lgs. 196/2003 vennero emanati, rispettivamente, in attuazione e implementazione della Dir. 96/46/CE, finalizzata ad "armonizzare la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche rispetto alle attività di trattamento dei dati e assicurare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri" (Cons. 3, GDPR) la quale costituiva la prima fonte di regolamentazione organica e vincolante nel trattamento dei dati personali nello spazio economico europeo.

La scelta di disciplinare la materia per mezzo di una direttiva³⁵, vista oggi, non si è dimostrata vincente; infatti, le direttive stabiliscono un risultato che, poi, una disposizione legislativa nazionale dovrà attuare.

Ricorrendo alle direttive si lascia un margine decisionale agli Stati Membri che può determinare una differenza tra ordinamenti anche notevole. Questo effetto si è verificato proprio in materia di trattamento dei dati personali; infatti, la cd. direttiva *privacy* ha dato luogo a una moltitudine di normative nazionali in materia di trattamento dei dati personali, tale per cui ogni paese vantava una specifica regolazione della materia, anche con sensibili differenze.

Va detto che il trattamento dei dati personali compare come diritto solo con la Convenzione del 1981, per essere introdotto negli ordinamenti nazionali solo nel 1985. Fino ad allora la riservatezza seguiva la logica della privacy, sebbene l'affermazione del concetto di trattamento sia stato progressivo.

³⁵A Norma dell'art. 288, par. 3 TFUE "La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

Bisognerà attendere il 2000 per assistere alla proclamazione del diritto al trattamento dei dati personali, per mezzo dell'art. 8 della Carta di Nizza³⁶ e poi il 2007, con i Trattati di Lisbona, per la sua qualificazione come diritto vincolante³⁷.

Alla luce di queste considerazioni, allora, pare più che giustificata la scelta delle istituzioni europee di non regolare fin da subito con un regolamento il diritto al trattamento dei dati personali.

Eppure, l'esigenza di superare la frammentazione nella disciplina del trattamento dei dati personali, predisponendo una disciplina unitaria che tuteli i dati delle persone che si trovano nell'Unione europea, si fa sentire velocemente³⁸ ed è proprio la principale ragione che ha indotto le istituzioni europee ad adottare il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, come viene chiarito nel considerando 9 dello stesso³⁹.

Allo stato attuale la disciplina del trattamento dei dati personali si regge su due fonti: il Regolamento generale 679/2016 (GDPR) e, per l'Italia, il d.lgs. 196/2003 (Codice Privacy) come riformato dal d.lgs. 10.08.2018, n. 101.

Ai fini del discorso che si va articolando non sarà necessario prendere in esame minuziosamente la disciplina sul trattamento dei dati personali, ma solo quelle disposizioni di diretta afferenza al rapporto di lavoro, che sono contenute nella Parte II, Titolo VIII del d.lgs. 196/2003, rubricato "trattamenti nell'ambito dei rapporti di lavoro".

Prima di tutto, però, va chiarito che la tutela della riservatezza del lavoratore è espressamente prevista già nella disciplina europea e precisamente dall'art. 88, GDPR dal quale bisogna partire⁴⁰.

³⁶L'art. 8, par. 1 CDFUE stabilisce che: "ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano"

³⁷L'art. 6 TUE stabilisce: "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"

³⁸Per un'analisi delle ragioni che hanno indotto all'adozione del GDPR cfr. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, 35 ss.

³⁹Cons. 9, GDPR si deriva che "sebbene i suoi obiettivi e principi rimangano tuttora validi, la direttiva 95/46/CE non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche. La compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali, con riguardo al trattamento di tali dati negli Stati membri può ostacolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione. Tali differenze possono pertanto costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione. Tale divario creatosi nei livelli di protezione è dovuto alle divergenze nell'attuare e applicare la direttiva 95/46/CE".

⁴⁰I commenti in materia sono ancora pochi. Cfr. C. DEL FEDERICO, *Trattamento dei dati nell'ambito*

L'art. 88, GDPR stabilisce che “gli Stati membri possono prevedere, con legge o tramite contratti collettivi, norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro, in particolare per finalità di assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, compreso l'adempimento degli obblighi stabiliti dalla legge o da contratti collettivi, di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro.

Tali norme includono misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro”.

La norma merita molta attenzione, poiché per mezzo di questa la normativa europea rimette ai singoli Stati Membri la scelta di adottare una specifica disciplina del trattamento dei dati nell'ambito del rapporto di lavoro, compreso il momento preassuntivo e quello estintivo del rapporto. Ciò permette di affermare che il GDPR, pur considerando il trattamento dei dati nel rapporto di lavoro, di fatto, non si occupa della disciplina di questo fenomeno⁴¹.

Di questa disposizione interessano soprattutto i profili inerenti il bene tutelato, che non viene individuato in modo chiaro. L'art. 88, par. 1, GDPR fa riferimento alla tutela “dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro”, mentre l'art. 88, par. 2, GDPR fa riferimento alla “salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati”.

L'art. 88 prevede due distinti livelli di tutela, che vanno coordinati con il complessivo assetto del GDPR.

Il par. 1 detta i limiti di legge entro il quale deve intervenire la normativa nazionale, la quale dovrà garantire che il trattamento dei dati personali del lavoratore avvenga in modo tale da proteggere diritti e libertà dello stesso, laddove il trattamento sia finalizzato alla “assunzione, esecuzione del contratto di lavoro, [...], di gestione, pianificazione e organizzazione del lavoro, parità e diversità sul posto di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro, protezione della proprietà del

dei rapporti di lavoro, in G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, p. 617 ss.; BUSACCA, *art. 88*, in G.M. RICCIO-G. SCORZA-E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy Commentario*, Padova, 2018

⁴¹ Si condividono, quindi, le osservazioni di A. SITZIA, *Il decreto legislativo di attuazione del Regolamento Privacy: profili giuslavoristici*, in *Dir. Lav. Eu*, 2/2018

datore di lavoro o del cliente e ai fini dell'esercizio e del godimento, individuale o collettivo, dei diritti e dei vantaggi connessi al lavoro, nonché per finalità di cessazione del rapporto di lavoro”.

In altri termini il trattamento dei dati personali per finalità di lavoro non può avvenire in pregiudizio dei diritti e delle libertà del lavoratore.

I beni protetti dall'art. 88, par. 2, GDPR, cioè la dignità umana, gli interessi legittimi e i diritti fondamentali, devono essere oggetto, non della disciplina in sé, ma di “misure appropriate e specifiche”. Nel GDPR il “legislatore” europeo sembra ricondurre questi specifici beni nell'ambito dei più generali diritti e libertà di cui al par. 1.

Ne deriva che la specificità della tutela dev'essere diretta a proteggere la dignità, gli interessi legittimi e i diritti fondamentali del lavoratore nell'ambito di una legge diretta a regolare il trattamento dei dati personali per finalità strettamente attinenti al rapporto di lavoro.

Esiste una simile fonte di regolazione del trattamento dei dati dei dipendenti?

Ebbene, la recente riforma del Codice privacy menziona espressamente l'art. 88, GDPR, nell'art. 111, a norma del quale “il Garante promuove, ai sensi dell'articolo 2-quater, l'adozione di regole deontologiche per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali effettuato nell'ambito del rapporto di lavoro per le finalità di cui all'articolo 88 del Regolamento, prevedendo anche specifiche modalità per le informazioni da rendere all'interessato”.

La nuova lettera dell'art. 111, d.lgs. 196/2003 non si differenzia sensibilmente dalla precedente e mantiene in capo al Garante il ruolo di “normatore” in materia di trattamento dei dati nel diritto del lavoro. Pertanto, malgrado il preteso adeguamento al GDPR, persiste l'”assenza di una regolamentazione *ad hoc* della materia relativa al trattamento dei dati personali dei lavoratori”⁴²

Come notato da accorta dottrina, la fattispecie in esame poteva essere riformulata nel senso di spostare il ruolo di attuazione dell'art. 88, GDPR, dal Garante alla contrattazione collettiva⁴³, seguendo così l'indirizzo regolativo fornito con la Raccomandazione R(2015)5⁴⁴.

Con questa rapida analisi dell'art. 111, d.lgs. 196/2003 si potrebbe reputare esaurita l'analisi del raccordo tra GDPR e codice privacy, nella parte in cui viene disciplinata la tutela dei lavoratori.

Ebbene, ammettendo fin da subito che nel prosieguo si forzerà un po' la lettura del d.lgs. 101/2018, qui si vuole proporre, nell'ambito della funzione di

⁴²A. SITZIA, *Art. 111 - Regole deontologiche per trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro*, in R. SCIAUDONE-E. CARAVÀ (a cura di), *Il Codice della privacy*, Pisa, 2019, p. 275 ss.

⁴³A. SITZIA, *art. 111...cit.*, p. 276 ss.

⁴⁴Sul punto cfr. A. SITZIA, *I controlli a distanza dopo il “Jobs Act” e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *LG*, 7/2015, p. 671

quest'ultima fonte, una lettura di un'altra disposizione del codice privacy, precisamente del nuovo art. 114, d.lgs. 196/2003, tale per cui questa disposizione può essere intesa come misura specifica di disciplina del trattamento dei dati personali dei lavoratori nel rapporto di lavoro.

Per giustificare questa lettura si dovrà procedere come segue: in primo luogo sarà opportuno concentrarsi sulla disposizione in sé, illustrandone la portata e i contenuti, nonché le differenze sussistenti tra il testo antecedente e successivo alla riforma del codice *privacy*; in secondo luogo si dovrà avanzare un'obiezione derivante dalla portata della riforma; infine, si dovrà racciardare il testo della disposizione in commento con il testo dell'art. 4, l. 300/1970.

Questo modo di procedere dovrebbe consentire di verificare la seguente ipotesi: l'art. 4, co. 3, l. 300/1970, come riformato dall'art. 23, d.lgs. 151/2015 può essere inteso come norma specifica ai sensi dell'art. 88, GDPR, poiché l'art. 114, d.lgs. 196/2003, come riformato dal d.lgs. 101/2018, rinvia a questa norma per regolare il trattamento dei dati personali del lavoratore nell'ambito del controllo a distanza.

Procedendo nell'ordine indicato poco sopra, si devono illustrare i contenuti dell'art. 114, d.lgs. 196/2003, il quale si limita a stabilire che “resta fermo quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300”.

È necessario chiarire, quantomeno per attribuirvi un significato compiuto, che la disposizione va letta necessariamente in combinato con la rubrica, così formulata: “garanzie in materia di controllo a distanza”⁴⁵. Da ciò risulta che in materia di controlli a distanza, il codice *privacy* rinvia alla disciplina posta per lo stesso oggetto dall'art. 4, l. 300/1970.

La specialità della normativa contenuta nella Parte II, Titolo VIII, del Codice privacy, mediante questo sistema di rinvii, si concreta nella specialità della norma lavoristica⁴⁶.

Peraltro, va subito detto che il contenuto dell'art. 114, d.lgs. 196/2003 non è mutato dopo la riforma di adeguamento al GDPR del 2018; pertanto, ogni va-

⁴⁵In origine la formula di legge risultava ancora più sbrigativa, poiché, invariato il testo, la rubrica era semplicemente formulata con le parole “controllo a distanza”.

⁴⁶Sul rapporto tra l'art. 114, d.lgs. 196/2003 e art. 4, l. 300/1970 cfr. A. BELLAVISTA, *Protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *DPL*, 2003, inserto n. 41, III; A. BELLAVISTA, *Il nuovo codice della privacy e la protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, vol. I, tomo I, 215 ss.; A. BELLAVISTA, *La tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in F. Cardarelli, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 425 ss.; A. BELLAVISTA, *La protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro dopo il codice della privacy*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, vol. I, 319; E. GRAGNOLI, *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *ADL*, 4/2007, I, 1211; A. MARESCA-S. LUCREZIO MONTICELLI, *Tutela della riservatezza nei rapporti di lavoro: divieto di controllo a distanza e telelavoro*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2005, 545; U. ROMAGNOLI, *Privacy e rapporti di lavoro*, in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Roma, 2004, 160.

lutazione sull'impatto della normativa del trattamento dei dati potrebbe essere svolta senza alcuna variazione rispetto a quanto già fatto in passato⁴⁷.

Da questa constatazione dei fatti, si potrebbe svolgere una semplice ma efficace contestazione all'ipotesi che si sta valutando: se la norma è rimasta sostanzialmente invariata rispetto alla precedente forma e se non richiama espressamente l'art. 88, GDPR, come può essere considerata come norma attuativa dello stesso?

Effettivamente il legislatore non ha espressamente qualificato l'art. 114, d.lgs. 196/2003 come norma di adeguamento all'art. 88, GDPR; tuttavia, la riforma della disposizione in parola, operata dall'art. 9, co. 1, lett. g), d.lgs. 101/2018, rientra in un testo di legge diretto ad adeguare il codice privacy al GDPR, come chiarisce la stessa rubrica del provvedimento legislativo: "disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)".

Certo questa argomentazione non può ritenersi forte come un richiamo espresso dell'art. 88, GDPR; tuttavia, anche ammettere che l'attuale formulazione dell'art. 114, d.lgs. 196/2003 – come nei fatti sembra – sia una mera riproduzione della precedente, senza alcun intento di adeguamento, significa attribuire alla riforma un significato che nei fatti non ha, poiché il fine complessivo del d.lgs. 101/2018, come detto, è quello dell'adeguamento⁴⁸.

Inoltre – e così si viene al terzo punto – la riforma dell'art. 4, l. 300/1970, ha mutato così radicalmente la sostanza della disposizione da renderla, come si ritiene, una norma di attuazione della disciplina *privacy*.

Per comprendere il perché di questa affermazione è necessario richiamare l'art. 4, co. 3, l. 300/1970, a mente del quale: "le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196".

Il ragionamento che si segue è il seguente: posto che la disciplina generale sul trattamento dei dati, nella parte speciale dedicata al rapporto di lavoro, rin-

⁴⁷Tra le valutazioni più interessanti e approfondite cfr. A. SITZIA, *Il diritto alla "privatizzazione"...cit.*, p. 51 ss.; con riferimento alla l. 675/1996, cfr. P. CHIECO, *Privacy...cit.*, p. 158 ss.

⁴⁸Per vero le ragioni di questa protrazione infinita dell'art. 43, co. 2, l. 675/1996, che già faceva salve le disposizioni speciali in materia di diritto del lavoro – cfr. P. CHIECO, *Privacy...cit.*, p. 38 – come notato da A. TROJSI, *Il diritto...cit.*, p. 371 si hanno "probabilmente [nella, *ndi*] considerazione della particolare delicatezza delle tematiche trattate dagli artt. 113 e 114 e della esigenza di una riflessione più meditata"

via alla normativa speciale in materia di tutela della libertà e dignità del lavoratore; inoltre, posto che la disciplina speciale del lavoro richiama, quale condizione d'uso dei dati raccolti, l'intera disciplina generale sul trattamento dei dati; allora l'art. 4, l. 300/1970 può considerarsi norma speciale sul trattamento dei dati, che prevede misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana e dei diritti e delle libertà fondamentali.

Più esplicitamente, l'art. 4, co. 3, l. 300/1970 va scomposto in tre parti. Una prima parte è dedicata a recepire quell'indirizzo giurisprudenziale che aveva ammesso l'utilizzabilità dei dati per finalità disciplinari – per l'occasione il legislatore ha esteso la portata della norma ai fini contrattuali – e riguarda quello specifico trattamento che consiste nell'utilizzo del dato.

Una seconda parte è dedicata alla disciplina dell'informazione che dev'essere fornita al lavoratore.

La terza parte è quella, posta a fondamento del ragionamento appena svolto, sulla cui base si ipotizza la natura di norma attuativa dell'art. 88, GDPR, dell'art. 4, l. 300/1970.

Questa terza parte crea una circolarità tra il d.lgs. 196/2003 e la l. 300/1970 che non può essere letta come un semplice rinvio, peraltro scontato o superfluo⁴⁹, tra le due fonti ma va letta come una forma d'integrazione tra le due.

In sostanza, la riforma dell'art. 4, l. 300/1970 determina una “contaminazione sistematica, che sta al cuore della filosofia della nuova norma, e dello scambio di garanzie da essa prospettato, tra l'art. 4 e la normativa privacy”⁵⁰.

Assumendo per vero quanto sopra considerato, si può ritenere che l'art. 4, l. 300/1970 non sia più solo una norma di carattere limitativo della facoltà di controllo ma una vera e propria norma di regolamentazione del trattamento dei dati personali nell'ambito dei controlli a distanza.

La riforma del 2015 ha apportato “un *quid pluris* in termini garantistici integrando [ai limiti causali e procedurali, dettati per la facoltà di controllo di controllo dell'imprenditore, ndr] i criteri di legalità, finalità, non eccedenza, pertinenza e necessità che devono presiedere al trattamento di tutti i dati”⁵¹.

Tanto considerato, il lavoratore, nell'ambito del trattamento dei dati derivati da strumenti di controllo a distanza, deve qualificarsi come *interessato dal trattamento*⁵².

⁴⁹Per una posizione critica sulla formula impiegata dal legislatore cfr.

⁵⁰R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina del controllo a distanza sul lavoro (art. 23 D.Lgs. 151/2015)*, in *RIDL*, 1/2016, p. 77

⁵¹M. T. SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risolutezza del legislatore*, in *RIDL*, 4/2015, 4, p. 592

⁵²L'interessato, che nel vecchio codice privacy era definito “la persona fisica cui si riferiscono i dati personali” (art. 4, co. 1., lett. i) d.lgs. 196/2003), oggi è definito dall'art. 4, par. 1, n. 1), GDPR, come la “persona fisica identificata o identificabile”

È giusto il caso di ricordare che per trattamento s'intende «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione» (art. 4, par. 1, n. 2), GDPR).

Il trattamento derivante dall'art. 4, l. 300/1970 può essere qualificato sia come acquisizione/registrazione (la registrazione tramite videosorveglianza o l'acquisizione di file) sia come uso (l'impiego ai fini contrattuali) dei dati personali.

Questo trattamento ha per oggetto i dati personali, laddove per dato, ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 1), GDPR deve intendersi “qualsiasi informazione riguardante” l'interessato⁵³ e deve svolgersi in modo tale da garantire il rispetto dei “diritti e libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati” (art. 1, par. 2, GDPR).

Identificato il bene tutelato e dettate le definizioni del “lessico privacy” il GDPR enuncia i *principi*⁵⁴ applicabili al trattamento dei dati personali. Questi principi sono corredati dai cd. *diritti dell'interessato*, disciplinati dal Capo III del GDPR.

Il trattamento deve avvenire secondo i seguenti principi, elencati nell'art. 5, GDPR:

Liceità, correttezza e trasparenza. “I dati personali sono trattati in modo lecito, corretto e trasparente” (lett. a).

⁵³Prima della riforma del 2018, l'art. 4, co. 1, d.lgs. 196/2003, oggi abrogato, definiva diversi tipi di dato personale, in base alla struttura e all'origine degli stessi. La distinzione, oggi utile per rapportare i provvedimenti dal garante antecedenti l'entrata in vigore del GDPR e del nuovo codice privacy, era la seguente: b) “dato personale”, qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; c) “dati identificativi”, i dati personali che permettono l'identificazione diretta dell'interessato; d) “dati sensibili”, i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale; e) “dati giudiziari”, i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale;

⁵⁴In tema cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *CeL*, 1/2018, p. 106

Il principio di liceità, banalmente, impone che il trattamento avvenga nel rispetto della legge, pertanto sulla base delle norme che regolano, nel caso di specie, il trattamento dei dati personali del lavoratore controllato a distanza⁵⁵.

Il principio di correttezza richiama la buona fede e si sostanzia in un trattamento operato in modo tale da essere rispettoso dell'interesse della persona i cui dati sono trattati (interessato). Questo principio si lega al generale principio di *accountability*, imponendo che, oltre al rispetto dei vincoli normativi, il Titolare del trattamento si sforzi anche di garantire l'interessato.

Unitamente i due principi richiamano qui medesimi principi di liceità e lealtà che hanno fondato la base della Convenzione del 1981.

A questi il GDPR aggiunge un ulteriore principio – che fino al 2016 veniva derivato dagli stessi – sul quale, si ritiene, poggia l'intera disciplina dei dati personali, cioè il principio di trasparenza, la cui funzione viene chiarita nel considerando 39, GDPR, a mente del quale: “il principio di trasparenza impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro”.

Aggiunge ancora il considerando 39, GDPR che “tale principio riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazione per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che le riguardano”.

Limitazione della finalità. “I dati personali sono raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità” (lett. b).

Il principio di finalità consiste nell'assicurare la rispondenza del trattamento dei dati personali a finalità individuate e rese note all'interessato da parte del titolare.

Secondo la dottrina il principio di finalità, unitamente a quello di liceità – e, si aggiunge, per il tramite di quello di trasparenza – costituisce la seconda condizione più importante per definire lecito il trattamento, poiché questo non può che avvenire sulla base di uno specifico fine⁵⁶.

Sul principio di finalità, il considerando 39 stabilisce che “le finalità specifiche del trattamento dei dati personali dovrebbero essere esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta di detti dati personali”.

⁵⁵Va detto, però, che la dottrina è abbastanza critica sul principio in parola; per tutti cfr. F. PIRAINO, *La liceità e la correttezza*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, Milano, 2006, 1, p. 750, secondo il quale “la prescrizione della liceità del trattamento è norma pleonastica”.

⁵⁶G. FINOCCHIARO, *Privacy...cit.*, p. 111

Minimizzazione dei dati. “I dati personali sono adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati” (lett. c).

Il principio di minimizzazione altro non è che il *principio di necessità*, che si esprime in due accezioni. Il trattamento potrà essere effettuato quando non esiste altro trattamento che impatti meno sull’interessato dal trattamento e dovrà essere effettuato nelle modalità strettamente necessarie a realizzare il fine per il quale s’intende trattare il dato.

Esattezza. “I dati personali sono esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati” (lett. d).

Limitazione della conservazione. “I dati personali sono conservati in una forma che consenta l’identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati; i dati personali possono essere conservati per periodi più lunghi a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, fatta salva l’attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate richieste dal presente regolamento a tutela dei diritti e delle libertà dell’interessato” (lett. e).

Integrità e riservatezza. “I dati personali sono trattati in maniera da garantire un’adeguata sicurezza dei dati personali, compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentali”

Ogni principio menzionato opera in modo sequenziale, nel senso che l’elencazione dei modi di trattamento è pensata per l’impiego di un dato lecito, finalizzato, esattamente trattato, in modo pertinente e completo, entro i limiti del fine di acquisizione.

Il principio intorno al quale si struttura tutta la disciplina del trattamento è il principio di trasparenza; infatti, se non vi fosse una informazione trasparente, l’interessato non potrebbe esercitare i propri diritti, primo tra i quali, il diritto di esprimere il consenso sul trattamento.

Sul punto è bene chiarire che il trattamento non viene effettuato necessariamente intorno al solo consenso dell’interessato, potendo essere effettuato anche in base ad altre situazioni, tutte elencate nell’art. 6, GDPR, sul quale ci si deve soffermare poiché permette di chiarire perché si è detto che il trattamento si regge intorno al principio di trasparenza.

Come accennato sopra, il principio di trasparenza veniva tratto dai principi di lealtà e liceità, poiché un trattamento non poteva dirsi legittimo se non in funzione della conoscenza che l’interessato avesse dell’uso dei propri dati fatto da un terzo. Ciò in quanto, se l’interessato non sa che i propri dati sono trattati da qualcuno, già per questo sussiste una lesione del proprio diritto alla riser-

vatezza, non solo come diritto alla gestione dei propri dati personali ma anche come diritto di escludere chiunque dalla propria vita privata (secondo l'accezione di privacy).

Il trattamento allora diviene legittimo nella misura in cui dati personali sono trattati mettendone a parte l'interessato. Da ciò discende che l'interessato ha il diritto di sapere che i propri dati verranno trattati.

Come pure si è detto, però, il principio di trasparenza non è più derivato dai principi di lealtà e liceità, poiché nel GDPR viene espressamente previsto come principio autonomo, sebbene resti ancora strettamente legato a questi.

Ciò appare logico anche nella struttura del GDPR, poiché il menzionato art. 6, nel disciplinare le *condizioni di liceità del trattamento*, non fa riferimento che alla *base giuridica* del trattamento, cioè alla specifica condizione normativa in base alla quale i dati personali (nonché quelli particolari, disciplinati dall'art. 9) possono essere trattati.

Ecco allora che, in base all'art. 6, GDPR, il trattamento può dirsi lecito solo se avviene su una base giuridica legittima e conforme a quelle *ivi* indicate.

Il principio di trasparenza, però, non viene affatto meno e va, piuttosto, ricercato in altra disposizione e, precisamente, nel Capo III, sez. I del GDPR, recante la disciplina della trasparenza (sulla quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo), per il tramite della cd. informativa, mediante la quale l'interessato può conoscere con precisione come verrà effettuato il trattamento (cfr. Cons. 39)

Leggendo unitamente le norme di cui si è detto finora, emerge che il consenso al trattamento, in tanto può essere considerato come corretta espressione dell'autonomia della persona, in quanto sia stato prestato a partire da un'adeguata base di conoscenze.

Tutto ciò considerato è possibile definire come dal combinato disposto degli artt. 114, d.lgs. 196/2003 e 4, l. 300/1970 si possa ricavare una misura appropriata e specifica per la tutela della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati.

L'art. 4, l. 300/1970 contiene un precetto diretto a tutelare il lavoratore dall'uso della tecnologia, con l'obiettivo di evitare che per il tramite di questa possa realizzarsi una forma di controllo diretto della prestazione, non personale, ma a distanza.

Questa norma consiste in uno strumento di tutela della dignità e della libertà del lavoratore, come si evince dalla rubrica del Titolo I, della l. 300/1970, entro il quale la norma è inserita.

I beni ultimi tutelati dalla norma, allora, sono tanto la dignità del lavoratore quanto la sua libertà. La dignità "è definita come la qualità ontologica che lega il soggetto alla famiglia umana e che definisce i suoi appartenenti in un rapporto paritario. Espressa nella percezione della propria originalità costitutiva, di sé

stessi come persona e non come animale o come entità materiale strumentale, la dignità dell'uomo si traduce nella libertà come autonomia nella determinazione dei propri fini⁵⁷.

La dignità difficilmente può essere riconosciuta al soggetto che viene controllato nelle medesime forme con cui viene controllata una cosa. In questo senso, l'art. 4, l. 300/1970 è una norma che garantisce quel principio fondamentale di matrice internazionale secondo il quale "il lavoro non è una merce"⁵⁸, nel senso che impedisce all'imprenditore di considerare il lavoratore come un mero fattore di produzione da controllare al fine di dirigerne al meglio la prestazione.

La tutela della libertà mediante l'art. 4, l. 300/1970, oggi, può essere intesa in modo distinto da quello della dignità, laddove se ne coordina il comma 3 con l'art. 8 della Carta di Nizza.

L'art. 4, co. 3, l. 300/1970 nel rinviare al codice privacy, il quale, a sua volta rinvia allo stesso art. 4, si concretizza come norma diretta tutelare il diritto al trattamento dei dati personali, il quale è contenuto nell'art. 8 della Carta di Nizza, sotto la rubrica del Capo II, intitolata "libertà".

Questa accezione rafforza ulteriormente il rapporto tra l'art. 1 e 4, l. 300/1970, poiché, passando per la tutela dell'autodeterminazione della propria vita privata, il lavoratore può decidere a quali informazioni (dati) l'imprenditore può accedere e quali, invece, gli sono precluse.

Ecco allora che l'art. 4, l. 300/1970, diventa una norma fondamentale tanto nel sistema lavoristico quanto nel sistema *privacy*, mantenendo un'unitarietà che permette di qualificare il divieto di controllo a distanza come norma speciale sul trattamento dei dati personali del lavoratore.

La tutela opera sotto due profili; il primo, strettamente lavoristico, che disciplina quella parte di trattamento che consiste nell'installazione e nell'impiego degli strumenti di controllo a distanza, imponendo, nell'ottica tipicamente lavoristica, limiti di tipo causale e procedimentale.

Il secondo profilo è invece proprio del diritto al trattamento dei dati e si esprime nel diritto del lavoratore a essere informato dell'uso dei dati personali che lo riguardano, per finalità di tipo contrattuale.

Questa struttura della norma sembra confermare l'ipotesi da cui si è partiti; pertanto, si crede di poter affermare che l'art. 4, l. 300/1970 può essere ritenuta fattispecie di attuazione dell'art. 88, GDPR.

⁵⁷R. CASILLO, *La dignità nel rapporto di lavoro*, in *RDC*, 2008, I, p. 593

⁵⁸Secondo la nota formula della Dichiarazione di Filadelfia del 1944. Sul punto v. la recente ricostruzione di G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e mercato*, AIDLASS 2019, in corso di pubblicazione.

2. L'adeguata informazione del lavoratore: dalla privacy al trattamento dei dati personali

Come si è detto nel paragrafo precedente la trasparenza costituisce il principio fondamentale attorno al quale ruota la normativa privacy. Non è un caso se nel GDPR, la trasparenza, per il tramite della cd. *informativa sul trattamento*, occupa il primo posto nell'ambito dei diritti dell'interessato, disciplinati dal Capo III.

Ora ci si deve interrogare sul rapporto esistente tra principio di trasparenza e utilizzo dei dati personali acquisiti per il tramite di strumenti di controllo a distanza, continuando nell'analisi a ritroso dell'art. 4, l. 300/1970, avviata nel paragrafo precedente.

In primo luogo, è necessario ricordare che l'art. 4, co. 3, l. 300/1970, ai fini dell'utilizzabilità de dati raccolti, pone un doppio requisito: in primo luogo, l'imprenditore che intende usare i dati personali del lavoratore deve fornire un'adeguata informazione allo stesso; in secondo luogo, egli dovrà rispettare i limiti posti dal codice privacy.

Come visto in precedenza, il principio di trasparenza è retto sul combinato disposto degli artt. 5 e 13 (14, per i dati acquisiti non presso l'interessato), GDPR, il quale ultimo disciplina proprio l'obbligo d'informativa gravante sul Titolare del trattamento (imprenditore) e il diritto d'informazione dell'interessato (lavoratore).

Ebbene, se già esiste un dovere d'informare l'interessato, viene da chiedersi che senso abbia la previsione di uno specifico obbligo imposto all'imprenditore di fornire un'informazione adeguata al lavoratore.

In risposta, si potrebbe obiettare che il d.lgs. 151/2015, a mezzo del quale è stato riformato l'art. 4, l. 300/1970, è precedente al reg. 679/2016 (GDPR) e che pertanto l'adeguata informazione sia un residuo di una disciplina non coordinata con la nuova regolamentazione del trattamento dei dati personali.

Ebbene, questa risposta è da scartare subito; infatti, l'informativa è sempre stata il cuore della disciplina sul trattamento dei dati personali, anche prima dell'entrata in vigore del codice privacy, pertanto vigente ancora la l. 675/1996. Pertanto, non si può ritenere che la specificazione dell'obbligo di adeguata informazione sia stato introdotto dal legislatore delegato del 2015 come specifica forma di tutela del tipo informativa.

Nemmeno si ritiene di poter seguire l'ipotesi avanza da parte della dottrina, secondo la quale l'art. 4, l. 300/1970, in funzione del rinvio operato dall'art. 114, d.lgs. 196/2003, avrebbe natura di norma speciale sul trattamento dei dati personali, tale per cui la disciplina generale sul trattamento dei dati (dunque il codice privacy) non può ritenersi applicabile nel caso dei rapporti di lavoro⁵⁹.

⁵⁹M. MARAZZA, *Dei poteri (del datore di lavoro), dei controlli (a distanza) e del trattamento dei*

Questa tesi non può essere condivisa per almeno due motivi. In primo luogo, non si vede come dalla specialità della norma derivante dal rinvio di cui all'art. 114, d.lgs. 196/2003, possa derivarsi una esclusione dell'intera disciplina contenuta nella Parte I del codice privacy; infatti, a quanto consta, non è presente, in quest'ultimo, alcuna norma tale per cui la norma di parte speciale possa prescindere da quella di parte generale.

In secondo luogo, questa impostazione sconta una contraddizione intrinseca, poiché l'art. 4, co. 3, l. 300/1970 menziona espressamente, tra i criteri di utilizzabilità delle informazioni raccolte mediante gli strumenti di controllo a distanza, il rispetto del d.lgs. 196/2003; pertanto, anche a voler ammettere – e sul punto si condivide questa dottrina – che l'art. 4, d.lgs. 196/2003 sia una norma speciale rispetto al codice privacy, nondimeno, il richiamo dello stesso e la prescrizione di rispettarne il contenuto non permettono affatto di escludere la vincolatività della disciplina stessa.

Infine, non pare soddisfacente la tesi maggioritaria per la quale l'adeguata informazione altro non sarebbe che l'obbligo d'informativa, poiché, se così fosse, ci si troverebbe di fronte a un inutile doppione normativo, peraltro anche mal formulato, se si considera che la disciplina dell'informativa è ben più dettagliata del semplice aggettivo *adeguata*.

Come chiarito più volte l'informativa viene disciplinata dall'art. 12, par. 1-2, GDPR, il quale va coordinato con gli artt. 13, 14, 15-22 e 34 della stessa fonte, essendo espressamente richiamati dalla stessa norma.

L'art. 12, GDPR stabilisce che l'interessato ha il diritto di essere informato con un *linguaggio semplice e chiaro*. I contenuti dell'informativa sono elencati in modo tassativo negli articoli 13 e 14, GDPR di cui si deve richiamare i contenuti.

In generale l'obiettivo dell'informativa è quello di mettere l'interessato nelle condizioni di sapere come vengono trattati i propri dati; pertanto, l'informativa dovrà specificare chi è il titolare del trattamento e a quale fine è diretto il trattamento stesso.

dati(del lavoratore), in *ADL* 3/2016, p. 500 secondo il quale “ Se il riferimento a quella disciplina sembra anzitutto richiamare anche il potere regolamentare del Garante della Privacy, ond'è che il trattamento dei dati dovrà necessariamente tenere conto dei provvedimenti che verranno emessi in materia, una precisazione da fare è che il d.lgs. 196 del 2003 è applicabile nella misura in cui non sia espressamente derogato dal medesimo art. 4 dello Statuto, destinato a prevalere anche in ragione della sua natura di norma speciale che disciplina la tutela della riservatezza di un soggetto “interessato” qualificato (qual è il lavoratore subordinato) rispetto ad uno strumento di trattamento del dato altrettanto tipizzato (qual è lo “strumento di controllo a distanza”). La questione è di grande importanza perché sta a significare che l'esplicita autorizzazione legislativa al trattamento dei dati rilevati mediante strumenti di controllo per “tutti i fini connessi al rapporto di lavoro” (art. 4, comma 3), previo il rispetto dei commi 1 e 2 e fermo l'adempimento dell'obbligo di informativa, supera ogni diversa previsione del Codice Privacy in materia di consenso al trattamento e/o di finalità dello stesso”.

Di particolare importanza è poi la trasparenza dell'informazione rispetto ai diritti dell'interessato, che devono essere portati a conoscenza dello stesso già mediante l'informativa.

In questo senso allora il titolare dovrà informare l'interessato dei tempi di conservazione dei dati; del diritto di accedere ai propri dati personali e di revocare il consenso al trattamento ovvero di chiedere la limitazione del trattamento; del diritto di conoscere eventuali perdite di dati che lo riguardano, nonché della sottoposizione del dato a trattamento automatizzato.

L'informativa è l'adempimento prodromico all'esercizio del secondo più importante diritto dell'interessato, cioè il diritto di esprimere il consenso al trattamento, cioè di manifestare liberamente la propria volontà, libera, specifica, informata e inequivocabile, a che i propri dati personali siano oggetto di trattamento.

Perché il consenso sia libero è necessario che l'interessato sia informato (di ciò si è detto nel par. precedente), cioè che l'interessato sia messo nelle condizioni di poter pienamente comprendere che uso viene fatto dei suoi dati. Non a caso, il primo principio enunciato nell'art. 5, GDPR è proprio quello di trasparenza.

Si è pure detto che non sempre il consenso dell'interessato è necessario per effettuare il trattamento. In proposito gli artt. 6, nel caso di dati personali, 9, nel caso di dati particolari, stabiliscono quali sono i casi specifici che escludono la necessaria acquisizione del consenso.

Poiché in questi casi il trattamento opera a prescindere dalla volontà dell'interessato, è bene che quest'ultimo sappia qual è la base giuridica sulla quale si è fondato il trattamento dei dati.

In quest'ottica l'informativa deve esplicitare se la comunicazione dei dati personali deriva da un obbligo di legge o di contratto ovvero risulta necessaria per la conclusione di un contratto.

Inoltre, per rafforzare ulteriormente la tutela dell'interessato, tutti i Titolari del trattamento che abbiano nominato il *data protection officer* dovranno specificare i dati di contatto dello stesso.

Quanto alla forma, l'art. 12, par. 1 GDPR stabilisce che l'informativa è data per iscritto e preferibilmente in formato elettronico; tuttavia, la disposizione ammette anche "altri mezzi" d'informazione, pertanto varrà anche la forma orale, la quale, evidentemente, incontra il limite della prova.

L'informativa va fornita all'interessato *prima di effettuare il trattamento* se i dati sono raccolti direttamente presso l'interessato. Nel caso del controllo a distanza non v'è dubbio che i dati siano raccolti presso l'interessato, nel senso che questi è la fonte diretta dell'informazione⁶⁰.

⁶⁰Diversamente, per il caso di un controllo tramite agenzia, si dovrebbe ritenere che l'informazione

L'informativa dovrà dunque precisare qual è la fonte da cui derivano i dati dell'interessato se questi non sono acquisiti direttamente dal Titolare. Data la mancanza di un contatto diretto al momento acquisitivo, il Titolare dovrà fornire queste informazioni entro un termine non superiore al mese e, comunque, il prima possibile, oppure al momento della comunicazione dei dati.

Visti i caratteri dell'informativa, diviene più chiara l'affermazione di cui sopra, in ragione della quale, l'adeguata informazione non può essere ritenuta un doppione dell'informativa stessa, per uno strutturale difetto di qualità e specificità dell'informazione. Si ritiene che l'adeguata informazione non sia in grado di rispondere al principio di trasparenza per vaghezza dei contenuti.

Eppure, la disciplina generale sul trattamento dei dati personali, nella sua ampiezza di contenuti, difetta di un elemento fondamentale, che è ben presente nella lettera dell'art. 4, co. 3, l. 300/1970 e che acquista pieno significato nella specificità della disciplina lavoristica, confermando ulteriormente – almeno, così si ritiene – la tesi della natura di norma attuativa dell'art. 88 GDPR, dell'art. 4 stesso.

Questo contenuto ulteriore consiste nell'informazione “delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli”.

L'appropriatezza e specificità della misura contenuta nell'art. 4, co. 3, l. 300/1970 si apprezza proprio nell'obbligo di mettere a parte il lavoratore della tecnica del controllo, cioè d'informarlo sul tipo di strumenti che viene impiegato nell'impresa, sul funzionamento degli stessi, sulla loro potenzialità di controllo, sull'estensione della stessa, sul *quantum* di lesione della riservatezza derivi effettivamente dall'impiego dello strumento e di quale, invece, potrebbe essere questa lesione, laddove l'imprenditore non abbia impiegato doverosi accorgimenti per limitarne l'impatto.

Come si vede, dunque, lo specifico obbligo di fornire un'adeguata informazione imposto all'imprenditore è aggiuntivo rispetto all'obbligo d'informativa di cui all'art. 12 GDPR e può essere ritenuto integrativo del medesimo, nel senso che l'informativa costituisce lo strumento ideale per fornire ai lavoratori “le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro” nonché le adeguate informazioni atte a garantire la “salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali” (art. 88, GDPR) del lavoratore.

Prima di concludere l'analisi dell'art. 4, co. 3, l. 300/1970, analizzando il consenso, vale la pena d'interrogarsi sul rapporto tra informazione (informativa) e procedimentalizzazione.

sia stata acquisita presso un terzo; in questo caso l'informativa andrà fornita entro il tempo più breve possibile e in ogni caso alla prima comunicazione utile con l'interessato.

In merito ci si pone il seguente interrogativo: se il lavoratore ha contezza del controllo, tanto basta per escludere che l'imprenditore debba seguire le regole di cui all'art. 4, co. 1, l. 300/1970, al fine d'installare e impiegare uno strumento da cui possa derivare il controllo?

La risposta, evidentemente negativa, *dovrebbe* essere scontata: se la legge detta un limite specifico per procedere con l'installazione di strumenti da cui possa derivare il controllo preterintenzionale, allora proprio non si vede come la mera informazione circa la presenza di strumenti di controllo, fosse anche nell'accezione dell'adeguata informazione, possa sostituire il vincolo dell'accordo o dell'autorizzazione.

Eppure, sotto la vigenza del vecchio art. 4, l. 300/1970 una pronuncia del Pretore di Genova andava proprio in questo senso, stabilendo che: "l'art. 4 comma 2 dello statuto dei lavoratori intende tutelare il diritto alla riservatezza del prestatore d'opera. Perciò il suo ambito di applicabilità è limitato ai soli impianti di apparecchiature che rendano possibile il controllo a sua insaputa. Quando, invece, il lavoratore sia consapevole del controllo, per l'installazione dei relativi impianti non è necessario l'accordo con la RSA"⁶¹

Ebbene, questa soluzione non può essere condivisa, oggi più che al tempo della pronuncia⁶², poiché l'art. 114, d.lgs. 196/2003 stabilisce chiaramente che in materia di controllo a distanza continua a trovare applicazione l'art. 4, l. 300/1970; pertanto, anche a voler ritenere che l'informazione del lavoratore sia adeguata e sufficiente al fine di consentire il trattamento dei suoi dati personali, si dovrebbe comunque escludere che la stessa sia sostitutiva della procedimentalizzazione, che deve ritenersi accolta dal codice privacy come adempimento necessario per il trattamento dei dati dei dipendenti.

Eppure, non va dimenticato che in altra occasione il Tribunale di Milano ha stabilito che: "con l'art. 4 dello statuto dei lavoratori il legislatore ha inteso evitare che [il lavoratore, sebbene informato della funzionalità dello strumento, venisse esposto a un controllo, *ndr*] assillante, senza tregua e senza possibilità di difesa. La raccolta dei dati relativi a specifici eventi del rapporto di lavoro o il riepilogo degli stessi dati, effettuati, come nella specie, con l'ausilio di sistemi informatici, non consentono controlli di questo tipo, perché il controllo si esaurisce nel momento in cui il lavoratore consapevole si presta ad essere controllato. La tutela dell'art. 4 dello statuto, che si attua mediante l'intervento del sindacato o dell'ispettorato del lavoro, non è idonea a tutelare l'interesse del lavoratore alla riservatezza dei dati e al controllo dell'uso degli stessi; esso

⁶¹P. Genova, 3 ottobre 1982, in *DL*, 1984, II, p. 452, con nota di A. FONTANA

⁶²Va ricordato che la prima fonte di disciplina del trattamento dei dati personali è stata la l. 38/1989, con la quale veniva ratificata la Convenzione di Strasburgo (1098/1989), che è decisamente successiva alla sentenza in commento

infatti deve essere tutelato nei confronti di chiunque [...] perché è proprio ed esclusivo dell'individuo"⁶³.

Ebbene, la sentenza del Tribunale mette in luce una profonda differenza che sussiste tra la normativa lavoristica e quella generale della *privacy* e non pare priva di significato. In effetti, se l'art. 114, d.lgs. 196/2003 fosse inteso come rinvio a norma speciale autosufficiente allora non vi sarebbe dubbio che la distinzione tra persona e lavoratore possa sembrare legittima.

Ancora una volta, però, si ritiene che la tesi proposta di leggere nell'art. 4, co. 3, d.lgs. 196/2003 una misura appropriata e specifica, attuativa dell'art. 88 GDPR, permette di risolvere la questione senza dover negare l'argomentazione del giudice. Perciò, anche volendo ammettere che i diritti del lavoratore e i diritti della persona abbiano dignità differente – e, in effetti, l'art. 88 GDPR depone a favore di questa interpretazione – si dovrebbe comunque ammettere che la disciplina generale torna ad applicarsi come disciplina speciale, per il tramite del richiamo effettuato dall'art. 4, co. 3, d.lgs. 196/2003, al d.lgs. 196/2003.

3. Il consenso del lavoratore: si può fermare il controllo?

Procedendo con l'analisi "a ritroso" dell'art. 4, co. 3, l. 300/1970 ci si deve concentrare su una questione di primaria importanza nel trattamento dei dati personali del lavoratore nell'ambito dei controlli a distanza, poiché dalle conclusioni di questa analisi dipenderà il grado della tutela offerta al lavoratore dall'art. 4, l. 300/1970 dopo la riforma del 2015.

Si è visto come il trattamento dei dati personali possa avvenire esclusivamente nel rispetto dei principi di cui all'art. 5, GDPR, fornendo l'informativa sul trattamento nonché l'adeguata informazione sugli strumenti; inoltre, si è pure accennato al fatto che il trattamento, per essere lecito, necessita del rispetto delle condizioni di cui all'art. 6, GDPR.

L'art. 6, GDPR, rubricato "liceità del trattamento" può essere anche inteso come norma di definizione della base giuridica; ciò si può dedurre dal fatto che il par. 3 della disposizione faccia proprio riferimento alla "base su cui si fonda il trattamento dei dati".

La regola fondamentale seguita dal GDPR è la seguente: "perché sia lecito, il trattamento di dati personali *dovrebbe fondarsi sul consenso dell'interessato* o su altra base legittima prevista per legge dal presente regolamento o dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, come indicato nel presente regolamento, tenuto conto della necessità di ottemperare all'obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto o della necessità di esecuzione di un contratto di cui

⁶³T. Milano 29 settembre 1990, in *OGL*, 4/1990, p. 10

l'interessato è parte o di esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso" (cons. 40).

Il consenso, della cui importanza si può avere ben cognizione considerando che è previsto come diritto già dall'art. 8, par. 2 della Carta di Nizza, è quindi la condizione principale intorno alla quale ruota il trattamento dei dati personali⁶⁴ e consiste nella "manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, affinché i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento" (art. 4, par. 1, n. 11, GDPR).

Il consenso, affinché sia validamente espresso, dev'essere:

- *Informato*: il consenso dev'essere preceduto dall'informativa. Questo carattere del consenso è certamente il più importante nell'ambito del principio di liceità del trattamento, poiché si raccorda direttamente con il principio di trasparenza, di cui è espressione.
- *Libero*: il consenso dev'essere *consapevole*, dunque dev'essere prestato a fronte della conoscenza delle conseguenze del trattamento.

Inoltre, il consenso dev'essere *incondizionato*, cioè non dev'essere prestato sotto il vincolo di una *condicio sine qua non* rispetto alla conclusione, esecuzione, modificazione o estinzione di un contratto (art. 7, par. 4, GDPR). Può, altresì, ritenersi condizionato il consenso prestato in *condizioni* tali per cui la volontà dell'interessato può non ritenersi libera.

Ancora, deve ritenersi condizionato il consenso prestato in presenza di una situazione di *evidente disparità* tra interessato e titolare del trattamento.

- *Specifico*: il consenso dev'essere prestato per ogni specifica finalità del trattamento; solo nel caso in cui il trattamento muti nelle modalità ma non nelle finalità, il consenso può essere considerato valido anche per i trattamenti successivi.
- *Inequivocabile, espresso ed esplicito*: il consenso deve risultare certamente prestato, cioè dal contesto non deve risultare equivoca la volontà dell'interessato.

L'importanza del consenso quale primaria base giuridica del trattamento è tale da giustificare una specifica disciplina dello stesso, che si rinviene nell'art. 7, GDPR.

In primo luogo, il trattamento dev'essere *comprovabile* da parte dell'imprenditore che lo ha acquisito. Ciò non significa che dev'essere acquisito per iscritto, essendo di per sé equivalente una forma di prova che possa essere fatta valere a dimostrare che il consenso è stato espresso.

In secondo luogo, "se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di

⁶⁴Va notato che il consenso non è un criterio originario del trattamento dei dati personali; infatti, la disciplina di questo istituto compare per la prima volta solo nella direttiva privacy.

consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma *comprensibile e facilmente accessibile*, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro” (art. 7, par. 2).

In terzo luogo, il consenso, avendo natura di negozio, com'è proprio di questo genere di atti, come viene prestato, così *può essere revocato*; con ciò non s'intende solo che il consenso è revocabile (art. 7, par. 3, per. 1) ma che “il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato” (art. 7, par. 3, per. 4).

La revoca del consenso fa venire meno la legittimità del trattamento *ex nunc*, poiché “non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca” (art. 7, par. 3, per. 2).

Questa regola è perfettamente coerente con il sistema del trattamento dei dati personali, nella logica vista nel par. 1, in forza della quale la riservatezza si esprime anche nel diritto di scegliere chi, come, quando, quanto e per quanto possa avere accesso alle informazioni di qualcun altro.

Va però precisato che questa libertà espone facilmente l'interessato al rischio di poter conferire i propri dati senza aver pienamente compreso la natura del trattamento che sugli stessi verrà operato. È per questo che l'interessato deve poter revocare il proprio consenso.

La revoca presuppone, però, la conoscenza del diritto di revoca; detta conoscenza, in forza del principio per cui il diritto non ammette ignoranza, dovrebbe considerarsi presunta nell'interessato, ma la norma precisa che l'interessato dev'essere informato del diritto di revoca.

Visti i caratteri del consenso, ci si deve ora concentrare su un'ipotesi specifica di trattamento in difetto dello stesso, prevista dall'art. 6, par. 1, lett. b), a mente del quale: “il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso”.

Questa regola non rappresenta una novità nella disciplina del trattamento dei dati personali e già il codice privacy, a livello nazionale, prevedeva una fattispecie analoga ma sostanzialmente differente. Ci si riferisce all'art. 24, lett. d), d.lgs. 196/2003 nella parte in cui stabiliva che non era richiesto il consenso “quando [era, ndr] necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta di cui all'articolo 111”.

In entrambi i casi, ma con maggiore specificità nella seconda fattispecie, si nota come il campo della norma sia giustificato dalla natura vincolante del

trattamento dei dati, in difetto del quale l'esecuzione delle obbligazioni non può verificarsi.

Concentrandosi solo sulla previsione del GDPR, va posta particolare attenzione al caso specifico che esenta il Titolare del trattamento – nell'oggetto del presente studio, l'imprenditore – dall'acquisire il consenso al trattamento.

La disposizione stabilisce che il trattamento è *necessario* al fine di dare *esecuzione* al contratto. Sul punto è necessario comprendere cosa debba intendersi per esecuzione del contratto.

In proposito dovrebbe essere chiarificatore il considerando 44, a mente del quale “il trattamento dovrebbe essere considerato lecito se è necessario nell'ambito di un contratto o ai fini della conclusione di un contratto”.

Interpretando l'art. 7, par. 1, lett. b) alla luce del considerando 44, dovrebbe concludersi affermando che il consenso non è necessario se il trattamento avviene *nell'ambito dell'esecuzione di un contratto*.

Va sottolineato, però, che l'art. 7, par. 1, lett. b) non si limita a stabilire che il trattamento dev'essere finalizzato all'esecuzione del contratto, aggiungendo anche che tale trattamento dev'essere *necessario* a tal fine.

A livello nazionale, la disciplina sul trattamento dei dati senza il consenso del lavoratore è regolata dall'art. 2-*sexies*, il quale specifica l'art. 9, par. 2, lett. g) GDPR (espressamente richiamato al comma 1 dell'articolo), ed è rubricato “trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi d'interesse pubblico rilevante”.

In particolare, il comma 2, lett. dd) stabilisce che: “si considera rilevante l'interesse pubblico relativo a trattamenti effettuati da soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri nelle seguenti materie: instaurazione, gestione ed estinzione, di rapporti di lavoro di qualunque tipo, anche non retribuito o onorario, e di altre forme di impiego, materia sindacale, occupazione e collocamento obbligatorio, previdenza e assistenza, tutela delle minoranze e pari opportunità nell'ambito dei rapporti di lavoro, adempimento degli obblighi retributivi, fiscali e contabili, igiene e sicurezza del lavoro o di sicurezza o salute della popolazione, accertamento della responsabilità civile, disciplinare e contabile, attività ispettiva”.

Di tutta evidenza, la scelta di ricomprendere alcuni elementi tipici dell'esecuzione del contratto nell'ambito del trattamento per ragioni d'interesse pubblico non pare felice; così è per la previsione della *gestione* dei rapporti di lavoro, nell'ambito della lett. dd), di cui proprio non si comprende la *ratio*, se non per le finalità strettamente connesse, eventualmente, a tutte quelle comunicazioni che, in costanza di rapporto di lavoro, risultano necessarie, come, per es., la denuncia d'infortunio.

Oltre questa specifica previsione, la normativa nazionale non si occupa ulteriormente di trattamento dei dati nell'ambito del rapporto di lavoro.

Ora, bisogna raccordare la normativa strettamente lavoristica con quella del trattamento dei dati personali. Considerando che questa normativa, come detto, non è specifica nella disciplina del rapporto di lavoro, fuori dai casi sopra menzionati, il raccordo tra le due normative deve avvenire sul piano della disciplina generale del trattamento dei dati generali.

Entrando nel vivo dell'analisi, va detto che nel rapporto di lavoro vi sono molte situazioni in cui il trattamento, finanche di dati particolari, può essere giustificato sulla base dell'esecuzione del contratto. Si pensi, per esempio, al caso della malattia; se l'imprenditore dovesse trattare i dati relativi allo stato di salute del lavoratore (il certificato con prognosi e cura è già un dato personale) solo previa acquisizione del consenso dello stesso, qualora questo fosse negato, l'imprenditore non potrebbe effettuare le dovute comunicazioni di legge per sospendere la prestazione di lavoro.

In questa sede si vuole porre l'attenzione sul rapporto che intercorre tra facoltà di controllo, cioè della situazione giuridica per la quale l'imprenditore può verificare che il lavoratore adempia esattamente la prestazione dovuta, e il principio di necessità del trattamento dei dati del lavoratore.

Nello specifico questo rapporto dev'essere analizzato con l'obiettivo di rispondere alla seguente domanda: l'esercizio della facoltà di controllo può essere intesa quale fatto giuridicamente necessario per l'esecuzione del rapporto contrattuale?

Il controllo sull'attività lavorativa o sull'attività del lavoratore, secondo chi scrive, non può essere considerata attività autonoma ma va considerata come facoltà funzionale all'esercizio di altro potere riconosciuto all'imprenditore-datore di lavoro.

Rispetto al *potere direttivo*, la facoltà di controllo va intesa come strumento funzionale all'esatto adempimento e quindi come mezzo di *verifica in itinere* dell'idoneità della prestazione a soddisfare l'interesse creditorio.

Questa tesi ben si comprende se l'impresa viene analizzata sotto il suo aspetto dinamico come attività d'impresa e quindi come organizzazione di mezzi di produzione funzionale alla produzione di beni o servizi.

Il potere direttivo origina e si realizza nell'organizzazione dell'impresa e costituisce il mezzo mediante il quale *l'imprenditore organizza quello specifico fattore produttivo che è il lavoro*, acquisito al momento dell'assunzione, mediante il contratto di assunzione, nel quale l'imprenditore assume le vesti di controparte contrattuale come datore di lavoro.

Tutto ciò considerato, rispetto al potere direttivo, la facoltà di controllo deve ritenersi necessaria all'esecuzione del rapporto di lavoro: sia da un punto di

vista organizzativo, dato che l'imprenditore deve poter verificare che l'esecuzione delle sue disposizioni avvenga correttamente al fine di verificare la corretta realizzazione dell'attività d'impresa; sia dal punto di vista della struttura del rapporto di lavoro subordinato, poiché questo non può esservi senza eterodirezione.

Posta la natura funzionale della facoltà di controllo, se il potere direttivo è necessario all'esecuzione del rapporto, allora anche la *facoltà di controllo con finalità direttive* risulterà necessaria.

A diversa soluzione si ritiene di arrivare nell'analisi del rapporto tra facoltà di controllo e *potere disciplinare*.

Senza indugiare sulla questione della natura dell'istituto, nel contratto di lavoro il potere disciplinare è funzionale al riequilibrio del sinallagma contrattuale, nel senso di non interrompere e dare continuità al rapporto sottostante al contratto, sanzionando il comportamento del lavoratore che, in quanto non conforme all'interesse da soddisfare, diviene estraneo dall'attività d'impresa, causando una disfunzione nell'organizzazione.

Ciò s'intende guardando alla funzione del potere disciplinare, ponendo l'attenzione sulla struttura stessa dell'art. 2106 c.c.; infatti, *il dispositivo è chiarissimo nello stabilire che in relazione all'inadempimento può essere sanzionata la condotta del lavoratore*. Peraltro, non sembra casuale che l'art. 2106 c.c. non faccia riferimento all'imprenditore, prevedendo un impersonale "si può dar luogo".

Da quanto detto, pare evidente che se la facoltà di controllo viene legata funzionalmente al potere disciplinare, allora, al pari di questo, nemmeno detta facoltà è necessaria ma solo possibile.

Detto altrimenti, il datore di lavoro, ai fini sanzionatori, può esercitare un controllo funzionale alla sanzione ma non vi è obbligato.

Basandosi su quanto detto finora si può asserire che la funzione *necessaria* della facoltà di controllo è quella e solo quella di verificare l'idoneità della prestazione a soddisfare l'interesse dell'imprenditore, acquisendo informazioni idonee a tutelare questo interesse, sia migliorando il coordinamento della prestazione con altri fattori produttivi.

Pertanto, rispetto alla verifica funzionale alla correzione della prestazione, il trattamento dei dati del lavoratore non dovrà essere subordinato al consenso dello stesso, poiché il trattamento dei dati è necessario rispetto alla funzione stessa del contratto di lavoro, cioè la collaborazione del lavoratore nell'impresa, entro i confini dello scambio prestazione-retribuzione.

Diversamente si deve ritenere per il caso del trattamento dei dati finalizzato alla sanzione del lavoratore.

La facoltà di controllo per finalità disciplinari costituisce un'*eventualità*, poiché l'imprenditore non è obbligato a sanzionare il dipendente al fine di ottenerne la prestazione.

Tanto chiarito rispetto alla natura funzionale della facoltà di controllo, dobbiamo ora analizzare il rapporto che sussiste tra trattamento dei dati e art. 4, l. 300/1970, che, come detto in precedenza, viene richiamata dal d.lgs. 196/2003 come normativa ai fini del trattamento dei dati personali in materia di controllo a distanza del lavoratore.

La fattispecie in parola può essere distinta in due fasi o momenti di disciplina. Una prima fase è strettamente procedimentale e preparatoria, dato che consiste nel momento dell'installazione e dell'impiego degli strumenti mediante i quali è possibile trattare (nello specifico acquisire) i dati personali.

La seconda fase è invece funzionale al trattamento del dato acquisito e quindi all'uso dello stesso (dunque è dedicata a ogni altra forma di trattamento del dato).

La prima fase può ritenersi di matrice lavoristica, più strettamente procedurale che di matrice privacy, poiché tende a porre dei limiti all'imprenditore in quanto datore di lavoro e non già come titolare del trattamento dei dati. L'art. 4, l. 300/1970, commi 1 e 2, vincola il trattamento obbligando l'imprenditore ad addivenire a un accordo sindacale per l'installazione degli impianti di controllo ovvero a ottenere l'autorizzazione dall'Ispettorato del lavoro, nel caso di mancanza di accordo.

In questa fase l'installazione deve avvenire entro i termini di legge e dev'essere comunque rispettosa dei principi di cui all'art. 5, GDPR, poiché, come detto, l'art. 4, l. 300/1970 costituisce una fattispecie di attuazione dell'art. 88, GDPR.

Rispetto agli strumenti cd. di lavoro, questo vincolo di accordo/autorizzazione viene meno, per cui, per tali strumenti, il limite va calato direttamente nell'ambito del trattamento dei dati e non più nella disciplina di matrice strettamente lavoristica.

La seconda fase riguarda il trattamento-uso dei dati raccolti e segue una dinamica più prossima a quella della disciplina *privacy* che a quella lavoristica.

In questa fase i dati acquisiti per il tramite degli strumenti di controllo preterintenzionale e di lavoro possono essere impiegati *per ogni finalità contrattuale*.

Ebbene, come detto in precedenza, il controllo può assumere una funzione diversa a seconda del potere per cui è esercitato. Pertanto, nel caso di esercizio della facoltà di controllo finalizzata:

- alla direzione, venendo in causa una disciplina sul trattamento dei dati ontologicamente connessa alla subordinazione, non v'è dubbio che il trattamento possa essere effettuato anche in difetto del consenso;
- alla sanzione, l'esenzione dal consenso viene meno, poiché, in questo caso il trattamento esprime una *facoltà* attribuita all'imprenditore⁶⁵ e

⁶⁵Cfr. G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, in *EGL*, 1982, p. 166-167

non un obbligo contrattuale. Ne consegue l'onere, per l'imprenditore controllante, di *ottenere il consenso dal lavoratore rispetto all'uso degli strumenti di lavoro*.

In proposito è doveroso ricordare che il Garante della Privacy ha assunto un orientamento non eccessivamente rigido per le imprese, chiarendo che ai fini dell'acquisizione del consenso può essere fornita "un'unica informativa per il complesso dei trattamenti, anziché per singoli aspetti del rapporto con gli interessati"⁶⁶; tuttavia, pare che il lavoratore debba autorizzare il trattamento del dato ogni volta in cui venga impiegato un nuovo strumento.

Infine, limitando l'operatività degli atti equipollenti al consenso, il Garante ha stabilito che il consenso è necessario "quando, anche a seconda della natura dei dati, non sia corretto avvalersi di uno degli altri presupposti equipollenti al consenso"⁶⁷.

Dalla disamina precedente pare emergere una situazione alquanto paradossale: i dati personali dei lavoratori acquisiti nell'ambiente di lavoro possono essere trattati – quindi visionati, analizzati e persino conservati – se funzionali all'esercizio del potere direttivo anche senza il consenso del lavoratore; tuttavia, quei medesimi dati, in mancanza del consenso del lavoratore, non possono essere trattati per finalità disciplinari.

Così, l'unico strumento installato, se viene impiegato per finalità di tipo direttivo, non necessiterà del consenso del lavoratore, come invece sarà necessario nel caso del trattamento finalizzato all'esercizio del potere disciplinare.

Non tutti condividono questa impostazione, ritenendo, piuttosto, che la specificità della disciplina lavoristica (art. 4, l. 300/1970) debba intendersi quale specialità, derivando da ciò l'esclusione del consenso quale requisito per l'utilizzo dei dati personali⁶⁸.

Va invece condivisa l'impostazione di chi ha notato che il riferimento normativo per risolvere la questione non è il solo art. 24 ma anche l'art. 26, co. 4, lett. d), d.lgs. 196/2003, che nel disciplinare il trattamento dei dati sensibili, ammette l'esclusione del consenso salva la condizione dell'autorizzazione del Garante. In proposito "perché il Garante possa intervenire al riguardo occorrerebbe fornire una lettura più libera dell'art. 26, e ritenere che l'esercizio del potere di controllo di cui all'art. 4 St. lav., essendo necessario per esigere (o meglio verificare) l'adempimento, integri un "compito", previsto dalla legge, per la gestione del rapporto di lavoro, il che, evidentemente, non sembra così scontato"⁶⁹.

⁶⁶ cfr. doc. web n. 1526724 del 19.06.2008.

⁶⁷ cfr. doc. web n. 1364939 del 23.11.2006

⁶⁸ Così M. MARAZZA, *Dei poteri...*, p. 509

⁶⁹ A. SITZIA, *Il controllo...cit.*, p. 97

Cogliendo lo spunto dell'autore - e condividendone le conclusioni⁷⁰ - il consenso del lavoratore pare necessario alla luce del sistema normativo suesposto.

Ancora una volta si deve ribadire che il controllo non è un obbligo ma una situazione giuridica soggettiva rientrante nella specie delle facoltà: "Il controllo può svolgersi nell'esercizio delle facoltà di comportamento che spettano, come a qualsiasi soggetto, così anche all'imprenditore. Senza che occorra l'attribuzione di uno speciale potere, il creditore di una certa prestazione può sempre verificare se la prestazione viene esattamente eseguita con ogni comportamento che non leda le facoltà altrui"⁷¹.

Questa semplice considerazione - che trascende dalla qualificazione della natura del cd. potere di controllo - permette di escludere, con convinzione, il controllo dalle situazioni necessarie per l'esecuzione del contratto.

Pertanto, ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, l'imprenditore dovrà previamente acquisire il consenso del lavoratore, rispetto all'utilizzo dei dati raccolti in conformità all'art. 4, l. 300/1970.

Bibliografia

- AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001
- BELLAVISTA A., *Protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *DPL*, 2003, inserto n. 41, III;
- BELLAVISTA A., *Il nuovo codice della privacy e la protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, vol. I, tomo I, 215 ss.;
- BELLAVISTA A., *La tutela dei dati personali nel rapporto di lavoro*, in F. Cardarelli, S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, 425 ss.;
- BELLAVISTA A., *La protezione dei dati personali nel rapporto di lavoro dopo il codice della privacy*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, vol. I, 319;
- BUSACCA, art. 88, in G.M. RICCIO-G. SCORZA-E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e Normativa Privacy Commentario*, Padova, 2018
- BIAGI M., *Lavoro e Information Technology : riflessioni sul caso italiano*, in *DRI*, 1/2002, p. 8.
- BRANDEIS D.-WARREN S., *The right to privacy*, in *IV HLR*, 1890, p. 193

⁷⁰ "Nel caso in cui, dunque, il controllo tecnologico possa avere ad oggetto informazioni sensibili, in assenza di una legittima Autorizzazione generale del Garante, il datore di lavoro dovrebbe acquisire il consenso informato del lavoratore, in assenza del quale resterebbe inibito l'esercizio del potere di controllo (ed il conseguente potere disciplinare)" A. SITZIA, *Il controllo...cit.*, p. 99

⁷¹ Cfr. G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, p. 166

- CALABRESI G., *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, Milano, 1996
- CARNELUTTI F., *Diritto alla vita privata – contributo alla teoria della libertà di stampa*, in *RTDP*, 1955, p. 3
- DAGNINO E., *People analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data*, in *LLI*, 1/2017, p. 4
- DEL FEDERICO C., *Trattamento dei dati nell'ambito dei rapporti di lavoro*, in G. FINOCCHIARO, *Il nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017,
- FERRANTE V., *Controllo sui lavoratori, difesa della loro dignità e potere disciplinare, a quarant'anni dallo Statuto*, in *RIDL*, 2011, I, 73 ss., 74 ss
- FINOCCHIARO G., *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, p. 8
- GIAUME A., *#data scientist. Tra competitività e innovazione*, Milano, 2017
- GIOVANNI G., *Diritto alla riservatezza (voce)*, in *EG*, 1989
- GIUGNI G., *art. 1*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Milano, 1979
- GRAGNOLI E., *Dalla tutela della libertà alla tutela della dignità e della riservatezza dei lavoratori*, in *ADL*, 4/2007, I, 1211;
- ICHINO P., *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979.
- MARESCA A.-LUCREZIO MONTICELLI S., *Tutela della riservatezza nei rapporti di lavoro: divieto di controllo a distanza e telelavoro*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *La protezione dei dati personali*, Padova, 2005, 545;
- NIGER S., *Le nuove dimensioni della privacy. Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova, 2006, p. 52
- PORRINI D., *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: cosa cambia con i big data?*, in F. DI PORTO (a cura di), *Concorrenza e mercato – Big data e concorrenza*, Milano, 2016, p. 139 ss.
- PERLINGERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, in P. PERLINGERI (a cura di), *La persona e i suoi diritti – problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.
- PIRAINO F., *Il codice della privacy e la tecnica del bilanciamento di interessi*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, 1, Milano, 2006.
- PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016,
- RODOTÀ S., *Intervista su privacy e libertà*, Bari 2005
- RODOTÀ S., *Prefazione*, in A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Torino, 2013, p. XIII
- ROMAGNOLI U., *Privacy e rapporti di lavoro*, in G. RASI (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Roma, 2004, 160

- SCIARRA S., *art. 8*, in G. GIUGNI (diretto da), *Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, p. 101; S. SCIARRA, *Il divieto di indagini sulle opinioni*, in *RTPC*, 1976, p. 1076
- SMURAGLIA C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967
- SITZIA A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Padova, 2013,
- SITZIA A., *I controlli a distanza dopo il "Jobs Act" e la Raccomandazione R(2015)5 del Consiglio d'Europa*, in *LG*, 7/2015,
- SITZIA A., *Il decreto legislativo di attuazione del Regolamento Privacy: profili giuslavoristici*, in *Dir. Lav. Eu*, 2/2018
- SITZIA A., *Art. 111 - Regole deontologiche per trattamenti nell'ambito del rapporto di lavoro*, in R. SCIAUDONE-E. CARAVÀ (a cura di), *Il Codice della privacy*, Pisa, 2019,
- SUPPIEJ G., *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982
- TINCANI P., *Un altro dono dello spirito maligno. Nuova sorveglianza e comportamenti individuabili*, in L. PELLICOLI (a cura di), *La privacy nell'età dell'informazione*, Milano, 2016
- VENEZIANI B., *art. 4*, in G. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori, Commentario*, Milano, 1979

Il ruolo dell'autonomia privata nella qualificazione delle liberalità non donative a carattere negoziale

Davide Lapis

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. “Qualificazione” di effetti negoziali relativi ad atti non coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dall’“accordo sulla qualificazione”: la posizione contraria alla configurazione di un “accordo sulla qualificazione” e le ricostruzioni alternative – 2.1. *Il collegamento negoziale* – 2.2. *I motivi* – 2.3. *Il profilo causale...* – 2.3.1...*nell’ipotesi di intestazione di beni altrui mediante contratto a favore di terzo* – 2.3.2...*nell’ipotesi di intestazione di beni altrui mediante adempimento del terzo* – 3. “Qualificazione” di effetti negoziali relativi ad atti coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dal “negozio di qualificazione” – 4. Osservazioni conclusive

1. Introduzione

Scopo del presente contributo è valutare la bontà di quell’ipotesi ricostruttiva che, alla base della qualificazione in termini liberali degli effetti scaturenti da operazioni negoziali più o meno complesse, nelle quali, eventualmente, ricorra anche la partecipazione di un soggetto terzo – ossia estraneo al rapporto liberale destinato a venire ad esistenza – postula la configurazione di un apposito e ulteriore atto negoziale, avente quale funzione quella di imprimere ai predetti effetti il significato corrispondente all’assetto di interessi perseguito dai paciscenti.

Il richiamo è, soprattutto, alle diverse fattispecie nelle quali, con più frequenza, trova esemplificazione la categoria delle liberalità non donative di carattere negoziale, quali le c.d. intestazioni di beni a nome altrui (sotto forma di compravendita con adempimento del terzo o a favore di terzo) ovvero il c.d. *negotium mixtum cum donatione*.

Fattispecie in relazione alle quali difetta, ancora oggi, una netta convergenza degli interpreti circa i meccanismi mediante cui l'attribuzione liberale possa innestarsi sul preesistente o contestuale assetto di interessi di natura patrimoniale, normalmente posti in secondo piano rispetto all'assorbente qualificazione complessiva del negozio e, però, decisivi nel momento in cui da tale qualificazione è necessario trarre le dovute conseguenze in punto di disciplina.

2. “Qualificazione” di effetti negoziali relativi ad atti non coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dall’“accordo sulla qualificazione”: la posizione contraria alla configurazione di un “accordo sulla qualificazione” e le ricostruzioni alternative

Vale, allora, partire dalla constatazione che, secondo autorevoli interpretazioni¹, la realizzazione di una liberalità per il tramite di operazioni articolate, implicanti più attività negoziali nelle quali intervenga un soggetto estraneo al rapporto che da quella deriva, non richiederebbe mai l'interposizione di un ulteriore momento negoziale.

Tale presa di posizione si accompagna alla consapevolezza che l'organizzazione del meccanismo liberale attraverso uno o più momenti negoziali permetterebbe di risolvere l'indagine circa il fondamento della complessiva funzione liberale nella determinazione dei profili causali o, più latamente, strutturali degli stessi atti negoziali coinvolti nell'operazione. Più precisamente, si è ritenuto di poter affermare che la programmazione della funzione liberale o sia già insita nella funzione svolta dai negozi adoperati per il conseguimento del relativo risultato² o si risolva in una particolare rilevanza del motivo individuale del disponente³ ovvero ancora discenda dalla declinazione in termini di collegamento negoziale del legame tra i diversi atti negoziali in cui si realizza l'operazione complessiva⁴.

¹ Cfr. V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 118 ss.; pare esprimere preferenza per questa soluzione G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima “per equivalente”)*, *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 705 e *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, *Riv. Not.*, 2009, p. 839 nota 49, pur non escludendo del tutto la possibilità di una costruzione alternativa.

² Si richiama ancora CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione cit.*, p. 126 ss. con puntuale riferimento alle ipotesi del contratto a favore di terzo o dell'adempimento del terzo. In questi termini sembrerebbe anche la posizione di AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 705 e di A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, *Riv. Dir. Civ.*, 1976, p. 302-304.

³ Cfr. A. TORRENTE, *La donazione* (seconda edizione aggiornata a cura di A. PALAZZO-A. MORA) in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2006, p. 65.

⁴ Così, con riguardo alle operazioni che concretano intestazioni di beni sotto nome altrui, A.A.

Ad una più attenta analisi, tale conclusione non sembra, però, appagare in pieno.

2.1. Il collegamento negoziale

Anzitutto, fortemente discutibile appare la ricostruzione del fondamento liberale dell'operazione nei termini di collegamento negoziale⁵.

La proposta ermeneutica che fa capo a tale opinione si basa, infatti, sull'assunto che "il collegamento (funzionale volontario) (...) si realizza quando ciascun negozio che lo compone persegue un proprio interesse che assume, anche, posizione strumentale rispetto ad un più vasto interesse finale dell'operazione"⁶.

D'altro canto, l'elaborazione teorica in punto di collegamento negoziale è assolutamente pacifica⁷ nel riconoscere che, attraverso la subordinazione (reciproca o unilaterale) dei diversi negozi, le parti, ad essi aderenti, assumono ad obiettivo la realizzazione di un interesse unitario⁸.

Se, però, nel collegamento negoziale trova espressione un particolare atteggiarsi degli interessi sottesi ai diversi atti di autonomia e, cioè, della loro causa⁹, appare giocoforza affermare che l'interesse unitario a fondamento del vincolo posto tra negozi concorrenti o successivi¹⁰ non possa manifestarsi altrimenti che come interesse condiviso da tutte le parti, in relazione al quale, cioè, ciascuna

CARRABBA, *Donazioni* in P. PERLINGIERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2009, p. 777 ss. e in particolare p. 785; CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 175 ss. salvo quanto precisato in nota 2.

⁵ In termini dubitativi pare porsi anche L. MENGONI, *Successione necessaria* in A. CICU-F. MESSINEO (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2000, p. 255 il quale, nel definire i procedimenti di intestazione di beni ad altri come "combinazioni di negozi" afferma rimanere "impregiudicata la questione se e quando si tratti di collegamenti negoziali in senso tecnico".

⁶ CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 184.

⁷ Cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I in R. SACCO (cur.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 85-86; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 203 ss.; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 29-30, 50 e 253 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 187.

⁸ Il concetto è efficacemente sintetizzato da LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 203 ove dichiara esplicitamente che "il collegamento negoziale sussiste ed assume rilevanza ove, attraverso gli strumenti ermeneutici, si individui un unitario regolamento di interessi diviso da tutte le parti dei diversi contratti".

⁹ La connessione fra collegamento negoziale volontario e causa dei negozi collegati, è un dato acquisito in dottrina, vedi per tutti SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 85.

¹⁰ Secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (ristampa della corretta della II edizione)*, Napoli, 1994, p. 298 può essere distinto il collegamento negoziale relativo a negozi in "concorso" (ossia avvinti da un nesso di sintesi e contemporaneità ideale) da quello relativo a negozi in "continuità o sequenza" (ossia posti in relazione di successione temporale).

di quelle è chiamata ad esprimere il proprio consenso¹¹, al fine di accedere al medesimo ed unitario rapporto giuridico complessivo.

Atteso ciò, si palesa in modo sufficientemente nitido la ragione che conduce ad escludere la ricostruzione della funzione liberale in termini di collegamento negoziale.

Non può negarsi, infatti, che, nel caso delle liberalità non donative, il rapporto che si presuppone derivare dal collegamento tra negozi – la liberalità appunto – concerne esclusivamente quei soggetti che, nel relativo contesto, acquistano la posizione reciproca di beneficiario e di beneficiante, ossia i soggetti che, per il tramite dei diversi passaggi negoziali dell'operazione complessiva, giungono a rivestire rispettivamente la posizione di destinatario dell'arricchimento gratuito e di destinatario del connesso costo economico.

Di conseguenza, nella misura in cui almeno una delle parti aderenti ai negozi che si suppongono collegati rimane estranea al rapporto che da tale collegamento dovrebbe nascere, appare conclusione inevitabile quella secondo cui tale rapporto giammai potrebbe essere ricostruito nei termini di una funzione unitaria di distinte e autonome dichiarazioni negoziali; non potendo nascere, in altri termini, dal coordinamento tra più rapporti aventi una data estensione, per ragioni logiche prima ancora che tecniche, un rapporto bensì unitario, ma più ristretto sotto il profilo soggettivo.

In conclusione, la necessità, evidenziata anche dall'interpretazione dominante¹², che nel collegamento negoziale, soprattutto ove intervengano negozi stipulati da parti diverse, si realizzi la partecipazione di ciascun soggetto al complessivo regolamento di interessi¹³, osta all'utilizzo della relativa figura come

¹¹ Tra i vari cfr. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 259 ad opinione del quale, nel collegamento negoziale, "la volontà di prender parte ad un'operazione economica complessa, strutturata in una pluralità di contratti collegati, deve allora necessariamente ricorrere in tutti coloro i quali stipulano i singoli contratti che compongono l'operazione medesima"; in giurisprudenza v. Cass. 27 gennaio 1997, n. 827 in *Foro It.*, 1997, c. 1137 ss.; Trib. Roma 31 maggio 1976, *Giur. Merito*, 1977, I, p. 503 ss.. Più in generale v. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 16-17 secondo cui lo scopo di liberalità "per poter emergere come scopo indiretto del negozio, distinguendosi dai meri motivi, dev'essere concordemente perseguito dalle parti, deve costituire oggetto di accordo tra le stesse".

¹² Vedi riferimenti in nota 7.

¹³ Come precisa LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 188-189 anche quando si è in presenza di negozi facenti capo a soggetti in parte diversi "il terreno dell'indagine resta dunque quello dell'operazione plurinegoziale (...) Ecco allora che, in tale ottica, svanisce la posizione del "terzo" nell'accezione dell'art 1372 cpv. c.c.: ciò che rileva è non già la (formale) terzietà rispetto ad altro contratto della medesima operazione, bensì la partecipazione ad uno dei contratti che quell'operazione concorrono a formare". D'altro canto, si afferma perentoriamente (*ivi*, p. 199) che "posta l'esistenza di due negozi espressione di un'unitaria operazione economica, può aversi collegamento – e, quindi, rilevanza del nesso anche nei riguardi di coloro che hanno stipulato un solo negozio – ove sia dato dimostrare che costoro hanno influito in misura significativa sulla stipulazione del negozio cui non partecipano".

chiave di lettura del meccanismo che dà vita all'atto liberale partendo da un'operazione complessa, articolantesi in più condotte negoziali tra loro autonome.

2.2. I motivi

Non minori difficoltà, d'altro canto, comporta la teorica che trasporta la funzione liberale realizzata per il tramite di condotte negoziali sul piano dell'eccezionale rilevanza del motivo individuale del disponente.

È noto, infatti, che il motivo, quale ragione pratica che muove l'attività negoziale dei contraenti, rimane tale fintanto che non esce dalla sfera individuale di ciascuno, e non trova espressione, sul piano oggettivo, nel regolamento negoziale¹⁴.

Laddove, tuttavia, la teorica in esame è costretta ad affermare che tale eccezionale rilevanza è condizionata al fatto che lo scopo liberale risulti obiettivamente dall'atto, valutando il comportamento negoziale complessivamente considerato, in relazione alle circostanze, appare fortemente discutibile affermare che tale ragione pratica debba continuare ad essere confinata nell'ambito dei meri motivi.

Se si considera, più nello specifico, che a tale ragione pratica, pur al di fuori dei presupposti al ricorrere dei quali, per legge, è consentito superare il principio della sua irrilevanza¹⁵, si attribuisce la medesima funzione tipicamente ascrivibile all'elemento della causa, ossia la determinazione della disciplina applicabile al rapporto¹⁶, la soluzione maggiormente lineare e coerente con il sistema sembra essere proprio quella di attribuirvi importanza pari a quella di un elemento causale; di un elemento partecipe, in altri termini, dell'assetto di interessi complessivamente perseguito¹⁷. Tanto più se tale diversa qualificazione è svolta in perfetta sintonia con le recenti elaborazioni teoriche in tema di causa in concreto, che nella funzione economico individuale tendono a condensare tutti gli scopi oggettivamente proiettati dalle parti nel regolamento contrattuale¹⁸.

¹⁴ *Ex multis* C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 461; R. NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, *Foro it.*, 1937, I, c. 1477-1478.

¹⁵ Sul principio di irrilevanza dei motivi come dato caratterizzante il sistema del diritto privato dei contratti vedi *ex multis* BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 461-462; B. BIONDI, *Le donazioni* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1961, p. 958; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 380 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 293-294; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 40.

¹⁶ Cfr. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 250 ss. e in particolare p. 253.

¹⁷ Vedi M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi* in E. GABRIELLI (cur.), *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, t.2, Torino, 2006, p. 1214 ss. e in particolare 1218; F. GRINO, *Studi in tema di stipulazione a favore di terzi*, Milano, 1965, p. 49-50; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 958.

¹⁸ Come segnala C. SCOGNAMIGLIO, *Voce "Motivi (del negozio giuridico)"*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 1994, p. 470 ss..

Il che lascia impregiudicato il problema di decifrare i modi in cui tale elemento causale possa innestarsi sulla complessiva condotta negoziale.

2.3. Il profilo causale...

Rimane, quindi, da capire se la funzione liberale scaturente da operazioni negoziali coinvolgenti una pluralità di soggetti possa farsi risalire, più semplicemente, a un particolare aspetto della causa dei singoli negozi coinvolti.

Nella casistica sopra evidenziata, ciò significa arrivare a dire che la funzione liberale concorra ad integrare quell'interesse delle parti che costituisce la causa del contratto di compravendita stipulato a favore del terzo, ovvero della compravendita in cui il pagamento del prezzo sia assicurato dall'adempimento del terzo-donante, ai sensi dell'art. 1180 c.c..

Peraltro, per quanto riguarda quest'ultima fattispecie, data, come precisato sopra, la totale estraneità del venditore dall'instaurando rapporto liberale tra donante e acquirente beneficiario, si può preliminarmente convenire sul fatto che, tuttalpiù, ad essere integrato dall'interesse liberale sia esclusivamente il negozio tramite cui si realizza l'adempimento in luogo del debitore, e non la compravendita, cui, infatti, non partecipa il soggetto gratificante¹⁹. Diversamente, nel caso della compravendita a favore di terzo, essendo comunque la compravendita con deviazione degli effetti l'unico negozio tramite cui si realizza l'attribuzione liberale, non appare così peregrino ipotizzare che tale concorrente qualificazione (di atto liberale) coinvolga integralmente il negozio cui anche il promittente partecipa.

Invero, anche questa diversa costruzione non pare mostrarsi del tutto esente da rilievi critici.

2.3.1...nell'ipotesi di intestazione di beni altrui mediante contratto a favore di terzo

Guardando al caso del contratto a favore di terzo, non si comprende come possa ridursi la funzione liberale ad una semplice proiezione della causa del negozio di compravendita.

Innanzitutto, appare contraddittorio ricondurre a tale negozio la funzione liberale se, come è pacifico, uniche parti del contratto devono considerarsi quei soggetti, il promittente e lo stipulante, che non vengono in alcun modo collegati

¹⁹ Affermare, invece, che l'interesse liberale debba essere presente in entrambe le fattispecie negoziali (la compravendita tra gratificato e terzo venditore e il negozio di adempimento da parte del beneficiario) sembra riproporre, in via surrettizia, la teorica del collegamento negoziale, qui non condivisa.

all'interno del relativo rapporto²⁰.

Se poi è lo stesso dato testuale a richiedere che l'interesse per la deviazione a favore del terzo sia del solo stipulante, vi è ancor meno ragione per ricondurlo, in evidente contrasto con tale prescrizione, ad entrambe le parti (come diversamente non può essere se si considera l'interesse liberale come integrazione della causa complessiva dell'unico atto di autonomia imputabile anche al promittente)²¹.

Né persuade il tentativo di superare questa obiezione affermando che il soggetto estraneo al rapporto liberale "abbia interesse a tutte le circostanze che possono influire sulla definitiva realizzazione del proprio diritto"²² come quelle che comportano l'assoggettamento a revocatoria delle collegate attribuzioni.

L'influenza potenzialmente esercitata dal rapporto liberale sulla posizione del venditore estraneo pare discendere, infatti, più dal regime di opponibilità ai terzi delle vicende attinenti al predetto rapporto, che dall'effettiva titolarità di un interesse nello stesso. D'altra parte, non pare essere revocato in dubbio che l'acquirente di un immobile donato, pur subendo l'instabilità del proprio diritto, a causa dell'esposizione dell'atto di acquisto agli strumenti di tutela di cui dispongono i legittimari o i creditori, non è considerato certo titolare di un interesse nel rapporto liberale che tale instabilità ha generato.

E, d'altro canto, la necessità che il promittente acconsenta alla deviazione a

²⁰ D'altronde, come precisa CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p.144 e *ivi* nota 73, la titolarità di un interesse nel rapporto è strettamente connessa alla posizione di destinatario degli effetti, che dallo stesso scaturiscono, ed è gioco facile osservare che, al contrario, dalla qualificazione dell'interesse che sorregge la deviazione della prestazione dallo stipulante al terzo, sia essa liberale o di altra natura, non discende alcuna conseguenza per il soggetto promittente. Esclude che la liberalità veicolata dal contratto a favore di terzo possa ricondursi ad un particolare aspetto della stessa causa del contratto "costituendo detta liberalità solo la conseguenza non diretta né principale del negozio giuridico avente una causa diversa" anche Cass. SS.UU. 18 luglio 2017, n. 18205 (già prima anche Cass. 7 luglio 1971, n. 2127).

²¹ Come chiarisce L.V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi (artt. 1411-1413)* in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2012, p. 7 "la portata della regola che subordina la validità del contratto a favore del terzo alla ricorrenza di un interesse dello stipulante è (...) in senso positivo, di consentire che la giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale a favore del terzo resti esterna alla struttura della fattispecie contrattuale e sia rinvenibile in un rapporto (di valuta) tra stipulante e terzo diverso e distinto da quello (di provvista) tra stipulante e promittente". In termini del tutto analoghi A. PALAZZO *Gratuità strumentale e donazioni indirette* in G. BONILINI (cur.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni, VI. Le donazioni*, Milano, 2009, p. 131; TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 65; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 239.

²² V. CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p.146. L'osservazione è riferita all'ipotesi del negozio di adempimento del terzo, ma è foriera di considerazioni ragionevolmente applicabili anche alla fattispecie del contratto a favore di terzo, in quanto idonea a generalizzare, per qualsiasi struttura complessa tramite cui è veicolata la liberalità, un interesse del soggetto che a tale rapporto deve dirsi estraneo.

favore del terzo, attraverso la pattuizione dell'apposita clausola accessoria, trova spiegazione, in dottrina, nell'implicita rinuncia alle eccezioni fondate sui rapporti personali con lo stipulante che, ai sensi dell'art. 1413 c.c.²³, tale deviazione comporta²⁴. È chiaro, infatti, che, laddove si interpreti la clausola di deviazione come clausola accessoria del contratto cui accede, appare maggiormente coerente considerare l'esistenza e la liceità dell'interesse dello stipulante in termini non tanto di sua giustificazione causale, quanto, più limitatamente, di un suo presupposto di validità²⁵.

Ad ulteriore riprova, vi sarebbe anche da dire che se davvero l'interesse alla realizzazione dell'attribuzione liberale concorresse ad integrare la causa dell'intero negozio di compravendita, non si comprenderebbe perché, in caso di rifiuto dell'attribuzione da parte del terzo, e, quindi, in caso di mancata realizzazione della predetta funzione, la prestazione sia semplicemente reindirizzata a favore del contraente originario, senza che alle parti (diverse dal terzo) sia consentito ricorrere a quei rimedi normalmente predisposti per il caso di sopravvenuta impossibilità, ad essi non imputabile, di conseguimento del risultato voluto²⁶. Il che pare, peraltro, un riflesso della più generale insensibilità del rapporto tra promittente e stipulante rispetto a quello tra stipulante e terzo, tale per cui, secondo la dottrina prevalente²⁷, finanche in caso di illiceità della giustificazione

²³ Ai sensi del quale "il promittente può opporre al terzo le eccezioni fondate sul contratto dal quale il terzo deriva il suo diritto, ma non quelle fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante".

²⁴ Cfr. U. MAJELLO *L'accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario nella stipulazione a favore altrui*, *Foro Pad.*, 1962, I, c. 280.

²⁵ Interessanti, in questa prospettiva, le osservazioni di SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 113 ss. secondo il quale il contratto a favore di terzo non rientrerebbe, precisamente, nella categoria dei negozi collegati, bensì di quelli "ad effetti combinati". In termini più generali, la dottrina in argomento, sin dai primi studi di MICHELE GIORGIANNI (*Negozi giuridici collegati*, *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937, p. 42 ss.) ha messo chiaramente in luce la differente rilevanza di un nesso logicamente ovvero giuridicamente necessitato, in ragione della peculiare disciplina legislativa degli atti di autonomia che allo stesso danno vita (nesso comunemente definito nei termini di "collegamento negoziale necessario") rispetto al nesso volontariamente instaurato dalle parti al fine di realizzare un'operazione economica unitaria (nesso che viene designato con l'espressione "collegamento negoziale volontario" ovvero anche "collegamento negoziale atipico"). Solo quest'ultimo tipo di collegamento, infatti, assume "effettiva rilevanza giuridica", ai fini di una indagine che ne vagli presupposti e limiti, in quanto caratterizzato da un "legame fra due o più regolamenti di interessi": per una panoramica di tali questioni V. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 6 ss.; Arn. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, *Giust. Civ.*, 1954, II, p. 264 ss..

²⁶ Osservazione che pare ritrovarsi anche in MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 178 laddove afferma che, in caso di mancata realizzazione del rapporto tra stipulante e terzo (ambiguamente definita come difetto sopravvenuto di giustificazione causale), "è nel contempo intuibile l'inammissibilità del ricorso allo strumento della risoluzione, che postulerebbe il venir meno di una causa espressa, laddove quella del cui difetto si tratta opera per ipotesi non già come funzione caratterizzante quel determinato schema negoziale bensì solo quale giustificazione causale dell'attribuzione del diritto al beneficiario, esterna alla struttura formale del negozio".

²⁷ Cfr. M. TAMPONI, *Contratto a favore di terzo* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII.

dell'attribuzione al terzo (e, dunque, in caso di illiceità dell'interesse dello stipulante) non possa dirsi compromessa la funzione dell'intero contratto, venendo meno, più limitatamente, la sola deviazione della prestazione a favore del terzo.

Tutti queste notazioni sembrano essere rilevanti nell'escludere che l'attribuzione del significato liberale alla prestazione eseguita a favore del terzo discenda da un particolare atteggiarsi della causa dello stesso contratto di compravendita, da cui nasce il relativo obbligo²⁸.

Data, dunque, la non percorribilità di tutte le tre alternative proposte in dottrina per confutare la necessità di un accordo sulla liberalità, anche per il caso di liberalità non donative di natura negoziale realizzate mediante lo strumento di cui all'art. 1411 c.c., sembra doversi prendere atto che la configurazione dell'interesse che giustifica l'attribuzione a favore del terzo sia necessariamente veicolata da un apposito atto di autonomia, distinto da quelli da cui hanno origine le situazioni giuridiche che tale attribuzione realizzano.

Conclusione, questa, di cui sembra potersi avere aggiuntiva conferma se si indaga l'utilizzo dello schema del contratto a favore di terzo per la realizzazione di un interesse dello stipulante di natura non liberale, in forza del quale sorga, a carico del terzo, una determinata obbligazione da eseguirsi nei confronti dello stipulante.

La fattispecie che si può prendere in considerazione è, ad esempio, quella della prestazione di una somma di denaro o fungibili che lo stipulante richiede di deviare a favore del terzo al fine di concedergli un prestito. A rigore, in presenza di una simile fattispecie, dovrebbe essere previsto, in capo al terzo, l'obbligo restitutorio di quanto conseguito a titolo di mutuo (nonché, eventualmente, l'obbligo di corrispondere, sul relativo importo, gli interessi).

Che una simile applicazione dello schema dell'art. 1411 c.c. sia legittima non sembra messo in dubbio dalla dottrina in argomento²⁹; né varrebbe obiettare, a

VI *Il contratto in generale*, Torino, 2000, p. 377.

²⁸ *Ex multis* ribadiscono l'indipendenza, sul piano causale, del rapporto tra stipulante e promittente dal rapporto tra stipulante e terzo MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 104-105; TAMPONI, *Contratto a favore di terzo*, cit., p. 378-379; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 958. In giurisprudenza v. Cass., 17 agosto 1990, n. 8335 in *Giust. Civ.*, 1991, I, c. 953 ss.; Cass., 4 dicembre 1978, n. 5699.

²⁹ Cfr. L. BOZZI, *Liberalità non donative, contratto a favore di terzo ed "expressio causae" successiva*, *Riv. Dir. Comm.*, 2016, p. 311 nota 13; FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1213; I. FERRANTI, *Causa e tipo nel contratto a favore di terzo*, Milano, 2005, p. 159; G. MACCARONE, *Contratto "con prestazione al terzo"*, Napoli, 1997, p. 22; MAJELLO, *L'accordo delle parti e gli obblighi del terzo beneficiario*, cit., c. 281-282 (il medesimo Autore – in ID., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, p. 102-103 – ritiene, tuttavia, che non sia configurabile "un'attribuzione del diritto al terzo *credendi causa*, come nel caso in cui lo stipulante attribuisca al terzo, a titolo di mutuo, il diritto a una somma di danaro. Tale ipotesi, invero, presupporrebbe già esistente un accordo tra stipulante e terzo, sicché in questo accordo si può ravvisare una promessa di mutuo (...) di tal guisa, data la vincolatività, sia pure in un certo senso attenuata, della promessa di mutuo,

riguardo, una supposta incompatibilità tra il meccanismo dell'attribuzione unilaterale soggetta a rifiuto e la costituzione dell'obbligazione in capo al terzo destinatario della stessa: nei rapporti tra terzo e promittente, infatti, l'esecuzione della prestazione appare perfettamente rientrare nello schema dell'attribuzione a carico di una sola parte, laddove la posizione passiva interverrebbe, invece, a definire i soli rapporti esterni, tra terzo e stipulante³⁰.

In altre parole, la contestuale esistenza di una posizione passiva a carico del terzo non comprometterebbe mai l'utilizzabilità dello schema previsto dall'art. 1411 c.c.³¹ ma porrebbe, piuttosto, il problema del consenso alla sua assunzione.

Consenso che, in quanto estraneo alla struttura contrattuale da cui origina la prestazione del promittente, non potrebbe che fondarsi su un distinto atto di autonomia negoziale³², la cui funzione sembrerebbe essere esattamente quella di utilizzare l'attribuzione al terzo per la regolamentazione di un dato conflitto di interessi, così sottoponendola ad una specifica disciplina, e, quindi, qualificandone la funzione (contestualmente prevedendo, se necessario, il sorgere di ulteriori posizioni giuridiche soggettive funzionali alla predetta regolamentazione).

l'attribuzione del diritto al terzo, fatta allo scopo di ottemperare a tale promessa, rientrerebbe nell'ipotesi dell'attribuzione *solvendi causa*"); F. MESSINEO, *Il contratto in generale* in A. CICU-F. MESSINEO (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, p. 154.

³⁰ Interessanti, a tal riguardo, le osservazioni di MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 112 in punto di accollabilità di oneri ad obblighi in capo al terzo destinatario della prestazione: l'Autore, infatti, nell'indagare la compatibilità dello schema delineato dall'art. 1411 c.c. con la previsione, nel trasporto di cose (artt. 1678 ss. c.c.), dell'obbligo per il destinatario di pagare i "crediti derivanti dal trasporto" e gli "assegni da cui le cose trasportate sono gravate" precisa che "delle due posizioni giuridiche soggettive passive, infatti, quella relativa al pagamento degli 'assegni' può essere stralciata dal problema in discussione: il pagamento degli 'assegni', ossia di prestazioni patrimoniali dovute dal destinatario al mittente, e al cui pagamento, per il tramite del vettore, lo stesso mittente abbia, con il contratto, subordinato il diritto del destinatario alla consegna della merce, è prestazione che trova la sua fonte in un titolo diverso dal contratto di trasporto, e precisamente nel diverso titolo contrattuale in forza del quale il mittente invia la merce al destinatario. Se pertanto il contratto di trasporto contiene anche una clausola relativa al pagamento di 'assegni' che il vettore deve rifondere al mittente, ciò sta a significare che in concreto il contratto di trasporto opera in modo congiunto e commisto con il diverso contratto (es. di vendita, di somministrazione, di locazione etc.) intercorrente tra mittente e destinatario".

³¹ Salvo il caso in cui si condizioni il conseguimento del diritto all'assunzione dell'obbligazione verso il promittente, su cui V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi*, cit., p. 114.

³² Così sembrano, peraltro, presupporre tutti gli autori citati in nota 29. Ambigua la posizione di BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 958-960, il quale pur riconoscendo che l'intento pratico in cui si sostanzia l'interesse dello stipulante "si ricollega invece ad un rapporto giuridico antecedente o susseguente che lo stipulante ha attuato o intende attuare", nega che tra stipulante e terzo debba sussistere un accordo sulla *causa donationis*.

2.3.2...nell'ipotesi di intestazione di beni altrui mediante adempimento del terzo

Quanto fin qui osservato sembra potersi riproporre in modo del tutto analogo per l'ipotesi di intestazione di beni a nome altrui, nell'ambito della quale il soggetto beneficiante si prenda carico del costo economico dell'acquisto attraverso il diretto pagamento del prezzo, in luogo dell'acquirente-beneficiario, ai sensi dell'art. 1180 c.c..

Affermare che il perseguimento di un dato assetto di interessi (per quel che in questo momento rileva, quello liberale) si risolva nella sola causa del negozio di adempimento, impone di ritenere sufficiente la sola manifestazione di volontà del terzo adempiente per conseguirne la realizzazione: infatti, qualunque sia l'interesse che muove il terzo ad attuare l'obbligazione, il dato normativo positivo esclude, senza eccezioni, la possibilità di opposizione del debitore³³.

Nell'eventualità di adempimenti realizzati, come sopra ipotizzato, *credendi causa*³⁴, ciò significherebbe, però, dare accoglimento ad una previsione normativa che autorizza qualsiasi soggetto ad incidere negativamente sulla sfera giuridica di un terzo, con un proprio atto negoziale unilaterale, in assenza di un qualsivoglia consenso.

D'altro canto, è indiscusso che il negozio ex art. 1180 c.c., se, come atto negoziale, ossia come atto di autoregolamento della sfera giuridica del terzo adempiente, trovi espressione in quel rapporto giuridico, intercorrente tra lui e il debitore, di cui costituisce oggetto l'attribuzione giuridica conseguente all'adempimento³⁵ (normalmente la liberazione dal peso del debito³⁶), sotto il diverso profilo del suo porsi come atto esecutivo di una preesistente obbligazione, tra debitore e creditore, esso trovi, in tale rapporto, la propria esclusiva giustificazione.

Si afferma, in altri termini, l'esigenza di distinguere "il rapporto preesistente o concomitante fra debitore e terzo adempiente"³⁷ dal "rapporto obbligatorio intercorrente fra debitore e proprio creditore" rappresentando, il primo, "essenzialmente la giustificazione giuridica dell'attribuzione realizzata da quest'ultimo [il terzo] nei confronti del primo [il debitore] adempiendone il relativo obbligo" e, il secondo, "essenzialmente ed unicamente la causa immediata e diretta

³³ L'atto di opposizione del debitore, previsto dalla disposizione codicistica, non preclude, di per sé solo, l'atto di adempimento, valendo, esclusivamente, a rendere legittimo il rifiuto del creditore.

³⁴ Lo ammette espressamente A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale* in A. SCIALOJA-G. BRANCA (curr.), *Commentario del Codice civile*, Bologna-Roma, 1994, p. 86.

³⁵ Cfr. C. TURCO, *L'adempimento del terzo (Art. 1180)*, in P. SCHLESINGER (cur.), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2002, p. 161 ss. e *ivi* per ulteriori riferimenti.

³⁶ Come sarà meglio chiarito *infra* sembra possibile attribuire all'efficacia riflessa, che si ricollega all'attribuzione del *solvens*, un più ampio significato.

³⁷ TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 164 da cui sono tratte anche le successive citazioni.

dell'adempimento del terzo quale attribuzione operata dal *solvens* a favore del creditore".

La scissione tra i rapporti coinvolti, ma, soprattutto, l'autosufficienza del rapporto tra debitore e creditore a giustificare causalmente l'atto di adempimento³⁸ e il suo effetto diretto³⁹ (tanto che, in caso di inesistenza di un preesistente rapporto tra terzo e debitore, l'atto del terzo rimane comunque valido, e si consente il recupero dell'esborso sostenuto mediante azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.⁴⁰ – una *causa obligandi* che prescinde dal consenso del soggetto obbligato⁴¹) offrono un ulteriore argomento per sostenere che la qualificazione (in ipotesi liberale) dell'effetto riflesso dell'adempimento possa avere origine da un atto di autonomia distinto da quello che il prodursi di tale effetto abbia determinato⁴².

Peraltro, non sembra contraddire tale ricostruzione la recente presa di posizione delle Sezioni Unite in merito alla natura giuridica dell'adempimento del terzo⁴³: la possibile qualificazione concreta del negozio del terzo come gratuito o oneroso⁴⁴ in funzione dell'operazione che esso conclude – sia essa a struttura semplice perché esaurita in un unico atto, sia a struttura complessa, in quanto si componga di un collegamento di atti e di negozi", pur nella fluidità delle applicazioni giurisprudenziali in tema di causa concreta, appare lasciare impregiudicata la questione concernente la possibilità di ravvisare un distinto atto di autonomia a fondamento della qualificazione dell'attribuzione indirettamente realizzata a vantaggio dell'originario debitore. In particolare, non pare nemmeno di ostacolo ipotizzare un collegamento negoziale funzionale tra l'atto di adempimento ex art. 1180 c.c. e l'accordo sulla qualificazione dell'arricchimento che da esso deriva, posto che, in tal caso, verrebbe certamente rispettato il re-

³⁸ Cfr. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito*, cit., p. 244 ss..

³⁹ Ossia la realizzazione dell'interesse del creditore e l'estinzione dell'obbligazione.

⁴⁰ Cfr. *ex multis* TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 216-217; DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 87-88; U. BRECCIA, *L'arricchimento senza causa* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, IX.1, Torino, 1999, p. 1007-1008; CICALA, *L'adempimento indiretto del debito*, cit., p. 248-249. In questo senso si sono orientate, in tempi recenti, anche le Sezioni Unite (29 aprile 2009, n. 9946).

⁴¹ DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 88 parla di "problema del c.d. 'regresso imposto'". Invero, la giurisprudenza ha affrontato il problema del c.d. arricchimento imposto, e della necessità o meno di un consenso dell'interessato all'iniziativa altrui, concludendo, tuttavia, nel senso che lo stesso non sia mai necessario laddove si verifichi un beneficio incontrovertibile (e tale può dirsi il beneficio in esame, per legge, peraltro, non rifiutabile).

⁴² Diversamente, infatti, sarebbe alquanto difficile negare che lo specifico interesse perseguito dal terzo debba porsi, per necessità, come causa del negozio di adempimento; né sembrerebbe possibile ricorrere all'espedito del collegamento negoziale, visto che, in ipotesi, il negozio di adempimento sarebbe privo di una autonoma funzione.

⁴³ Il riferimento è a Cass. SS. UU., 18 marzo 2010, n. 6538.

⁴⁴ Si prescinde, in questa sede, da un giudizio sul più corretto significato delle nozioni di onerosità e gratuità.

quisito, sopra menzionato, della partecipazione di tutti i soggetti interessati dal collegamento al medesimo regolamento di interessi.

Né, con specifico riguardo alle fattispecie dell'intestazione di beni a nome altrui, appare di ostacolo la circostanza che si individui l'oggetto dell'arricchimento nell'acquisto della titolarità dell'immobile, laddove l'efficacia indiretta dell'adempimento del terzo è normalmente identificata nella liberazione del debitore dal peso dell'obbligazione.

Se nessuno dei due effetti (liberazione dal debito e acquisto dell'immobile) è effetto diretto dell'atto di adempimento, non si vede perché solo al primo e non al secondo debba essere riservata la qualifica di effetto riflesso agli effetti della qualificazione del rapporto intercorrente tra terzo e debitore⁴⁵. In altri termini, a fronte di un catalogo di effetti riflessi parimenti riconducibili al negozio del terzo, non si ravvisano ragioni per affermare che solo uno debba essere assunto a riferimento oggettivo della qualificazione, escludendo, di conseguenza, che tutto possa essere piuttosto risolto in termini di *quaestio voluntatis*, definibile, appunto, sulla base dell'atto di autonomia che tale qualificazione pone (in entrambi i casi, d'altronde, si tratta di effetti non direttamente disponibili da parte del terzo, e attinenti al medesimo rapporto che il beneficiario intrattiene con un diverso soggetto)⁴⁶.

Non causalmente, gli autori che, nello specifico, si sono occupati dell'adempimento del terzo per scopi liberali, evidenziano la necessità che, a fianco del negozio di adempimento imputabile esclusivamente al terzo, ricorra anche l'apposito consenso del soggetto beneficiario, eventualmente da ricavare per contegno concludente⁴⁷; consenso che, in ogni caso, non andrebbe ad intaccare e compromettere la struttura essenzialmente unilaterale dell'atto di adempimento.

⁴⁵ Significativo, a riguardo, che secondo MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 256-257, nei casi di intestazione di beni sotto nome altrui, l'individuazione dell'oggetto della liberalità nell'acquisto immobiliare, si spiega "col concetto di efficacia riflessa, determinata dalla connessione funzionale, fondata sul rapporto interno da cui risulta la *causa donandi*, tra l'intervento di chi provvede direttamente o indirettamente al pagamento del prezzo e il contratto di acquisto del bene stipulato dal beneficiario col terzo proprietario".

⁴⁶ D'altro canto, come precisa BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 916 e 924, non è importante definire precisamente l'oggetto degli atti di liberalità diversi dalla donazione tipica, poiché ai fini della loro ricorrenza "basta che ci sia un arricchimento e che questo sia voluto per spirito di liberalità"; e se detto arricchimento, in taluni casi, è effetto diretto dell'atto utilizzato per ottenere il risultato di liberalità, "in altri casi (...) non è conseguenza immediata dell'atto; si verifica un distacco tra compimento dell'atto ed arricchimento. Ciò ha luogo qualora per il verificarsi dell'effetto giuridico occorre il compimento di ulteriori atti, anche da parte di estranei, o intervengano altri fatti". In sostanza, si ammette che l'arricchimento non consista in un effetto direttamente imputabile all'atto scelto per conseguirlo, ma si sostanzia nelle modificazioni giuridiche il cui conseguimento sia, in ogni caso, a tale atto riconducibile. In ragione di ciò, per CARRABBA, *Donazioni*, cit., p. 851, nei casi di liberalità indiretta mediante atto abdicativo "la valutazione della singola fattispecie e degli interessi sottostanti permetterà altresì di individuare l'oggetto dell'attribuzione liberale".

⁴⁷ Cfr. TURCO, *L'adempimento del terzo*, cit., p. 197 richiamando, sul punto, la conforme opinione di DI MAJO *Dell'adempimento in generale*, cit., p. 86; F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, *Notariato*, 2002, p. 104; MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 254.

3. “Qualificazione” di effetti negoziali relativi ad atti coincidenti, sul piano soggettivo, con le parti del rapporto nascente dal “negozio di qualificazione”

3.1. La prospettiva tradizionale della causa “mista” o sui generis...

Analogo approfondimento richiede il diverso caso in cui sussista identità tra le parti del negozio da cui origina l'effetto di cui si vuole dettare una “qualificazione” e le parti del rapporto che da tale “qualificazione” avrebbe origine.

La fattispecie maggiormente emblematica di tale diversa tipologia di intervento dell'autonomia privata è rappresentata dal c.d. *negotium mixtum cum donatione* e, più in particolare, per quel che qui interessa, dalla vendita mista alla donazione (altresì detta, donazione mista).

È opportuno ricordare che, pur non essendoci un indirizzo univoco in merito alla definizione della natura giuridica di tale ultima figura, la soluzione maggiormente condivisa ritiene che la finalità liberale venga integrata nella struttura del negozio oneroso o come scopo ulteriore/motivo o come peculiare atteggiarsi della causa del negozio (si intenda la stessa, in altri termini, come causa mista ovvero come funzione autonoma *sui generis*)⁴⁸.

Anche applicate alla fattispecie in esame, le teoriche che risolvono la funzione liberale in un elemento psicologico esterno alla causa o in un particolare aspetto dell'unitaria funzione non sembrano appagare adeguatamente, laddove si cerchi di trarne, con coerenza, le dovute conseguenze.

In critica a quelle voci secondo cui la donazione mista null'altro sarebbe che un negozio oneroso piegato ad una finalità (esclusivamente soggettiva) di liberalità, è sufficiente richiamare tutte le osservazioni già svolte in ordine alla contraddittorietà insita nella scelta di attribuire valore qualificatorio ad un elemento, di principio irrilevante, come il motivo individuale.

Più complessa, invece, è la valutazione delle tesi maggioritarie che configurano il *negotium mixtum* secondo i canoni interpretativi della causa mista o della causa autonoma. Nonostante la distanza che chiaramente intercorre tra queste due posizioni, pare possibile prospettare, nella sostanza, una critica uni-

⁴⁸ Si richiamano al modello interpretativo del motivo individuale D. RUBINO, *La compravendita* in A. CICU-F. MESSINEO (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1971, p. 270; G. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934, p. 216 ss.; T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto e negotium mixtum cum donatione*, *Riv. Dir. Comm.*, 1930, II, p. 473 ss.. Optano per il modello della causa mista ovvero *sui generis* CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 97 ss. e *La forma del “negotium mixtum cum donatione”*, *Foro Pad.*, 1972, I, c. 394 ss; U. CARNEVALI, *Le donazioni* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, p. 509; CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 157-158.

taria, facente perno, soprattutto, sulla più corretta identificazione del rapporto tra gli effetti, diretti e indiretti, del negozio e la sua funzione.

Sotto questo profilo, infatti, la qualificazione della figura in esame come contratto con causa mista o con causa *sui generis* pone delle problematiche, non facilmente superabili, la cui considerazione non può che consegnare all'interprete più di qualche perplessità.

A questo riguardo, vengono in rilievo due questioni la cui risoluzione si presenta come passaggio preliminare per affermare l'inquadramento della donazione mista nei termini sopra prospettati: a quali condizioni è corretto affermare l'unitarietà del negozio in luogo della pluralità delle manifestazioni di autonomia? E ancora, quale legame si instaura tra gli effetti complessivamente prodotti dal negozio e ciascuna delle due funzioni che lo stesso è diretto a realizzare?

3.1.1...in rapporto ai criteri discretivi dell'unità del regolamento negoziale

Nel provare a dare una risposta al primo dei due interrogativi sollevati, è opportuno ricordare che, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1942, nonostante posizioni di stampo soggettivistico abbiano continuato a fare la propria comparsa, in sporadici interventi giurisprudenziali⁴⁹, il ruolo dominante delle valutazioni oggettive⁵⁰ nell'interpretazione del binomio collegamento/unità negoziale ha portato, in ultimo, alla contrapposizione tra due soli indirizzi principali, l'uno fondato sul ruolo centrale della causa del negozio⁵¹, l'altro sulla classificazione degli effetti, che lo stesso produce⁵².

Tale contrapposizione, però, nella lettura offerta dai commentatori più recenti⁵³, è stata ragionevolmente risolta in unità, ricorrendo al concetto di tipo

⁴⁹ Così Cass., 8 gennaio 1975, n. 32 in *Giur. It.*, 1975, I, c. 1006; Cass. 9 novembre 1974, n. 3490 in *Giust. Civ.*, 1975, I, p. 235 ss.; Cass., 20 marzo 1964, n. 637 in *Banca, Borsa e Tit. cred.*, 1964, II, p. 169 ss..

⁵⁰ Per una ricostruzione dell'evoluzione sul punto si veda COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 100 ss.

⁵¹ Vedi tra i vari L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966, p. 320-321; R. SCOGNAMIGLIO, Voce "Collegamento negoziale", *Enc. Dir.*, Milano, 1960, p. 376. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. SS. UU., 27 marzo 2008, n. 7930; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645 in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1093; Cass. 20 novembre 1992, n. 12401 in *Foro It.*, 1993, I, c. 1506 ss.; Cass., 22 novembre 1989, m. 5001 in *Dir. Prat. Lav.*, 1990, p. 431 ss.; Cass., 15 febbraio 1980, n. 1126 in *Rep. Foro It.*, 1980, Voce "Contratto in genere", c. 601 n. 63.

⁵² Così SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 78-79; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 297; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., p. 259; P. SENOFONTE, *In tema di negozi collegati*, *Dir. Giur.*, 1960, p. 276. In giurisprudenza v. Cass., 6 marzo 1962, n. 424 in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 620 ss.; Pret. Napoli, 26 giugno 1967 in *Temi Nap.*, 1967, I, p. 398 ss..

⁵³ Lo rileva COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 100 ss, e p. 119 ss. In termini analoghi parrebbe anche F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, *Riv. Dir. Civ.*, 1959, I, p. 421-422.

negoziale: in altre parole, la circostanza che le due tesi sopra considerate guardino, l'una alla causa tipica, intesa, però, come funzione economico-sociale astrattamente individuata dal legislatore⁵⁴, l'altra al complesso degli effetti programmati, ossia alla struttura, consente di rilevarne la perfetta sovrapposizione, individuandosi, nella causa tipica, quanto nella struttura di effetti tipica, due facce del medesimo fenomeno, ossia, per l'appunto, il tipo negoziale.

Tale ultima notazione si rivela per certo di interesse, qualunque sia il criterio discriminante che si ritiene di dover adottare per conseguire la differenziazione tra tipi.

A ben vedere, il richiamo al tipo negoziale quale criterio per l'identificazione dei profili strutturali dell'operazione svela già il primo orizzonte problematico della sussunzione del *negotium mixtum* nella categoria del contratto con causa mista⁵⁵.

Nella misura in cui, infatti, sulla base di tale criterio, si esclude la ricorrenza dell'unità strutturale laddove si assista alla giustapposizione di plurimi regolamenti negoziali tipici, adottati nella loro integrità⁵⁶, appare giocoforza concludere che in nessun caso la donazione mista possa trovare adeguata collocazione nel contesto delle fattispecie caratterizzate da c.d. commistione causale. Dato, in altri termini, che l'unità dell'atto di autonomia diretto al perseguimento di una pluralità di scopi possa dirsi sussistente solo qualora la realizzazione dei predetti scopi trovi espressione nella combinazione di più frammenti di regolamento, riconducibili a diversi tipi negoziali, pare corretto affermare che tale unità non possa essere riscontrata nella donazione mista, il cui regolamento complessivo non nasce dalla congiunzione tra porzioni del regolamento della vendita e porzioni del regolamento della donazione, ma

⁵⁴ Come annota COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 117 ss. nessuna utilità potrebbe trarsi dal ricorso, per ipotesi, al concetto di causa in concreto: "se infatti la causa costituisce l'elemento in cui viene ad obbiettivarsi il valore complessivo dell'operazione economica che le parti hanno inteso esprimere attraverso l'utilizzazione degli strumenti di autonomia (...) si può fondatamente sostenere che l'unitarietà funzionale dell'operazione (presupposto indefettibile perché di collegamento funzionale si possa parlare) costituisce argomento sufficiente per ritenere sussistente in essa un'unica causa in concreto (e, dunque, un'unica funzione economica-individuale, sia pure complessa ed articolata); e ciò, naturalmente, anche nelle operazioni che si sostanziano in una pluralità strutturale".

⁵⁵ Come evidenziato anche da SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 64.

⁵⁶ Vedi E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, Riv. Dir. Civ., 2012, p. 95-96; COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 140; G. OPPO, *I contratti parasociali*, Milano, 1942, p. 36. Così già NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia*, cit., c. 1476-1477 il quale individuava come indici rilevanti della "pluralità di fattispecie negoziali" nel deposito con funzione di garanzia, la "pluralità di dichiarazioni di volontà data la eterogeneità del contenuto", la "pluralità di rapporti che si creano fra le parti", la "pluralità di schemi causali essendo le due situazioni negoziali, predisposte dalle parti, intrinsecamente destinate alla produzione di effetti giuridici diversi". Sembrano rilevarlo anche A. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2009, p. 200; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 179 ss..

dalla unione di un regolamento (integralmente) di scambio e un regolamento (integralmente) liberale (sebbene non caratterizzato dalle prestazioni della donazione formale, ai sensi dell'art. 769 c.c.).

Né per recuperare l'unità del regolamento negoziale sembra legittimo addurre la combinazione non tanto delle prestazioni riconducibili a tipi negoziali distinti, quanto delle funzioni che a ciascun tipo sono assegnate⁵⁷.

A tal riguardo, vengono in rilievo due obiezioni decisive.

In primo luogo, è opinione largamente condivisa che in tanto può ammettersi la mistione delle funzioni in un'unitaria struttura negoziale in quanto tali funzioni possano dirsi tra loro compatibili⁵⁸.

⁵⁷ In questi termini può riproporsi l'opinione di CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 91 ss.. Vi aderisce DEL PRATO, *Contratti misti*, cit., p. 108-110.

⁵⁸ Negano che la c.d. donazione mista possa essere tecnicamente qualificata come contratto misto in ragione di una fusione delle cause C.M. BIANCA, *La vendita, la permuta* in F. VASSALLI (cur.), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1993, p. 71-72, e *ivi*, nota 13 ad opinione del quale è da escludere "che si possa parlare a rigore di un contratto a causa unica mista. Nella misura in cui l'atto è oneroso, esso non è gratuito; si avverte quindi l'incongruenza del richiamo all'unicità di una giustificazione funzionale dell'atto identificata dalla fusione di due termini che si elidono reciprocamente"; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 269 il quale non vede il modo in cui "due contratti, che così insanabilmente contrastano nella causa come la vendita e la donazione, possano fondarsi in un contratto unico". Cfr. anche G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Milano, 1996, p. 260 ss. e in particolare 277-278 il quale, se per preferire la qualificazione della *negotium mixtum cum donatione* come donazione indiretta (e non come contratto misto) si appella all'"*id quod plerumque accidit*" e al referente normativo dell'art. 809 c.c., in termini più generali nega che possa parlarsi di contratto con causa mista laddove nell'operazione si individuino due o più funzioni, al ricorrere delle quali "bisognerebbe allora concludere che si è in presenza di un collegamento contrattuale (...) perché l'individuazione di separate funzioni deriva appunto dall'impossibilità di riunire in un unico contesto ciò che per volontà delle parti o comunque per la struttura dell'atto rimane necessariamente separato" apparendo in ultima analisi "condivisibile la tesi per cui 'se più sono le funzioni, molteplici sono le fattispecie che le assolvono'" [coerentemente con la definizione di contratto misto come "la combinazione che le parti hanno deciso scambiando una prestazione tipica non con ciò che normalmente il tipo legale prevede come corrispettivo (e cioè il denaro) ma con un'altra prestazione tipica che non si sarebbe scambiata normalmente con il denaro"]. In una prospettiva più ampia, negano che possa darsi luogo a fusione di cause quando queste siano tra loro antitetiche VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., p. 259; C. GRASSETTI, *Deposito a scopo di garanzia e negozio fiduciario*, *Riv. Dir. civ.*, 1941, p. 97-98. Solleva perplessità a riguardo SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 69. Interessante che anche l'elaborazione romanistica del *negotium mixtum* (che si deve, soprattutto, all'opera di Aristone, Pomponio ed Ulpiano) aveva dato vita al concetto di *commixtio*, pur nella consapevolezza della totale inconciliabilità tra *negotium* e *donatio*, soprattutto nell'ipotesi della vendita *viliore pretio*: a consentire, pertanto, la sovrapposizione tra le due funzioni (non a caso inizialmente declinata nella forma della *admixtio*, ossia della diacronica successione tra regolamenti distinti – emblematica la fattispecie della *mancipatio* dello schiavo con obbligo di manomissione solo decorso il quinquennio) era la circostanza che *emptio-venditio* e *causa donationis* operassero su piani totalmente differenti: laddove la prima costituiva *causa negotii*, ossia fondamento dell'unico assetto contrattuale, la seconda rappresentava mera *causa acquirendi*, ossia titolo per l'attribuzione patrimoniale collegata agli effetti di quello. Come precisa R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione*, Padova, 2008, p. 220 l'utilizzo del termine

Ma se si definisce⁵⁹ l'onerosità come la sopportazione condivisa di sacrifici economici e la gratuità, all'opposto, come sopportazione del sacrificio ad opera di una sola parte⁶⁰, secondo un rapporto logico di esclusione, non si vede proprio come possa affermarsi una possibile graduazione e, quindi, che “una cosa può essere trasmessa ad altri per tre quarti gratuitamente e per un quarto onerosamente”⁶¹. D'altronde, se le qualifiche di gratuità e onerosità, in ragione della sopra ricordata definizione, si atteggiano come predicati del singolo negozio⁶², l'affermazione secondo cui un'operazione è per una parte onerosa e per una parte gratuita significherebbe implicitamente accettare che tale operazione si scinda in due distinte strutture, cui tali qualificazioni possono attagliarsi.

In termini di interessi, la negazione logica dell'unione tra funzione di scambio (ossia quello che fonda, nella fattispecie, l'onerosità) e funzione liberale (cioè quello che fonda, all'opposto, la gratuità) emerge con ancor più forte evidenza, postulando, tale unione, che la natura dell'interesse soddisfatto dalla medesima prestazione presenti carattere patrimoniale e, nel contempo, il suo opposto (quello *non* patrimoniale)⁶³.

commixtio avrebbe avuto la finalità proprio “di evitare indebite frammistioni tra profili operanti su piani diversi, puntualizzando che la “causa negoziale” resterebbe una soltanto mentre eventuali fattori di interferenza si limiterebbero ad influire sugli effetti. In termini “modernizzanti” ma non avulsi, nella sostanza, dalla concettualizzazione del giurista, da un lato la struttura avrebbe posto in risalto il fondamento degli effetti medesimi (da ricollegarsi all'*emptio venditio vilioris pretio*) mentre, dall'altro, avrebbe semplicemente giustificato la possibile determinazione di questi ultimi (dovuta alla *donatio* come mera *causa acquirendi*)”.

⁵⁹ Pur nella consapevolezza che, a rigore, i connotati di onerosità e gratuità non attengano alla qualifica funzionale del negozio, ma si limitino a designare un certo atteggiarsi della relativa struttura, si preferisce ricorrere a tali termini, per rimanere aderenti all'uso fattone dall'indirizzo interpretativo commentato nel testo.

⁶⁰ Cfr. tra i vari G. CRISCUOLI, *Il contratto*, Padova, 2002, p. 35; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 287.

⁶¹ CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 131. Non convince quanto replica il medesimo autore (ID., *La donazione mista*, cit., p. 133-134) affermando che “questa critica, peraltro, appare in sé decisiva solo nel presupposto, da cui muove, che i concetti di onerosità e gratuità siano a designare, esclusivamente, l'onerosità e la gratuità integrali, mentre sarebbe destinata a cadere qualora ad essi si convenisse d'attribuire una portata più vasta, rendendoli idonei a ricomprendere anche la onerosità e la gratuità parziali”. Non pare irragionevole notare, infatti, che l'esposta replica si risolve in una petizione di principio, essendo contestata la dimostrazione dell'inesistenza di concetti graduati di onerosità e gratuità, in forza della affermazione dell'utilizzabilità di concetti graduati di gratuità e onerosità.

⁶² Cfr. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 474-475; DE GENNARO, *I contratti misti*, cit., p. 111, 199-200.

⁶³ Si ricorda, infatti, che la dottrina più moderna (a partire dall'elaborazione di CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 262 ss., sviluppata ulteriormente in *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, p. 229) declina la categoria della liberalità nell'attribuzione senza corrispettivo effettuata allo scopo di soddisfare un interesse non patrimoniale del disponente. È pur vero, sotto questo profilo, che l'opinione qui criticata appare legata a una concezione più risalente della liberalità, quale mero arricchimento gratuito e non corrispettivo (cfr. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 109 e 128 ss.).

In secondo luogo, la tesi in esame non sembra considerare che la concorrente qualificazione che certe situazioni concrete possono ottenere, in forza della combinazione di schemi legali ad ambito ampio⁶⁴, sia resa possibile proprio dal fatto che, alla base, sussiste identità dell'operazione economica rilevante (ad esempio, lo scambio). Non casualmente si afferma l'impossibilità di generare concorsi di norme laddove non sussista identità, nei caratteri essenziali, del fatto oggetto di qualificazione⁶⁵.

D'altro canto, la prospettiva qui preferita non pare smentita dall'affermazione che la contemporanea presenza della funzione di scambio e di quella liberale sia riscontrabile anche nel caso della donazione condizionata, laddove la prestazione che ne costituisce evento sia diretta a soddisfare un interesse patrimoniale del donante⁶⁶.

In tal caso, infatti, sé è innegabile che la causa del concreto negozio, intesa come rapporto tra gli interessi regolati e le strutture precettive utilizzate per realizzarli, veda la sovrapposizione di quegli interessi in tesi assunti come incompatibili⁶⁷, sembra parimenti corretto affermare che ciò avvenga proprio grazie alla mediazione di un regolamento negoziale ulteriore, quale è la clausola condizionale.

A ben vedere, infatti, è questa clausola che permette di attribuire rilevanza a un interesse ulteriore, secondo un dato meccanismo effettuale⁶⁸. L'interesse che

⁶⁴ Schemi negoziali nei quali la traduzione in tipo dell'interesse sotteso dà vita a una struttura di effetti idonea a ricomprendere una pluralità di prestazioni diverse, in ragione del concreto graduarsi della determinazione normativa (esempio dei quali può essere il contratto di locazione, per la cui integrazione è sufficiente lo scambio tra concessione in godimento e prestazione di un "corrispettivo", sia esso prestazione di denaro o di altre utilità). Sul punto cfr. DEL PRATO, *Contratti misti*, cit., p. 98-99 riprendendo l'insegnamento di CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 49 ss. e in particolare 53 ss.; ASCARELLI, *Contratto misto*, cit., p. 467.

⁶⁵ Proprio la dottrina penalistica (da cui la tesi in esame dichiara di prendere a prestito la nozione), annovera, infatti, tra i requisiti del concorso di norme, l'identità del fatto, sul piano naturale o, secondo una posizione minoritaria, dei valori che esso esprime. Cfr. A. PAGLIARO, *Voce* "Concorso di norme (dir. pen.)", *Enc. Dir.*, Milano, 1961, p. 546-547; V. PACILEO, *Voce* "Concorso di reati", *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 4. Pare questa la logica adottata anche da SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., p. 260 ss. su cui vedi *amplius* nota 101.

⁶⁶ Lo stesso G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, p. 235-236 nell'accostare la donazione condizionata al fenomeno della mistione causale, richiama quest'ultimo concetto senza optare per una sua specifica ricostruzione: a detta dell'Autore, infatti, "che si concepisca la mistione come graduarsi di fattispecie intermedie tra onerosità e gratuità, ovvero come semplice rapporto tra il valore assunto da ciascuna delle due note, che la si intenda come cumulo o come duplicità di "scopi contrattuali", ciò che conta è cogliere la prospettiva in cui il concetto di mistione si inserisce: ricondotta una volta ancora l'analisi al profilo degli interessi rilevanti, diventa possibile riconoscere alla medesima fattispecie unitariamente considerata l'idoneità a realizzare tanto la funzione di scambio, quanto quella liberale".

⁶⁷ Così AMADIO, *La condizione*, cit., p. 236.

⁶⁸ Come afferma AMADIO, *La condizione*, cit., p. 238 "il congegno condizionale diviene strumento selettivo di un interesse ulteriore, che come tale si affianca, senza peraltro eliderne la rilevanza, a

ne è oggetto, pertanto, non opera sullo stesso piano dell'interesse recepito nel nucleo causale del negozio cui la condizione accede, il quale, infatti, mantiene inalterata la propria autonomia e funzione.

Osservazioni analoghe possono svolgersi, peraltro, rispetto all'ipotesi della clausola modale, prevista per la soddisfazione di un interesse patrimoniale del disponente⁶⁹.

In entrambi i casi, si vuole dire, l'interesse selezionato dal regolamento negoziale ulteriore (la condizione, il modo), anche se di natura patrimoniale, può certamente entrare nel contenuto precettivo complessivo della donazione, ma ciò è possibile grazie a degli strumenti che sono legislativamente previsti e che ne consentono, in via definitiva, la compatibilità, in quanto corrispondenti a peculiari modalità dell'arricchimento liberale.

In questa prospettiva, pare sussistere una maggiore affinità con la costruzione del *negotium mixtum* come sovrapposizione, al regolamento negoziale tipico, di un ulteriore regolamento (il "negozio di qualificazione") avente la funzione di selezionare un ulteriore interesse, al fine di darvi una certa rilevanza in termini di disciplina.

Affinità che sembra possibile giustificare anche considerando che, in tutti i tre casi esaminati, si ravvisa una perfetta scindibilità tra le attribuzioni fondate sull'interesse non patrimoniale e quelle fondate sull'interesse patrimoniale; scindibilità che si traduce, per la clausola modale e quella condizionale, nel concetto di accidentalità.

A conclusioni non dissimili sembra potersi giungere anche adottando, in alternativa ai criteri fin qui analizzati, quello dell'unità della fattispecie contrattuale (da individuarsi in ragione dell'oggetto e dei soggetti⁷⁰).

Quandanche si accettasse tale criterio – a prescindere, dunque, in questa sede, da un giudizio sulla sua effettiva percorribilità⁷¹ – non sembra possibile negare, infatti, che, nella donazione mista, a fronte di una perfetta sovrapposibilità sul piano soggettivo (ricorrendo totale identità dei soggetti interessati),

quello sotteso alla regola base”.

⁶⁹ Prospetta tra le due figure una “sostanziale identità del nucleo problematico (interazioni tra interesse a donare e scopi ulteriori)” AMADIO, *La condizione*, cit., p. 224-226.

⁷⁰ A detta della dottrina in esame (cfr. COLOMBO, *Operazioni economiche*, cit., p. 148 ss.), infatti, a rivestire decisiva importanza ai fini dell'identificazione dell'unità strutturale, sarebbero solo le parti e l'oggetto del contratto (inteso come bene, utilità o valore economico su cui sono destinate ad appuntarsi le modificazioni giuridiche programmate), e, cioè, i riferimenti esterni dell'atto di autonomia. Per questa dottrina, tra gli elementi indicati dall'art. 1325 c.c., tanto l'accordo e la sua forma, quanto la causa (ovvero anche l'oggetto, se assunto nel significato di contenuto) altro non rappresenterebbero che diverse visuali prospettiche della medesima entità colta nella sua globalità (il contratto, appunto).

⁷¹ Stante le ambiguità che anche il generico riferimento al concetto di unità della fattispecie contrattuale è in grado di generare.

potrebbe accertarsi un'inegabile distinzione sul piano oggettivo, incidendo, lo scambio, sul bene compravenduto, e sulla sua sostituzione economica a mezzo della moneta⁷², e la liberalità, diversamente, sull'arricchimento, ossia sulla differenza esistente tra il valore oggettivo del bene e l'ammontare della controprestazione pecuniaria, che tale sostituzione realizza. Efficacemente il richiamo all'operazione matematica rende conto di come l'oggetto dell'atto di autonomia in cui si concreta la componente liberale non si appunti contemporaneamente sul bene trasferito e sul prezzo pagato (al pari della componente di scambio) ma su ciò che non è né l'uno, né l'altro, in quanto ottenuto dalla loro differenza⁷³.

3.1.2...in rapporto al principio di corrispondenza tra fatto ed effetto

Il tentativo di fornire una risposta al secondo degli interrogativi sopra sollevati – quello relativo al rapporto tra le funzioni commiste e gli effetti che dalle stesse dovrebbero derivare – non sembra, parimenti, portare argomenti favorevoli alla tesi che attribuisce alla donazione mista una causa unitaria.

La considerazione del principio di corrispondenza dell'effetto giuridico all'interesse espresso dal negozio⁷⁴ impone di affermare che ogni effetto prodotto dal negozio misto debba trovare, nella relativa causa, seppur complessa, la propria giustificazione, nonché la propria qualificazione, ai fini dell'applicazione di una disciplina⁷⁵.

Ciò, a rigore, imporrebbe di considerare che tutte le prestazioni oggetto del contratto da cui origina la c.d. donazione mista trovino fondamento anche nel

⁷² Per tutti v. A. LUMINOSO, *La vendita* in A. CICU-F. MESSINEO (cur.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, p. 160: “nella compravendita due sono i risultati finali programmati: l'attribuzione del diritto e l'attribuzione del prezzo, visti entrambi come oggetto della rappresentazione programmatica delle parti”. Così già BIANCA, *La vendita*, cit., p. 3 ss.; anche G. D'AMICO, *La compravendita*, I in P. PERLINGERI (cur.), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2013, p. 14.

⁷³ Non casualmente, nella rappresentazione insiemistica dell'operazione matematica, la differenza di A rispetto a B (A-B) è data da tutti gli elementi dell'insieme A che non appartengono all'insieme B. Rilevante, sotto questo profilo, che secondo Trib. Torino, 30 ottobre 1982 in *Giur. It.*, 1984, II, c. 56 sussiste *negotium mixtum cum donatione* ogniqualvolta “si ravvisa la concorrenza, nel medesimo negozio, di un contratto oneroso a causa tipica (nella specie la compravendita) e di una donazione (indiretta), quale effetto ulteriore e concorrente del negozio realmente stipulato, donazione avente ad oggetto una quota del bene corrispondente alla differenza fra il valore effettivo del bene stesso ed il prezzo convenuto”.

⁷⁴ Su cui v. per tutti A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, *Riv. Dir. Civ.*, 1996, p. 5 ss.; A. FALZEA, *Voce* “Efficacia giuridica”, *Enc. Dir.*, Milano, 1965, p. 456-457.

⁷⁵ Come dà conto SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 54, la dottrina concordemente considera contratto misto quel negozio in cui lo spostamento patrimoniale trovi giustificazione in più rapporti economici “senza che sia possibile distinguere la parte di esso (negozio) che sia giustificata da uno dei rapporti da quella che sia giustificata dall'altro o dagli altri”.

perseguimento di un interesse non patrimoniale, e debbano essere assoggettate alla disciplina della donazione (da cui il problema del conflitto tra le norme)⁷⁶.

Eppure, appare assai difficile concepire una giustificazione unitaria per una attribuzione che al contempo sia corrispettiva e non corrispettiva⁷⁷: se l'attribuzione è effettuata per ricevere in cambio un compenso, quella medesima attribuzione non può essere contemporaneamente attuata per non avere alcun compenso.

Al contrario di quanto da altri sostenuto⁷⁸, sembra palesarsi, quindi, una decisa scindibilità degli scopi pratici (e delle relative attribuzioni, come sopra individuate), maggiormente coerente con la ricostruzione della donazione mista in termini di sovrapposizione tra distinti momenti dispositivi, ciascuno dotato di una propria autonomia regolamentare.

Ulteriore conferma di quanto si va qui argomentando può aversi se si considera un'altra ipotesi di vendita c.d. a prezzo irrisorio o vile⁷⁹, realizzata per scopi diversi dalla liberalità.

La fattispecie può essere quella del c.d. *dumping*⁸⁰, ossia della vendita sottocosto mirata all'erosione di quote di mercato (normalmente in quelli di importazione⁸¹) a danno dei concorrenti.

⁷⁶ Così parrebbe CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 138 laddove afferma che “ricorrono, altresì, i presupposti per l'inquadramento nello schema della donazione, dato che la prestazione, sempre considerata nella sua inscindibile unità, trova un'ulteriore ragione, ed anch'essa determinante, nell'intento, dichiarato e condiviso, di avvantaggiare controparte”.

⁷⁷ Anche adottando, a un livello superficiale, l'idea di corrispettività come remunerazione che ciascuna prestazione riceve dalla previsione dell'altra.

⁷⁸ Così CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 31 ss. secondo cui, spettando esclusivamente ai contraenti fissare la misura dello scambio, non sussisterebbero quei requisiti di determinatezza e determinabilità delle due distinte prestazioni che dovrebbero caratterizzare i concorrenti regolamenti, ossia quello liberale e quello di scambio. Invero, l'impostazione dell'illustre Autore appare contraddittoria, nella misura in cui egli, affrontando il problema dell'applicabilità dell'azione di riduzione al *negotium mixtum*, giunge alla conclusione che (*ivi*, p. 152-153) la stessa sia sempre esperibile avverso il negozio, toccando solo la parte del contenuto che ha determinato l'arricchimento. Argomentare tale conclusione sulla base della circostanza che il legittimario sia terzo rispetto ai contraenti, e che poggi il suo diritto sull'accertamento di una lesione definita, corrispondente a quella porzione di atto che determina un oggettivo arricchimento, non sembra in alcun modo far venir meno la suddetta critica. Invero, se l'azione di riduzione deve appuntarsi sulla liberalità, il cui contenuto indefettibile (così *ivi*, p. 128) è costituito anche dall'arricchimento, non si comprende per quale ragione tale arricchimento non possa dirsi individuabile, per le parti, in ogni momento, alla luce del requisito di determinabilità del regolamento (liberale) posto.

⁷⁹ Come chiarito da F. CARINGELLA, *Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie: un (improbabile) ritorno al passato della corte di legittimità*, *Foro It.*, 1992, c. 2489 l'espressione richiamata è stata nel tempo adottata per individuare le vendite realizzate per un corrispettivo evidentemente inadeguato al valore del bene trasferito, in contrapposizione alle vendite c.d. *nummo uno*, ossia perfezionate con un corrispettivo meramente simbolico.

⁸⁰ Propone il confronto con tale fattispecie ASCARELLI, *Contratto misto*, cit., p. 475.

⁸¹ Diversamente, si parla di c.d. *dumping* interno (cfr. G. NICCOLINI, *Le vendite sottocosto*, Torino, 2001, p. 24 nota 46).

Guardando alle condotte di *dumping*⁸² si può convenire, anzitutto, sul fatto che non sussista incompatibilità tra gli interessi economici contemporaneamente realizzati (lo scambio e l'interesse di impresa⁸³); ulteriormente, può senz'altro verificarsi che, in questi casi, l'interesse composito sotteso al negozio trovi effettivamente realizzazione nella prestazione assunta nella sua interezza (non potendo, l'interesse dedotto, trovare soddisfazione, anche solo in parte, in una vendita ad un prezzo pari al valore del bene o in una attribuzione gratuita⁸⁴).

In termini più generali, sembra corretto affermare che, ove ricorra un negozio caratterizzato da effettiva mistione di cause⁸⁵, non sia mai possibile incidere sulle prestazioni complessive senza incidere, nel contempo, sulla dimensione funzionale del negozio, unitariamente intesa⁸⁶.

La scindibilità tra scopi e funzioni, che la struttura della donazione mista mette in evidenza, sembra, dunque, trovare più adeguata spiegazione concependo una duplicità degli atti di autonomia⁸⁷.

⁸² Si prescinde, in questa sede, da una valutazione dei profili della loro liceità.

⁸³ Sui profili di interferenza dell'interesse di impresa con la causa della vendita, nella fattispecie in esame, V. NICCOLINI, *Le vendite sottocosto*, cit., p. 24 ss.. Più in generale, sulla possibilità che nelle vendite "a prezzo vile" si realizzi una contaminazione della funzione di scambio con funzioni ulteriori, per lo più attinenti all'attività imprenditoriale – quali, ad esempio, quella pubblicitaria (su cui v. ad esempio M. FUSI, *Pubblicità commerciale* in M. BESSONE (cur.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2007, p. 13-15) – cfr. BIANCA, *La vendita*, cit., p. 44 ss.; SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 67-68 (il quale prospetta una vendita a prezzo minore "per propaganda o per necessità" ovvero "in occasione e attuazione di una transazione"); G. SANTINI, *La vendita a "boule de neige"*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1953, p. 610 ss..

⁸⁴ Ai fini dell'eliminazione della concorrenza nel mercato di importazione, con copertura solo parziale del costo di produzione, non potrebbe mai dirsi idonea, né la vendita a prezzo corrispondente all'intero valore (che preserverebbe solo l'interesse allo scambio), né una attribuzione priva di corrispettivo (la quale, al contrario, comprometterebbe non solo l'interesse allo scambio ma anche l'interesse di impresa, non potendo quest'ultima sostenere la distribuzione di beni in assenza di corrispettivo).

⁸⁵ In questa sede non si vuole dare un giudizio sulla correttezza dell'impostazione che attribuisce autonomia concettuale al negozio misto (categorico nel senso opposto, ad esempio, DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, cit., p. 426), essendo obiettivo dell'indagine, piuttosto, acclarare se la figura del *negotium mixtum cum donatione* rispecchi i caratteri che di tale categoria sono stati delineati.

⁸⁶ Esempi, in tale senso, al di fuori del campo delle vendite miste, possono trarsi dalle fattispecie del contratto alberghiero o del contratto c.d. di affittacamere (su cui v., anche per gli opportuni riferimenti di giurisprudenza, SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., p. 68-70): oltre alla locazione della stanza, i contratti in esame si caratterizzano per la programmazione "accessoria ma imprescindibile e qualificante della fornitura di servizi personali", la cui eventuale eliminazione (alla pari dell'eliminazione della prestazioni locatizia) renderebbe del tutto irrealizzabile la soddisfazione dell'interesse dedotto nel contratto.

⁸⁷ Adottano espressamente questa conclusione SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, cit., p. 64-65; VENDITTI, *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, cit., p. 263-264. Come puntualizzato in nota 58, già l'elaborazione romanistica aveva in origine costruito l'idea della donazione mista come *admixtio* di due regolamenti autonomi e scindibili. Anche la successiva riflessione di Ulpiano, cui si deve il ricorso alla nozione di *commixtio*, non abbandonò mai l'originale prospettazione

3.2 La prospettiva del “negozio di qualificazione”

Una prima ricostruzione del fenomeno, peraltro, potrebbe essere anche quella individuata dalla dottrina più risalente, ossia l'individuazione, nel *negotium mixtum*, di un contratto oneroso unito a una contestuale donazione tipica⁸⁸.

Tuttavia, tale soluzione presenta, senza dubbio, dei margini di eccessiva artificiosità⁸⁹, essendo alquanto improbabile che, nella dinamica delle situazioni concrete, le parti intendano pattuire delle controprestazioni a valore intero per porvi, *a latere*, un formale atto dispositivo attributivo o abdicativo. Ulteriormente

del *negotium mixtum* come regolamento scindibile (tendenzialmente ricostruito, peraltro, come vendita a prezzo corrente accompagnata da parziale remissione del prezzo); l'apporto del giurista di Tiro, infatti, si era caratterizzato, per lo più, per ipotizzare, come ipotesi alternativa, quella di un regolamento in cui tale scindibilità non fosse oggettivamente percepibile - ad esempio, allorché le parti si fossero limitate a fissare direttamente un prezzo più basso, senza esternare la duplice volontà (interessante notare che per G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova, 1938, p. 49 nota 1 le ipotesi ulpianee di inscindibilità oggettiva altro non potevano tradursi che in negozi esclusivamente onerosi, spinti da motivi liberali). Sul carattere tendenzialmente scindibile del regolamento del *negotium mixtum* V. SCEVOLA, *Negotium mixtum*, cit., in più luoghi (in particolare v. p. 196-197, p. 218 ss., p. 256 ss., p. 264 ss.); A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*, Torino, 2012, p. 154-155 (la quale, pur seguendo un diverso percorso argomentativo, e sostanzialmente distinguendo il fenomeno della *venditio minoris donationis causa* dal *negotium mixtum cum donazione*, ribadisce l'irriducibilità di quest'ultimo al concetto moderno di contratto a causa mista, per il suo tradursi in più fattispecie atipiche caratterizzate dal succedersi di due scindibili attribuzioni, l'una effettuata *causa donationis*, l'altra avente titolo nella vendita).

⁸⁸ Vedi F. FERRARA, *La simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 195 nota 3; G. BALBI, *La donazione* in G. GROSSO-F. SANTORO-PASSARELLI (curr.), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1964, p. 119; G. DEIANA, *La natura giuridica del negotium mixtum cum donazione*, *Dir. Prat. Comm.*, 1938, p. 212 ss; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 47 ss.. Più ambiguo, considerato che in altri contesti assume lo spirito di liberalità come mero motivo, TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 52. Nei medesimi termini, sembrerebbe anche BIANCA, *La vendita*, cit., p. 72-74 il quale, ambiguamente, dopo aver negato che sia possibile parlare di causa unica mista (vedi nota 100) introduce l'idea di una operazione in cui “le parti ricorrono alla struttura della vendita per realizzare in parte una funzione di scambio e in parte una diversa funzione, cioè quella della liberalità”, affermando, però, che “da tale fattispecie scaturiscono due connessi rapporti negoziali, uno di vendita e uno di donazione” e che, di conseguenza, “la donazione attiene alla quota del bene che le parti hanno voluto in attribuzione gratuita”; il tutto con l'ulteriore precisazione che “il riconoscimento dell'esistenza di un'alienazione fondata sulla causa di liberalità vale, ancora, ad escludere che il contratto possa annoverarsi tra gli atti diversi dalla donazione che portano ad un risultato di liberalità (...) la vendita mista a donazione, invece, nei limiti in cui esclude ad un'attribuzione il carattere di corrispettivo dell'altra, pone a sua giustificazione causale lo spirito di liberalità e quindi qualifica l'attribuzione stessa come donazione diretta”. Recentemente la tesi è stata riproposta da P. SIRENA, *La nozione di vendita: causa e oggetto* in V. ROPPO-A.M. BENEDETTI (dir.), *Trattato dei contratti, I. Vendita e vendite*, Milano, 2014, p. 21-22 al quale pare più appropriato ricondurre la donazione mista “nella parte in cui determini per spirito di liberalità un arricchimento a favore del compratore o del venditore” ad un “atto di disposizione di un diritto o di assunzione di un'obbligazione”, ossia la “donazione (diretta) di cui all'art. 769 c.c.”.

⁸⁹ Per RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 269 si tratterebbe di “una violenza ingiustificata alla volontà delle parti”.

te, essa sarebbe teorizzabile solo con riferimento ad alcuni negozi onerosi assimilabili, per effetti, allo scambio tipico della vendita (ad esempio, la divisione⁹⁰) risultando, al contrario, più difficilmente praticabile, rispetto ad altri modelli contrattuali, come quello societario (si pensi alla liberalità realizzata mediante assegnazione non proporzionale di partecipazioni, ai sensi dell'art. 2346 c.c.⁹¹).

Una soluzione alternativa, probabilmente più aderente al concreto intento empirico, potrebbe allora essere proprio quella della configurazione di un distinto atto di disposizione, diretto ad incidere su un distinto effetto negoziale, per dettarne una diversa qualificazione in termini liberali⁹².

Può senz'altro affermarsi, infatti, che la liberalità veicolata dal *negotium mixtum* presupponga l'integrale configurazione di una vendita, seppure una vendita non caratterizzata da equivalenza, sul piano oggettivo, del valore delle prestazioni corrispettive e, dunque, con l'effetto riflesso di un arricchimento a vantaggio di una parte contrattuale. Arricchimento che, in astratto, in assenza di una volontà diretta alla sua qualificazione in senso liberale, ben potrebbe rilevare secondo diverse discipline di *default*⁹³.

⁹⁰ Non a caso anticamente ricostruita nella forma della *quaedam permutatio*, ossia come scambio di quote. Vedi P. GROSSI, Voce "Divisione (diritto intermedio)", *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 416 ss. (ove si evidenzia l'esistenza, già in alcuni testi della compilazione giustiniana, di accenni "vaghi e non ben precisati" circa le affinità tra divisione, compravendita e permuta).

⁹¹ Sull'utilizzabilità a fini di liberali di tale meccanismo (introdotto con la riforma delle società di capitali del 2003), ritenuto tipico del diritto delle società e, per tale ragione, non riducibile a figure più prettamente civilistiche come il contratto a favore di terzo o l'adempimento del terzo, v. tra i vari P. CEVASCO, *Assegnazione non proporzionale di azione in conseguenza di aumento di capitale*, *Notariato*, 2013, p. 442-444; G. IACCARINO, *Liberalità indirette*, Milano, 2011, p. 125 ss.; M. MALTONI, *Le liberalità non donative realizzate mediante atti costitutivi e modificativi di società* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Milano, 2008, p. 99 ss.; M. ONZA, *Partecipazione al capitale e partecipazione al rapporto sociale (appunti sulla derogabilità convenzionale della proporzione tra conferimento e quota)*, *Riv. Dir. Civ.*, II, 2007, p. 709 ed ivi p. 718; L. POMPONIO, *Contributo alla ricostruzione teorico-pratica delle assegnazioni e quote non proporzionali*, *Società*, 2007, p. 1073-1076. (il quale, però, ritiene che ove piegato a scopi ulteriori rispetto a quello societario muti la sua natura in contratto a favore di terzo).

⁹² Una ricostruzione di tal fatta, pur nelle debite proporzioni, sembra molto più coerente con l'elaborazione romana del *negotium mixtum cum donatione* (su cui v. anche note 105 e 139), se è vero che, come dice SCEVOLA, *Negotium mixtum*, cit., p. 268, "nell'ipotesi dell'inscindibilità oggettiva la *commixtio* avrebbe alluso all'effettivo concorso della causa negoziale tipica e della causa d'acquisto, la quale non sarebbe né negoziale né tipica ma avrebbe riflesso la propria portata sul piano degli effetti, prodotti in guisa tale da configurare un *aliquid donationis*: le medesime avrebbero potuto operare contestualmente perché soltanto la prima avrebbe consentito di qualificare validamente la fattispecie come compravendita, mentre la seconda nulla avrebbe avuto a che vedere con i profili afferenti ai "segni della meritevolezza", tali da consentire la giuridicizzazione dell'impegno assunto dalle parti. Quest'ultima, piuttosto, avrebbe costituito la giustificazione di alcune determinazioni versate nel regolamento di interessi, strutturalmente individuabili in quanto integranti il contenuto dell'accordo e, come tali, idonee ad incidere sul risultato complessivamente perseguito dai contraenti".

⁹³ Come precisa G.B. FERRI, *La vendita in generale - Le obbligazioni del venditore - Le obbligazioni del compratore* in P. RESCIGNO (cur.), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, p. 519-520, nel caso

Come nelle fattispecie sopra considerate, ossia quelle del contratto a favore di terzo o dell'adempimento del terzo, la figura del *negotium mixtum* si comporrebbe, dunque, di un risultato economico di arricchimento, avente origine da un negozio dotato di una propria funzione, che, in forza di un ulteriore momento dispositivo, verrebbe piegato a una finalità donativa.

In termini non dissimili è stata prospettata, d'altronde, la costruzione della liberalità donativa realizzata per il tramite di negozi gratuiti (essenzialmente gratuiti o tali per scelta delle parti).

Poiché "inteso in senso lato, l'arricchimento può ricomprendere, oltre all'incremento oggettivo del patrimonio, anche il mancato decremento di esso, discendente da un risparmio di spesa (come quello realizzato, attraverso la mancata corresponsione di un compenso, dal comodatario, dal trasportato, dal depositante, dal creditore garantito, dal mutuatario, e da colui che riceve la prestazione d'opera)"⁹⁴ si è detto che "di fronte a uno schema legale tipico, la qualifica donativa non potrebbe discendere che dal riconoscimento, di un risultato economico conseguito indirettamente attraverso quello schema e supportato dalla presenza dell'interesse non patrimoniale del disponente: e dunque, solo nei termini del riconoscimento di una liberalità indiretta"⁹⁵.

Nei limiti in cui, quindi, la vendita, come ogni altro negozio oneroso piegato ad una funzione "mista", nell'integrare il proprio schema tipico (lo scambio), è in grado di veicolare, in via indiretta, su un piano oggettivo, un arricchimento, si deve ammettere che lo stesso possa prestarsi alla realizzazione di una liberalità, di natura non donativa.

La conclusione proposta, per quanto non propriamente intuitiva, sembra garantire maggiore coerenza sul piano sistematico e può dirsi avvalorata da due osservazioni di chiusura.

di vendita a corrispettivo superiore o inferiore al "reale valore economico" dell'oggetto venduto, "il prezzo (nonostante che, da un punto di vista economico non rappresenti l'effettivo equivalente della cosa o del diritto alienati) non viene meno da un punto di vista giuridico alla sua funzione di corrispettivo (...) Una rilevanza dello squilibrio tra le prestazioni del venditore e del compratore, può aversi in due ipotesi fondamentali. Anzitutto quando questo squilibrio tra le prestazioni o non sia frutto della libera e consapevole scelta delle parti contraenti o sia dall'una all'altra imposto, contro dunque la volontà di questa (e a regolare questo eventuale aspetto patologico di una concreta vendita provvede la disciplina dettata dal legislatore sia in tema di vizi della volontà sia in tema di rescissione del contratto negli artt. 1447-1452 c.c.); inoltre, lo squilibrio, tra le prestazioni dei contraenti, può avere un rilievo quando la sua portata sia tale da far presumere che le parti, utilizzando lo schema tipico della vendita, abbiano in realtà voluto dar vita ad un'operazione economica in tutto o in parte differente".

⁹⁴ G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 502.

⁹⁵ AMADIO, *Attribuzioni liberali*, cit., p. 503. In termini analoghi v. F. TASSINARI, *Ipotesi dubbie di liberalità non donative* in AA.VV., *Liberalità non donative ed attività notarile*, Milano, 2008, p. 28.

3.2.1. “Negozio di qualificazione” e disciplina della donazione mista

Non pare forzato sostenere che la ricostruzione del *negotium mixtum* come sovrapposizione di due momenti dispositivi autonomi, di cui l'uno è diretto a realizzare l'arricchimento, l'altro a conferirvi valore liberale, consenta di risolvere, in modo più lineare, molti dei problemi che si sono posti all'attenzione degli interpreti nel tentare di individuare la disciplina da applicare alla donazione mista⁹⁶.

Tra quelli di maggior rilievo, può in questa sede ricordarsi l'applicazione delle impugnative contrattuali specificatamente previste dalla normativa in materia di donazione tipica.

Esemplare è il caso della revocabilità per sopravvenienza dei figli: i contrasti all'interno della dottrina che si è occupata dell'argomento discendono dalla difficoltà di conciliare la prevalenza delle regole predisposte a tutela della volontà del donante, assicurata anche dalla previsione dell'art. 809 c.c., e le conseguenze connesse alla natura caducatoria del rimedio; conseguenze irragionevoli sia nell'ipotesi in cui preferisca rimanere aderenti alla disciplina legislativa, ritenendo l'impugnazione rivolta verso l'intero atto⁹⁷, nonostante alla base permanga un'operazione di scambio, sia nell'ipotesi alternativa che se ne condizioni l'utilizzo ad una ideale partizione dell'attribuzione⁹⁸, dato che, per ipotesi, tale partizione è perentoriamente esclusa, per affermare, in sua vece, l'unitarietà della prestazione contrattuale.

Nella diversa prospettiva qui proposta, è solo verso l'atto dispositivo che tale “qualificazione” ha lo scopo di dettare che dovrebbero, di conseguenza, trovare applicazione tutte le regole facenti parte del *corpus* normativo delle liberalità. E dovrebbe essere l'arricchimento causalmente imputabile al negozio oneroso a rappresentare il parametro su cui tarare l'operatività dei rimedi da tali norme previsti. Il tutto in perfetta coerenza con le soluzioni già avanzate in dottrina con riferimento alle liberalità di natura non negoziale⁹⁹.

⁹⁶ Non minori difficoltà di disciplina comporta la qualificazione del *negotium mixtum* come negozio indiretto, come testimoniato da D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, p. 137 ss..

⁹⁷ Questa è la tesi di CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 153-154.

⁹⁸ Così, ad esempio, CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 283-284; il tentativo dell'Autrice di offrire una soluzione allineata con la tesi della natura unitaria della fattispecie non pare condurre ad esiti coerenti: da un lato, infatti, si ritiene applicabile in via analogica la regola della garanzia per evizione propria della donazione modale, presupponendo, quindi, che oggetto dell'attribuzione liberale sia il bene, anche solo inteso *pro quota*; dall'altro, invece, nel contestare che la revocazione per sopravvenienza dei figli debba coinvolgere l'intero negozio si è affermato che “l'atto liberale ora in esame ha ad oggetto non tanto un bene quanto un valore o utilità”.

⁹⁹ Su cui V. CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 240 ss. e soprattutto p. 242 alla quale aderisce S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 113, nota 28.

Tale conclusione non pare logicamente sottostare alla critica¹⁰⁰ che, di recente, è stata indirizzata a quell'opinione dottrinale¹⁰¹ che, nelle ipotesi di intestazione di beni a nome altrui, come in tutti gli altri casi di liberalità non donativa, declina la tutela dei legittimari attraverso il rimedio dell'azione di ingiustificato arricchimento.

Il percorso argomentativo criticato tenta di conservare l'identità strutturale dell'azione di riduzione prospettandone il perdurante carattere di impugnativa negoziale, anche quando utilizzata per dichiarare l'inefficacia dell'atto dispositivo realizzato per il tramite di liberalità non donative. Si afferma, infatti, che, in tali casi, essa dovrebbe essere indirizzata verso quell'accordo diretto a configurare nei termini liberali l'operazione complessiva¹⁰², al fine di rendere *sine causa* gli spostamenti patrimoniali tra disponente e beneficiario e legittimare l'erede necessario ad agire ai sensi dell'art. 2041 c.c..

Come dimostrato, tale percorso conduce, senz'altro, ad esiti abnormi e paradossali¹⁰³. A tali esiti non pare, però, corretto ricorrere per dimostrare l'artificiosità della costruzione qui sostenuta.

Se è vero, infatti, che la scelta, astrattamente conseguenziale¹⁰⁴, di trasportare la tutela del legittimario sul piano dell'azione di recupero dell'arricchimento privo di giustificazione causale (una volta reso inefficace l'accordo configurativo che tale giustificazione consente) conduce a risultati inaccettabili, non pare (e dalla suddetta critica non pare emergere) che il vizio logico da cui tale risultato discenda debba necessariamente imputarsi all'ipotesi dell'esistenza di un "accordo di qualificazione".

Ciò è dimostrato, in particolare, dalla circostanza che si reputa comunque corretta e coerente la sua formulazione con riferimento alle liberalità non negoziali¹⁰⁵: se nelle liberalità derivanti da comportamenti non negoziali si ammette, come diversamente difficilmente potrebbe essere, che sussista un accordo sul significato liberale della condotta e che, nel contempo, ciò non comporti una traslazione della tutela del legittimario sul piano dell'arricchimento senza causa (con tutti i limiti che ne derivano), non si vedono le ragioni per ritenere impre-

¹⁰⁰ Vedi AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 706 ss.

¹⁰¹ È la proposta avanzata da MAGLULO, *L'acquisto dal donatario*, cit., p. 102 ss..

¹⁰² Invero, la soluzione dell'impugnativa in riduzione dell'accordo configurativo (pur con presupposti ed esiti differenti) è prospettata già da MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 254-255 (il quale estende anche al campo delle liberalità negoziali l'ipotesi avanzata, con riferimento alle sole liberalità non negoziali, da CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 242).

¹⁰³ Vedi *amplius* AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 706 ss. e in particolare p. 708.

¹⁰⁴ Offre un simile giudizio AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 705.

¹⁰⁵ Così anche AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 704-705 e *ivi*, nota 64.

scindibile, al contrario, tale traslazione nel caso in cui la presenza dell'accordo configurativo sia teorizzata anche rispetto alle liberalità negoziali¹⁰⁶.

Riprova di quanto si va dicendo sembra potersi ulteriormente trarre dalla circostanza che, in ultima analisi, le ragioni addotte per giustificare l'ultroneità del richiamo dell'azione di ingiustificato arricchimento prescindono da una valutazione negativa in ordine alla formulazione dell'ipotesi del "negozio di qualificazione", presentandosi al contrario con la stessa perfettamente compatibili: ammesso, infatti, anche nella prospettiva dell'accordo configurativo di liberalità negoziali, che "oggetto della liberalità eccedente la disponibile sia 'il valore dell'investimento di cui il donante ha fornito il donatario l'opportunità e i mezzi'"¹⁰⁷ e che, dunque, "sarà questo valore che il legittimario, per il tramite della riduzione, potrà conseguire", per giustificare la perdurante utilizzabilità del rimedio della riduzione "è sufficiente riconoscere che il diritto alla legittima può realizzarsi al di fuori di un acquisto di beni ereditari: come, del resto, normalmente previsto, nell'ipotesi in cui il bene oggetto di donazione diretta sia stato alienato a terzi dal donatario solvibile, ex art. 563, comma 1°, c.c.; o in cui il terzo avente causa dal donatario insolvente eserciti il diritto riconosciuto dal comma 3° della stessa norma. Se queste sono 'deroghe al principio della legittima in natura' introdotte dal legislatore, a seguito cioè di una discrezionale composizione degli interessi in conflitto, e della scelta di una tecnica di tutela sostitutiva, che cioè non esclude l'operatività in astratto di quel principio, viceversa, nei fenomeni qui indagati è la sua stessa applicabilità ad essere preclusa *ab origine*: e quella 'per equivalente' diviene l'unica tecnica di realizzazione delle ragioni del legittimario giuridicamente (id est: sul piano degli effetti) praticabile". Tali osservazioni appaiono tanto più rilevanti se si considera che, nel caso di liberalità non negoziali, come nei casi sopra esaminati di liberalità non donative, l'inapplicabilità del principio della legittima in natura discende dalla circostanza che l'arricchimento del donatario abbia titolo in un atto che non può essere in alcun modo pregiudicato dall'impugnativa in riduzione¹⁰⁸, e che impedisce, di conseguenza, l'operare del meccanismo acquisitivo *iure suc-*

¹⁰⁶ Infatti, per CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 240 ss., 279 ss. e in particolare p. 283 nota 83, la circostanza che nelle liberalità negoziali (e, in particolare, nel *negotium mixtum*) la qualificazione liberale dell'operazione non discenda dall'esistenza di un distinto accordo configurativo, quanto da un particolare atteggiarsi della causa dei singoli atti negoziali utilizzati, non comporta un differente trattamento per quel che riguarda l'applicazione dell'azione di riduzione, la quale tanto in tali casi quanto in quelli di liberalità non negoziali, ha ad oggetto il "valore, od utilità che si attribuisce al legittimario".

¹⁰⁷ AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 709 da cui è presa anche la citazione successiva.

¹⁰⁸ Cfr. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 703-704.

cessionis; circostanza, questa, rispetto alla quale si presenta del tutto irrilevante la presenza o meno di un accordo configurativo (la cui funzione, infatti, sarebbe solo quella di dettare, per tale arricchimento, un'ulteriore qualificazione)¹⁰⁹.

D'altro canto, che la caducazione dell'"accordo di qualificazione" sottostante alla liberalità non comporti, per necessità, il ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento può essere argomentato anche sulla base del carattere residuale che connota il rimedio in parola: laddove la declaratoria di inefficacia dell'accordo che detta la qualificazione liberale è resa possibile dall'esistenza di una azione tipica avente come funzione il recupero, al patrimonio del donante, di quanto lo stesso si è spogliato (l'azione di riduzione), non sembra emergere il presupposto per legittimare gli eredi necessari a procedere in giudizio a norma dell'art. 2041 c.c.¹¹⁰

3.2.2. "Negozio di qualificazione" e identità dell'operazione liberale, nelle sue diverse manifestazioni

La scelta di ridurre l'interesse non patrimoniale a semplice componente causale del negozio tipico cui accede sembra inoltre incappare, per un verso, in un vizio di contraddizione (nell'elaborazione complessiva della figura), per un altro, in un problema di compatibilità (con gli schemi negoziali cui tale figura dovrebbe applicarsi).

Per quanto concerne il vizio di contraddittorietà, si può segnalare come il ritenere l'interesse liberale elemento integrativo della causa tipica del negozio

¹⁰⁹ Per DELLE MONACHE, *Successione necessaria*, cit., p. 113 la circostanza che l'azione di riduzione di liberalità non donative si atteggi come impugnativa del negozio configurativo su cui tali liberalità trovano giustificazione, non comporta necessariamente l'applicazione del rimedio previsto dall'art. 2041 c.c. quanto un diverso esito della declaratoria di inefficacia, ossia il sorgere "di un'obbligazione *ex lege* relativa alla restituzione per equivalente dell'arricchimento ottenuto, in quanto non più sorretto da alcuna giustificazione causale" ovvero, in altri termini, "un credito pecuniario nei confronti del gratificato (il cui titolo d'acquisto rimane valido)". Come spiega anche MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 257 nei casi di intestazione di beni a nome altrui "poiché l'azione di riduzione incide [sul rapporto interno da cui risulta la *causa donandi*], non sul titolo di acquisto del bene, alla cui formazione il donante è rimasto estraneo, oggetto alla pretesa del legittimario non è il bene in natura, ma il suo equivalente in denaro". Precisa ulteriormente CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 242 che gli acquisti in cui si sostanziano le liberalità non donative (l'Autrice si rivolge, sul punto, alle liberalità non negoziali), per la loro intrinseca inidoneità ad essere caducati mediante azione di riduzione, "possono essere assimilati [ai casi] in cui la restituzione in natura sia impossibile, trattandosi di una sorta di impossibilità di tipo giuridico (arg. ex art. 560 commi 1 e 2, 562, 563, comma 3)".

¹¹⁰ Considerando, in particolare, il rigore con cui è interpretato il requisito della sussidiarietà, soprattutto in giurisprudenza. Vedi tra i vari, anche per gli opportuni riferimenti, L. FOLLIERI, *L'adempimento del terzo al vaglio delle Sezioni Unite, Obbl. Contr.*, 2010, p. 261 ss.; A. ALBANESI, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 332 ss.; A. TRABUCCHI, *Voce "Arricchimento (Azione di) (Diritto Civile)"*, *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 74.

preordinato alla sua soddisfazione porterebbe a sostenere che, nei negozi unilaterali, per il suo perseguimento sia sufficiente la volontà del solo disponente, laddove, in quelli bilaterali, si richieda anche il consenso del beneficiario.

Ciò, a sua volta, significherebbe, però, far perdere alla figura della liberalità la propria individualità quale operazione circolatoria giuridicamente rilevante¹¹¹.

Per poter affermare che il momento dispositivo della liberalità si conservi sempre uguale a sé stesso, nelle varie ipotesi in cui può venire in rilievo, sembra necessario riconoscere che lo stesso o abbia sempre struttura unilaterale o struttura bilaterale. Il che significa, però, affermare, di conseguenza, che, se bilaterale, nelle ipotesi di liberalità realizzata con negozio unilaterale esso trovi espressione in un apposito accordo a questo esterno; se unilaterale, nelle ipotesi di liberalità realizzata con negozio bilaterale, sia riconducibile a un distinto atto *a latere*, posto in essere dal solo disponente.

Per quanto concerne, invece, i problemi di compatibilità, ci si può limitare ad annotare che in determinate fattispecie contrattuali caratterizzate da una pluralità di parti (per tutte, valga l'esempio della società) a fatica potrebbe dirsi che l'interesse non patrimoniale tramite le stesse realizzato possa essere ricondotto ad un elemento della causa e, quindi, a un elemento dell'accordo imputabile a tutti i partecipanti, laddove, come per lo più accade, il rapporto liberale coinvolge, in ultima analisi, solo alcuni di essi.

Emblematica, in quest'ottica, è la fattispecie dell'assegnazione non proporzionale di partecipazioni, sopra ricordata: in sede di costituzione della società è ben possibile che l'assegnazione non proporzionale (ossia l'attribuzione di partecipazioni non proporzionali alle sottoscrizioni effettuate dai soci) tocchi le sfere patrimoniali di solo alcuni dei soci aderenti, determinando l'instaurazione di un rapporto (in ipotesi liberale) solo tra colui o coloro che ricevono meno di quanto sottoscritto e conferito e colui o coloro che, al contrario, ricevono più di quanto sottoscritto e conferito¹¹². Tanto è vero questo che, qualora una assegnazione non proporzionale di tal fatta ricorra in sede di delibera di au-

¹¹¹ Quel "paradigma del "dono"" che la più risalente dottrina, come annota AMADIO, *Attribuzioni liberali*, cit., p. 493, era incline a reputare "estraneo alla razionalità insita nell'agire dell'*homo oeconomicus*, e agli strumenti di circolazione giuridica della ricchezza".

¹¹² Ad esempio, ribadiscono l'estraneità degli ulteriori profili causali attinenti ai rapporti tra i soci interessati dalle assegnazioni non proporzionali CEVASCO, *Assegnazione non proporzionale*, cit., p. 444-446; MALTONI, *Le liberalità non donative*, cit., p. 99-100; ONZA, *Partecipazione al capitale*, cit., p. 709 ed ivi p. 718; POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1073-1076 (nella misura in cui, come detto, riconduce la figura ad un contratto a favore di terzo). Vedi, inoltre, nella prassi notarile, Studio CNN n. 148-2008/I "L'assegnazione di partecipazioni non proporzionale ai conferimenti nelle società di capitali" a cura di J. SODI, p. 9-11. A quanto consta solo per IACCARINO, *Liberalità indirette*, cit., p. 126 è possibile parlare, in caso di assegnazioni non proporzionali, di "unico negozio a causa mista o complessa".

mento, la dottrina commercialistica¹¹³ è ormai orientata a ritenere che, oltre alla maggioranza in sede di assemblea straordinaria, ad essere necessario è solo il consenso di quei soci che sono interessati dalla diversa distribuzione delle azioni, con ciò ancor più evidenziando in che misura il rapporto, che in tale diversa assegnazione trova espressione, abbia collocazione all'esterno dei meccanismi attinenti alla modifica del contratto societario, e, *a fortiori*, all'esterno del suo profilo funzionale.

4. Osservazioni conclusive

Volendo trarre le conclusioni del ragionamento fin qui svolto, non si vuole certo affermare che ogni ipotesi di qualificazione liberale di condotte negoziale richieda la presenza di un apposito e distinto accordo dei soggetti interessati dal relativo rapporto e, quindi, un indefettibile consenso bilaterale al conseguente contenuto dispositivo.

Il problema risiede tutto, in sintesi, nel capire se la disposizione di una liberalità richieda o meno il consenso del beneficiario¹¹⁴.

Qualora così fosse, rimarrebbe ferma la necessità che, di fianco alle strutture negoziali utilizzate per realizzare l'arricchimento, si inserisse anche l'apposito "accordo sull'esistenza di un 'interesse liberale' (non patrimoniale) del donante"¹¹⁵, che di tale arricchimento dettasse la qualificazione¹¹⁶.

¹¹³ Cfr. CEVASCO, *Assegnazione non proporzionale*, cit., p. 452-453; POMPONIO, *Contributo*, cit., p. 1080 ss. e in particolare p. 1084. Vedi, inoltre, nella prassi notarile, Studio CNN n. 148-2008/I, cit., p. 18-19; seppur con riferimento alla diversa fattispecie dell'aumento gratuito non proporzionali anche Massima n. 155 della Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano "Deliberazione di aumento gratuito non proporzionale nella s.r.l. (art. 2481-ter c.c.)".

¹¹⁴ Emblematiche a riguardo le considerazioni di CAREDDA, *Le liberalità diverse*, cit., p. 174-175) in merito alle ipotesi di rinunzie o remissioni del debito poste in essere *donandi causa*: ad opinione dell'autrice, infatti, la considerazione della disciplina applicabile alle liberalità, e degli effetti pregiudizievoli che dalla stessa possono scaturire (si pensi, su tutti, all'obbligo alimentare) condiziona la valutazione in ordine alla necessità di un apposito consenso, da parte del soggetto gratificato.

¹¹⁵ CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 302.

¹¹⁶ Parrebbe questa l'opinione, espressa con riferimento alla fattispecie del contratto a favore di terzo, di CARABBA, *Donazioni*, cit., p. 792; in una prospettiva più generale, che abbraccia tutte le liberalità non donative, anche di natura negoziale v. A. TORRONI, *Accertamento negoziale di precedenti liberalità*, *Riv. Not.*, 2011, p. 443; G.A.M. TRIMARCHI, *Atti ricognitivi di liberalità non donative nella prassi notarile* in AA.VV., *Liberalità non donative e attività notarile*, Milano, 2008, p. 161-162; DELLE MONACHE, *Successione necessaria*, cit., p. 112-113; C. SCUTO, *Le donazioni*, Catania, 1928, p. 1079. Anche CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 123 pur non esprimendosi espressamente a favore di questa opzione, precisa che "l'art. 769, pur facendo diretto richiamo, con la locuzione 'spirito di liberalità', all'intento del donante, ha voluto riferirsi ad un intento comune ai contraenti. L'importanza preminente che nella donazione, malgrado la struttura contrattuale, assumono l'iniziativa e gli intenti del donante, può spiegare perché il legislatore non abbia sentito di precisare che l'intento del donante dev'essere comune al donatario".

Al contrario, qualora si reputasse sufficiente l'atto di disposizione unilaterale¹¹⁷, allora potrebbe reputarsi sufficiente un unico atto negoziale, diretto tanto a determinare l'arricchimento quanto, contestualmente, ad integrare il momento dispositivo della liberalità (si pensi al caso dell'adempimento da parte del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c.). In questo caso, infatti, l'atto negoziale fungerebbe tanto da fonte dell'effetto in cui si sostanzia l'arricchimento, quanto da fonte della disciplina che a tale arricchimento dovrà essere applicata.

Considerato ciò, la discussione sembrerebbe, a questo punto, spostarsi interamente sulla diversa ma connessa questione relativa all'accertamento della compatibilità di determinate strutture negoziali con la sovrapposizione di una data volontà (bilaterale o unilaterale) di disposizione: il che varrebbe sia laddove si utilizzassero strutture negoziali aventi una tipicità funzionale sia laddove si facesse ricorso, al contrario, a strutture negoziali (in tutto o in parte) neutre sul piano causale¹¹⁸, nell'ambito delle quali, di conseguenza, l'interesse alla realizzazione del rapporto liberale esaurirebbe lo stesso profilo funzionale della struttura di effetti adoperata¹¹⁹.

Con la consapevolezza, peraltro, che, di principio, in presenza di una struttura negoziale già tipizzata sul piano della funzione (e, per tale ragione, auto-sufficiente), l'"atto di qualificazione", agli effetti dell'ulteriore e distinto rapporto, quandanche compatibile sul piano della struttura, dovrebbe sempre potersi

¹¹⁷ Così CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit., p. 305-306 e *ivi* nota 154; BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 960; BOZZI, *Liberalità non donative*, cit., p. 328. Sembra aprire alla natura unilaterale della disposizione liberale anche AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative*, cit., p. 705 secondo cui, il perseguimento di un interesse non patrimoniale, nelle ipotesi di intestazione di beni a nome altrui, "individua un profilo della funzione realizzata dall'operazione complessa, in ordine al quale, più che un autonomo consenso (volto a integrare l'ipotetico accordo sulla liberalità) è indispensabile che il beneficiario non esprima una volontà contraria (secondo la logica propria delle vicende incrementative della sfera giuridica altrui)".

¹¹⁸ Sulla classificazione dei contratti a causa neutra, variabile o incolore v. per tutti P. GIULIANO, *La causa e le principali classificazioni dei contratti* in P. FAVA (cur.), *Il contratto*, Milano, 2012, p. 755.

¹¹⁹ Cfr. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 17-19 secondo cui "quando la funzione tipica del negozio adottato si prospetti neutra, in quanto non risulti caratterizzata né dalla nota dell'onerosità, né da quella della gratuità, l'eventuale accordo sulla realizzazione di un intento liberale potrà, senza trasformare la funzione del negozio, volgere lo stesso al conseguimento di un risultato di liberalità".

perfezionare con un atto separato¹²⁰, anteriore o successivo¹²¹, rispetto a quello tipico da cui hanno origine le situazioni giuridiche soggettive, oggetto di qualificazione.

¹²⁰ Interessanti, in questa prospettiva, le osservazioni di MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario*, cit., p. 104, nota 42: l'Autore, pur mostrando la propria preferenza per la tesi che ritiene esistente, alla base dell'adempimento del terzo per spirito di liberalità, un apposito accordo (dunque, un atto bilaterale) tra beneficiante e beneficiario, nell'ammettere la possibilità di ricostruire la volontà diretta alla qualificazione del rapporto come volontà unilaterale del solo disponente, ritiene che comunque "tale volontà unilaterale abbia le caratteristiche di un negozio autonomo, sia pure espresso in forma tacita, e non di un elemento del rapporto *solvens-accipiens*" come del resto "reso evidente dal fatto che essa non costituisce un dato essenziale di detto rapporto, poiché detta volontà può addirittura mancare o essere viziata, senza che ciò abbia alcuna incidenza sul rapporto *solvens-accipiens*".

¹²¹ Rispetto all'ipotesi di cui all'art. 1411 c.c. uno spunto in tal senso può trarsi da quanto annota BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 958, secondo cui l'intento sotteso alla deviazione a favore del terzo possa ricollegarsi anche ad un rapporto giuridico "sussequente", che lo stipulante in futuro "intende attuare".

Il principio di non discriminazione nell'ambito del commercio multilaterale e degli investimenti internazionali

Silvia Marchiante

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. La clausola della Nazione Maggiormente Favorita – 2.1 *La clausola MFN nell'OMC* – 2.2 *La clausola MFN negli arbitrati ICSID* – 2.3 *Considerazioni comparative* – 3. Il Trattamento Nazionale – 3.1 *Il Trattamento Nazionale nell'OMC* – 3.2 *Il Trattamento Nazionale negli arbitrati ICSID* – 3.3 *Considerazioni comparative* – 4. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi

Lo stretto rapporto sussistente tra il regime internazionale del commercio multilaterale e quello degli investimenti si manifesta in particolare in relazione al sistema di risoluzione delle controversie di cui è dotata l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e a quello predisposto dalla Convenzione istitutiva dell'*International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID).¹ Benché nettamente funzionali alla risoluzione delle controversie nascenti nei propri ambiti disciplinari, le pronunce emesse nel quadro dei procedimenti ora menzionati possono talvolta riguardare una medesima misura statale, che può conseguentemente costituire l'oggetto sia di un procedimento avviato nell'ambito dell'OMC secondo la procedura regolata dal *Dispute Settlement Understan-*

¹ Anche nota come Convenzione di Washington, è volta a regolamentare una procedura per la risoluzione di controversie tra investitori stranieri e Stati ospitanti gli investimenti, basate per la maggior parte su Trattati Bilaterali di Investimento (BITs) o su contratti stipulati direttamente tra l'investitore e lo Stato stesso, attraverso arbitrati il cui esito è vincolante per le parti;

ding (DSU),² sia di un arbitrato instaurato direttamente da un investitore privato avverso lo Stato ospitante l'investimento innanzi ad un Tribunale ICSID.

Questa premessa costituisce il punto di partenza dell'analisi che si intende svolgere attraverso la considerazione delle decisioni adottate negli ambiti menzionati, al fine di esaminare il principio di non discriminazione e la funzione che esso svolge nel diritto internazionale dell'economia.

Infatti, il principio di non discriminazione risulta di fondamentale rilevanza sia nel settore del commercio internazionale sia nell'ambito degli investimenti. Nel Preambolo del GATT 1947 l'eliminazione del trattamento discriminatorio viene identificata quale strumento diretto a consentire l'espansione della produzione e dello scambio di beni per favorire lo sviluppo degli Stati, scopo primario del sistema multilaterale del commercio.³ Parimenti, in materia di investimenti, il principio di non discriminazione costituisce uno standard minimo previsto all'interno dei BITs negoziati tra gli Stati, la cui disciplina è diretta a garantire la protezione degli investimenti internazionali al fine di attrarre i capitali stranieri e creare condizioni favorevoli per la circolazione dei medesimi.⁴

Specificamente, il principio di non discriminazione mira a garantire l'uniformità del trattamento delle merci o degli operatori del mercato, coincidente con quello migliore riservato rispettivamente alle merci o agli operatori domestici e stranieri, sul presupposto della comparabilità delle situazioni alle quali il trattamento medesimo si riferisce.⁵ L'*eiusdem generis* costituisce, pertanto, il criterio per l'applicazione del principio, di modo che sia nell'ambito del commercio multilaterale che nel settore degli investimenti, risulta decisivo identificare e qualificare la relazione di analogia.⁶

D'altra parte, in entrambi i settori, l'elemento che giustifica la comparazione del principio è la nazionalità, ossia l'origine nazionale delle merci nel caso del

² *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dispute Settlement Understanding - DSU)* è l'Intesa che disciplina la risoluzione delle controversie all'interno del sistema OMC, è stata creata come parte dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione stessa nel corso dell'Uruguay Round ed è il risultato dell'evoluzione delle norme, delle procedure e delle pratiche sviluppate nella vigenza del GATT 1947;

³ GATT 1947, Preambolo;

⁴ DIMASCIO NICHOLAS, PAUWELYN JOOST, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or two Sides of the Same Coin?", *The American Journal of International Law*, vol. 102, 2008, p. 48, a p. 54;

⁵ DIEBOLD NICOLAS F., "Standards of Non-Discrimination in International Economic Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, p. 865, a p. 844;

⁶ Nell'ambito delle pronunce OMC, la questione è stata affrontata per esempio in *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages (Japan - Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, Report of the Appellate Body, 4 Ottobre 1996; tra le pronunce ICSID: *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (Lemire v. Ucraina)*, ICSID Case n. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 Gennaio 2010, para. 261; *Siemens A.G. v. Argentine Republic (Siemens v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/02/08, Award, 6 Febbraio 2007, para. 321;

commercio o la nazionalità dell'operatore negli investimenti.⁷ Tuttavia, l'ambito di applicazione e la definizione sostanziale del principio dipendono, oltre che dalla specifica formulazione della norma che lo prevede, dall'interpretazione data dai singoli organi giudicanti investiti di volta in volta della questione.⁸

Il principio di non discriminazione, precisamente, trova espressione attraverso le clausole della Nazione Maggiormente Favorita e del Trattamento Nazionale, che rappresentano le pietre angolari del sistema multilaterale del commercio e si impongono altresì quali garanzie essenziali per l'investitore straniero nello Stato ospitante l'investimento. L'analisi comparata di queste clausole consente di apprezzare non solo la rilevanza che il principio assume nei due ambiti considerati, ma anche gli eventuali punti di contatto e le interazioni nelle decisioni giurisprudenziali tra il sistema OMC e quello degli investimenti internazionali.

2. La clausola della Nazione Maggiormente Favorita

La clausola della Nazione Maggiormente Favorita (clausola MFN) è una previsione contenuta nei trattati internazionali prevalentemente di natura economica e commerciale, mediante la quale uno Stato assume nei confronti di un altro Stato l'obbligazione di estendere il trattamento più favorevole concesso ad uno Stato terzo con un differente trattato, in una sfera di relazioni stabilita.⁹

La Corte Internazionale di Giustizia individua quale *ratio* più profonda della clausola quella di creare e di mantenere la fondamentale eguaglianza, senza discriminazioni, tra gli Stati.¹⁰ L'armonizzazione e il livellamento, che costituiscono gli effetti della clausola MFN, sono la conseguenza dell'applicazione del medesimo trattamento tra tutti gli Stati beneficiari coinvolti nella relazione economica o commerciale, individuato in quello migliore accordato ad uno Stato.

⁷ Questo aspetto è stato sancito in modo esplicito nella pronuncia ICSID: *Noble Ventures, Inc. v. Romania* (*Noble Venutres v. Romania*), ICSID Case n. ARB/01/11, Award, 12 Ottobre 2005, para. 180;

⁸ Di opinione conforme è DIEBOLD, "Standards of Non-Discrimination in International Economic Law", a p. 833;

⁹ SAUVANT KARL P., "International Investment Agreements: Key Issues", New York e Geneva, 2004, p. 191, a p. 193; FOCARELLI CARLO, "Trattato di Diritto Internazionale", Milano, 2015, p. 369; DOLZER RUDOLF, SCHREUER CHRISTOPH, "Principles of International Investment Law", Oxford, 2012, p. 206; La definizione e la disciplina della clausola in analisi sono state oggetto di studio ad opera della Commissione di Diritto Internazionale che ha elaborato un progetto di articoli concluso nel 1978: *Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses*, ILC, 1978;

¹⁰ *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (*France v. United States of America*), Judgment of 27 August 1952, ICJ, "Report of Judgments, Advisory Opinion and Orders", p. 192;

Questo effetto è ben visibile nell'ambito del sistema del commercio multilaterale, ove la formulazione della clausola è unitariamente prevista all'interno degli accordi multilaterali OMC. Diversamente, nell'ambito degli investimenti opera in modo meno evidente, costituendo i BITs all'interno dei quali la clausola è disciplinata l'esito di attente negoziazioni bilaterali relative ad aree sostanziali tra loro differenti.¹¹

2.1 La clausola MFN nell'OMC

La clausola MFN, come noto, ha un ruolo centrale ed essenziale quale strumento diretto ad assicurare il successo del sistema dell'OMC, costituendo chiave ed impulso per l'estensione a tutti i membri dell'Organizzazione delle concessioni negoziate tra alcuni di essi.

Il principio riceve una formulazione espressa sia nel GATT che nel GATS,¹² tuttavia le pronunce di maggiore rilievo attengono all'interpretazione e applicazione dell'Articolo I del GATT, sul quale pertanto si concentra la presente analisi. Il consistente numero di decisioni ad esso relative è riconducibile al ruolo primario svolto nel sistema multilaterale del commercio ed alla conseguente frequenza con cui tale disposizione viene invocata, consentendo l'individuazione di alcuni elementi ricorrenti.

Il primo paragrafo, in particolare, obbliga ad assicurare la così detta parità di trattamento tra prodotti importati da diversi Membri. Lo scopo primario della norma, infatti, consiste nel garantire l'uguaglianza delle condizioni di concorrenza con riferimento ai prodotti simili importati da tutti i territori Membri. Tale risultato si ottiene estendendo alle merci originarie da un Membro dell'Organizzazione il trattamento più favorevole accordato ai prodotti simili di qualsiasi altra origine. Merita di essere sottolineato come non venga richiesta la dimostrazione degli effetti concretamente realizzati sul commercio dalla misura contestata, la cui prova resta priva di rilevanza ai fini dell'accertamento della violazione della norma, bensì assume interesse l'effetto meramente potenziale. Infatti, il cuore della clausola mira ad impedire discriminazioni basate sulla provenienza al fine di assicurare la concorrenza dei prodotti simili nel mercato interno, in particolare a tutela di quelli originari dei territori OMC, mentre non ha alcuna incidenza con riferimento a distinzioni che non producono un impatto negativo sulla medesima.¹³

¹¹ DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 102;

¹² Entrambi gli accordi sono volti a dettare una regolamentazione del commercio internazionale, mentre la disciplina contenuta nel *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)* attiene ai beni in generale, quella contenuta nel *General Agreement on Trade in Services (GATS)* riguarda il commercio di servizi;

¹³ *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.88, 5.93;

L'estensione del vantaggio richiesta dalla norma è soggetta a due requisiti: il primo, di natura temporale, richiede la sua immediatezza; il secondo, invece, è diretto ad evitare che sia subordinata a condizioni, mentre rimane la possibilità di condizionare l'attribuzione del vantaggio nei confronti dello Stato che ne beneficia in via diretta.¹⁴

La clausola MFN, grazie alla sua ampia formulazione, include nel suo ambito di applicazione una vasta gamma di misure, comprensive di quelle imposte alla frontiera, di quelle relative alla disciplina interna dei prodotti importati ed esportati, estendendosi a tutte le regolamentazioni che incidono sulla loro tassazione o commercializzazione.¹⁵ L'ampiezza della norma è accentuata anche dal riferimento agli effetti che le misure menzionate devono realizzare sul commercio, anch'essi formulati in termini ampi e generici.¹⁶

I Panels e l'AB che si sono pronunciati in epoca più recente hanno perfezionato il test diretto ad accertare la sussistenza di violazioni.¹⁷ Le quattro fasi, divenute di uniforme applicazione, richiedono in primo luogo la verifica che la misura in questione rientri nell'ambito di applicazione della norma; secondariamente deve essere accertata la sussistenza del rapporto di similarità tra i prodotti importati; la misura deve conferire un vantaggio o uno degli altri bene-

¹⁴ *Canada – Autos*, Panel Report, para. 10.16-10.29;

¹⁵ La casistica relativa a questo aspetto della clausola è ampia, i Panels hanno ricondotto all'ambito di applicazione dell'Articolo I GATT misure molto varie: dazi doganali e imposizioni connesse all'importazione o all'esportazione, modalità di riscossione degli stessi e norme e formalità connessi all'importazione o all'esportazione; oltre alle misure che sono direttamente correlate al processo di importazione, anche quelle connesse ad ulteriori aspetti aventi un impatto su quest'ultima o sull'esportazione, *United States – Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China (US – Poultry)*, WT/DS392/R, Report of the Panel, 29 Settembre 2010, para. 7.410; con un'interpretazione tendente a delimitare l'ampiezza della portata della previsione, è stata sottolineata l'esigenza della sussistenza di un nesso o collegamento logico tra la misura e l'esportazione o l'importazione, definito anche dal punto di vista temporale affinché rientri nell'ambito di applicazione della norma, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, WT/DS453/R, Report of the Panel, 30 Settembre 2015, para 7.954 e ss.;

¹⁶ Con riferimento a questo aspetto della formulazione della norma: *EC – Bananas III*, Appellate Body Report, para. 206; *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Canada – Autos)*, WT/DS139, 142/R, Report of the Appellate Body, 11 Febbraio 2000, para. 10.26; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.417; *European Community – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Product (EC – Seal Products)*, WT/DS400, 401/AB/R, Report of the Appellate Body, 22 Maggio 2014, para. 5.86;

¹⁷ Tra le altre si vedano le pronunce: *EC – Bananas III*, Appellate Body Report, para. 205-207; *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry (Indonesia – Autos)*, WT/DS54, 55, 59, 64/R, Report of the Panel, 2 Luglio 1998, para. 14.138; *EC – Seal Products*, Appellate Body Report, para. 5.86; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.404; *Argentina – Financial Services*, Panel Report, para. 7.972; *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges (Brazil – Taxation)*, WT/DS472, 497/R, Report of the Panel, 30 Agosto 2017, para. 7.1016 – 7.1017; in dottrina: VAN DEN BOSSCHE PETER, ZDOUC WERNER, "The Law and Policy of the World Trade Organization", Cambridge, 2017, p. 311; WOLFRUM RÜDIGER, STOLL PETER-TOBIAS, HETERMEYER KAREN (Eds.), "WTO – Trade in Goods", Leiden-Boston, 2011, p. 63;

fici indicati dalla norma nei confronti di un prodotto originario di un qualsiasi Stato; infine, sussiste una violazione della norma se tale vantaggio non è stato esteso automaticamente e incondizionatamente a tutti i prodotti simili originari degli altri Membri.

La questione di maggiore rilievo attiene propriamente alla definizione e individuazione del rapporto di similarità dei prodotti. Il riferimento al criterio dell'*eiusdem generis* nell'applicazione dell'Articolo I del GATT si traduce nell'esigenza di qualificare la relazione di analogia tra due prodotti,¹⁸ infatti il trattamento invocato "*shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.*"¹⁹

L'espressione "*like products*", con cui viene qualificato il rapporto menzionato, è presente in numerosi Accordi OMC, tuttavia, non è definita in alcuno degli stessi,²⁰ bensì è stato affermato come assuma un significato diverso in relazione al contesto all'interno del quale è utilizzata.²¹ Conformi sono le pronunce nel ritenere che l'accertamento del rapporto in questione debba essere effettuato caso per caso, con la conseguenza che due medesimi prodotti potrebbero essere considerati simili nell'applicazione di un Accordo e non esserlo con riferimento alla disposizione contenuta in un diverso Accordo.²² Al fine di interpretare il concetto in questione è stata utilizzata l'evocativa metafora della fisarmonica, diretta a sottolineare l'elasticità del concetto in dipendenza dei differenti Accordi nei quali è richiamato, indicando di tenere in considerazione oltre alla specifica disposizione ove il termine è inserito, anche il contesto e le circostanze del caso concreto in cui la previsione deve essere applicata.²³

Ai fini di accertare la sussistenza del rapporto in analisi sono stati individuati vari criteri ai quali fare riferimento: le caratteristiche fisiche e il fine di utilizzo

¹⁸ ACCONCI PIA, "Most-Favoured-Nation Treatment", in MUCHLINCKI PETER, ORTINO FEDERICO, SCHREUER CHRISTOPH, "The Oxford Handbook of International Investment Law", New York, p. 363, a p. 635;

¹⁹ GATT, Art. I, para. 1;

²⁰ Una accennata definizione di prodotti simili è rilevabile nell'Articolo 15 dell'Accordo relativo alla Valutazione Doganale ("*Customs Valuation Agreement*"), nel quale viene definito mediante il riferimento alle caratteristiche componenti materiali che consentono ai beni la realizzazione delle medesime funzioni e la loro intercambiabilità del punto di vista commerciale, vengono inoltre richiamati la qualità dei beni, la reputazione, l'esistenza di marchi quali fattori da prendere in considerazione ai fini della determinazione della relazione di similarità;

²¹ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 21;

²² *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 20; *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals (Canada – Periodicals)*, WT/DS31/AB/R, Report of the Appellate Body, 30 Giugno 1997, p. 21; *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US – Gasoline)*, WT/DS2/R, Report of the Panel, 29 Gennaio 1996, para. 6.8; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.424; *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sales of Tuna and Tuna Products (US – Tuna II)*, WT/DS381/R, Report of the Panel, 15 Settembre 2011, para. 7.219 e ss.;

²³ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 21;

dei prodotti rilevanti, il gusto dei consumatori e le loro abitudini, le qualità del prodotto, la sua natura e le sue proprietà.²⁴ Diversamente, è stato respinto in quanto ritenuto inconfidente nella definizione del rapporto il criterio della classificazione tariffaria, al quale è stato fatto riferimento in alcune controversie.

Nelle pronunce esaminate si afferma come il concetto di similarità di cui all'articolo I GATT sia più ristretto rispetto al medesimo termine contenuto nel successivo articolo III dell'Accordo, nel quale vengono ricompresi anche prodotti direttamente concorrenziali o sostituibili.²⁵ Lo scopo della norma, ad ogni buon conto, suggerisce una lettura elastica del rapporto.

Facendo appello alla genericità della terminologia dell'Articolo I, alcuni tentano di ricondurre al suo ambito di applicazione anche benefici di natura procedurale,²⁶ i quali, tuttavia, restano circoscrivibili a procedure interne che agevolano la circolazione, l'importazione o l'esportazione di un prodotto proveniente da un territorio OMC.

L'ambito di applicazione della clausola MFN, infine, risulta delimitato in ragione della previsione di eccezioni, che consentono deviazioni rispetto alla disciplina prescritta dall'Articolo I del GATT. Tali eccezioni sono riconducibili a due categorie: quelle determinate da ragioni di tipo funzionale, quali le eccezioni generali, quelle relative alla sicurezza e gli Accordi Commerciali Preferenziali di cui fanno parte le aree di libero scambio e le unioni doganali;²⁷ appartengono, invece, alla seconda categoria le disposizioni che esonerano certe tipologie di Parti Contraenti dall'applicazione delle norme accettate da tutte le altre e che consentono un trattamento preferenziale per gli Stati in via di sviluppo.²⁸

La notevole portata e la diffusione che ha assunto il ricorso alle eccezioni ha condotto ad attribuire alle stesse un diverso rilievo: il trattamento della Nazione Maggiormente Favorita non costituisce più espressione del principio fondamentale analizzato, bensì l'eccezione all'applicazione della regola della discriminazione.²⁹ Sebbene alla luce della diffusione di queste eccezioni possa apparire

²⁴ Costituiscono esempi, tra le altre: *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee (Spain – Unroasted Coffee)*, BISD 28S/102, Report of the Panel, 27 Aprile 1981, para. 4.7; *Canada/Japan – Tariff on Imports of Spruce, Pine, Fir (SPF) (Japan – SPF Dimension Lumber)*, BISD 36S/167, Report of the Panel, 19 Luglio 1989, para. 5.13 e ss.; *Indonesia – Autos*, Panel Report, para. 14.141, 14.110-14.111; *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 20; *Canada – Periodicals*, Appellate Body Report, p. 21; *US – Gasoline*, Panel Report, para. 6.9; *US – Poultry*, Panel Report, para. 7.425;

²⁵ *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages (Korea – Alcoholic Beverages)*, WT/DS75, 84/AB/R, Report of the Appellate Body, 18 Gennaio 1999, para. 118-119;

²⁶ MCRAE DONALD, "MFN in the GATT and the WTO", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, vol. 7, 2012, p. 1, a p. 18-19;

²⁷ GATT, artt. XX, XXI, XXIV, XXVI;

²⁸ GATT, art. I.2, nonché la clausola di abilitazione ("*Enabling Clause*");

²⁹ "The Future of WTO – Addressing Institutional Challenges in the New Millennium", Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, World Trade Organization, Geneva, 2004, p. 19 e ss.;

minato lo scopo primario della clausola MFN, la finalità che le stesse mirano a realizzare appare, ugualmente, conforme allo scopo del sistema multilaterale del commercio di favorire lo sviluppo economico e complessivo degli Stati, come sancito nel Preambolo del GATT.

2.2 La clausola MFN negli arbitrati ICSID

A differenza del commercio, gli investimenti internazionali non sono governati da un apparato multilaterale di norme di carattere sostanziale, negoziate congiuntamente dagli Stati, bensì il sistema si fonda su accordi di natura bilaterale che prevedono una disciplina *ad hoc*. La volontà di elaborare una convenzione multilaterale diretta a dettare una disciplina sostanziale degli investimenti stranieri produce risultati storicamente fallimentari, in ragione degli interessi contrapposti di cui sono portatori gli Stati. La Convenzione ICSID costituisce uno dei pochi successi raggiunti a livello internazionale nel settore, che trova la propria ragione nella totale assenza di previsioni di carattere sostanziale relative alla protezione degli investimenti stranieri, nonché nella neutralità della regolamentazione delle relazioni tra investitore e Stato, espressione della volontà di depoliticizzare la risoluzione delle controversie.³⁰ Pertanto, non è rilevabile all'interno di questa Convenzione, alcuna traccia della clausola della Nazione Maggiormente Favorita che, invece, è disciplinata nei Trattati Bilaterali di Investimento (BITs), quale espressione dello standard minimo di protezione garantito agli Stati.

La clausola MFN, infatti, costituisce uno strumento conforme allo scopo dei BITs di creare condizioni favorevoli per attrarre investimenti stranieri all'interno del territorio statale ed, inoltre, risulta essenziale per assicurare eque opportunità di concorrenza. Quale risposta alla ricerca da parte degli investitori di non subire discriminazioni che possano generare svantaggi concorrenziali, la clausola permette di eliminare possibili distorsioni fondate su considerazioni relative alla nazionalità, similmente alla funzione che espleta nel sistema del commercio multilaterale.³¹ Il suo inserimento all'interno dei moderni BITs è accompagnato spesso dalla previsione del Trattamento Nazionale, concepito come alternativo oppure complementare, in ragione della combinazione che risulta maggiormente favorevole. Ulteriormente, costituisce uno standard diretto a garantire che il Trattamento Nazionale, accordato sulla base di un diverso trattato, sia esteso agli investitori tutelati da precedenti trattati.³²

³⁰ SCHILL STEPHAN W., "The Multilateralization of International Investment Law", New York, 2009, p. 77;

³¹ ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 364;

³² UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", UNCTAD Series on Issues in International

L'effetto di ampliare le tutele offerte agli investitori stranieri, costituisce, pertanto, un beneficio rilevante che viene realizzato automaticamente sul presupposto della sussistenza delle medesime circostanze o situazioni in relazione alle quali il diritto è attribuito, secondo il criterio dell'*eiusdem generis*. Tuttavia, a differenza del requisito che disciplina il commercio internazionale, nell'ambito degli investimenti la clausola non opera in modo altrettanto diretto ed esteso, proprio in quanto frutto di negoziazioni bilaterali che coinvolgono differenti regimi.³³

Nella concretezza, consente l'applicazione di standard di trattamento previsti in trattati bilaterali o multilaterali negoziati dallo Stato ospitante l'investimento con Stati terzi, se più favorevoli rispetto a quelli previsti nel trattato base in cui la clausola è inserita. Una sua meccanica applicazione, infatti, comporta il rischio di una sostituzione di quanto negoziato in un trattato, trasferendo ad esso il regime previsto in un trattato distinto, con considerevoli differenze sostanziali. La consapevolezza di tale pericolo da parte degli Stati è dimostrata dalle attente formulazioni che la stessa riceve e, in particolar modo, dalla cautela con cui vengono previste concessioni e tutele nella stipulazione dei trattati.

L'inserimento del trattamento MFN nei BITs produce l'ulteriore beneficio di consentire agli Stati meno forti di ottenere quei vantaggi che Stati più potenti sono in grado di assicurarsi nella negoziazione dei trattati.³⁴ Indipendentemente da tale considerazione, mantiene la natura di standard relativo, in quanto la sua applicazione presuppone un confronto delle modalità con cui gli investitori o gli investimenti provenienti da Stati diversi sono trattati all'interno dello Stato ospitante in situazioni simili.

L'impatto che tale clausola concretamente produce, tuttavia, si diversifica in ragione dell'applicazione *ratione temporis*. Diversamente dalla sua univoca formulazione negli Accordi OMC, nel sistema degli investimenti si identificano due modelli: "*post-entry*" che sancisce l'obbligazione di applicare la clausola MFN solo nella fase successiva all'effettuazione dell'investimento, e "*pre-entry*" che prescrive il ricorso allo standard anche nella fase di stabilimento. In quest'ultimo caso l'uguaglianza concorrenziale è assicurata altresì con riferimento al diritto dell'investitore straniero di ingresso e alle condizioni applicabili allo stabilimento all'interno dello Stato ospitante, sottraendo tale fase alla disciplina dettata dalla normativa nazionale ed evitando una liberalizzazione selettiva a beneficio di investitori provenienti solo da alcuni Stati.³⁵ Ne deriva che la garanzia di non discriminazione è in grado di assumere una diversa am-

Investment Agreements II, United Nations, New York and Geneva, 2010, p. 1;

³³ DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 207;

³⁴ NEWCOMBE ANDREW, PRADEL LLUÍS, "Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment", The Netherlands, 2009, p. 195;

³⁵ UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", pp. 14, 19;

piezza, permanendo la possibilità di prevedere differenziazioni nelle condizioni di concorrenza degli investimenti stranieri all'ingresso nel territorio dello Stato ospitante.³⁶ Le ragioni che determinano la scelta per l'uno o per l'altro modello, di natura non solo giuridica ma altresì politica, possono essere riconducibili anche alla volontà degli Stati di garantire agli investitori o agli investimenti nazionali un margine di preferenza all'interno del proprio territorio rispetto ai corrispondenti stranieri.³⁷ Una tale distinzione *ratione temporis* non emerge espressamente negli Accordi OMC, ove l'Articolo I GATT è diretto a disciplinare a fortiori la fase di ingresso e di "establishment" dei prodotti simili all'interno del territorio dei Membri.

Con un'espressione particolarmente significativa, l'obiettivo delle clausole MFN all'interno dei trattati relativi agli investimenti è stato qualificato come quello di assicurare "the minimum of discrimination and the maximum of favours conceded to any third State"³⁸, considerando tuttavia che l'estensione del livello minimo di discriminazione è rimessa alla volontà degli Stati stessi.

Oggetto del trattamento è generalmente l'investimento, tuttavia, non sono rari i casi in cui il riferimento sia effettuato all'investitore oppure ad entrambi. Mentre secondo alcuni l'indicazione dei beneficiari della clausola non comporterebbe una differenziazione nella portata,³⁹ appare maggiormente conforme con la sua prudente negoziazione ad opera degli Stati ritenere che sia possibile effettuare una diversificazione a seconda dell'oggetto.⁴⁰ Infatti, sebbene investitori e investimenti siano direttamente connessi, sono formalmente soggetti differenti che godono di diritti diversi sanciti dai trattati.

Nonostante le varie formulazioni che può assumere, un requisito uniformemente richiesto nella maggior parte dei trattati affinché la clausola possa operare è la sussistenza del rapporto di similarità tra situazioni o circostanze. Analogamente a quanto emerso dalla sua applicazione nel commercio multila-

³⁶ Per apprezzare la differenza menzionata è sufficiente confrontare alcuni Modelli di BITs: il Modello canadese (*Canada Model BIT*, 2004, art. 4.1) e quello statunitense (*US Model BIT*, 2012, art. 4) elencano esplicitamente le fase relativamente alle quali sorge l'obbligazione di accordare il trattamento MFN, elencazione riconducibile al modello *pre-entry*; diversamente i Modelli di BIT francese (*French Model BIT*, 2006, art. 4) e tedesco (*German Model BIT*, 2008, art. 3) contengono solo un generico riferimento agli investimenti, senza alcuna specifica indicazione delle fasi o attività, lasciando intendere l'applicazione della clausola solo *post-entry*;

³⁷ Nella pronuncia *Rafat Ali Rizvi v. The Republic of Indonesia* (*Rizvi v. Indonesia*), ICSID Case n. ARB/11/13, Award on Jurisdiction, 16 Luglio 2016, para. 200 e ss., è affrontata in modo molto chiaro la questione dell'applicabilità temporale della clausola MFN in ragione della sua formulazione;

³⁸ SCHWARZBERGER GEORG, "The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice", *British Yearbook of International Law*, vol. 22, 1945, p. 96, a p. 99;

³⁹ SAUVANT, "International Investment Agreements", p. 192; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 92;

⁴⁰ NEWCOMBE, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 219; UNCTAD, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 19;

terale con riferimento alla similarità tra prodotti, la medesima questione è sorta innanzi ai Tribunali ICSID relativamente al corrispondente requisito prescritto nei BITs. Infatti, in conformità alla natura relativa dello standard in esame, la discriminazione in ragione della diversa nazionalità anche nell'ambito degli investimenti non è vietata in quanto tale, bensì è possibile prevedere trattamenti differenti per gli investitori o gli investimenti purché giustificati dalla presenza di situazioni obiettivamente dissimili.⁴¹

Anche nell'ambito delle controversie relative agli investimenti, la clausola MFN è stata oggetto di numerose pronunce dei Tribunali ICSID, tuttavia in questo contesto ha assunto una duplice connotazione riferita alla natura sostanziale o procedurale del trattamento invocato.

Considerando le pronunce riconducibili alla prima tipologia, le questioni emerse sono molto varie. Gli investitori privati tramite il riferimento alla clausola MFN contenuta nel trattato base hanno invocato l'estensione di molteplici standard di trattamento considerati maggiormente favorevoli, previsti in altri BITs conclusi dallo Stato ospitante l'investimento con Stati terzi. I Tribunali ICSID, a più riprese e con approcci differenti, hanno sottolineato l'esigenza della dimostrazione che il trattamento di cui è richiesta l'estensione sia effettivamente più favorevole rispetto a quello previsto dal trattato base, ai fini di considerare giustificata l'invocazione della previsione.⁴²

Un ulteriore elemento rilevato nelle pronunce ICSID attiene al rispetto del criterio *eiusdem generis*, richiamato in precedenza: non è considerata sufficiente ai fini della comparabilità delle situazioni fattuali relative agli investimenti, la coincidenza dello Stato nel quale l'investimento viene effettuato.⁴³

⁴¹ ACCONCI, "Most-Favoured-Nation Treatment", p. 365;

⁴² Nella pronuncia *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka (AAPL v. Sri Lanka)*, ICSID Case n. ARB/87/3, Award, 27 Giugno 1990, tramite la clausola MFN contenuta nel BIT tra Regno Unito e Sri Lanka, l'investitore privato invocava l'applicazione degli standard di protezione e sicurezza contenuti nel BIT tra Svizzera e Sri Lanka, il collegio rigetta l'applicazione della clausola in quanto non considera provato che il secondo BIT contenga norme maggiormente favorevoli; *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (MTD v. Chile)*, ICSID Case ARB/01/7, Award, 25 Maggio 2004, Decision on Annulment, 21 Marzo 2007, l'investitore privato fonda alcuni dei motivi di ricorso su previsioni di altri BITs in virtù della clausola MFN contenuta nel BIT tra Cile e Malesia, la pronuncia del Tribunale ICSID viene annullata dal Comitato *ad hoc* il quale ritiene che il Tribunale abbia confuso la nozione di trattamento giusto ed equo con il trattamento MFN, in quanto la clausola che lo prevede non è limitata ad attrarre livelli di trattamento più favorevoli accordati agli investimenti provenienti da Stati terzi solo ove si considerano ricadere nell'ambito dello standard di trattamento giusto ed equo, diversamente la previsione attrae qualsiasi trattamento più favorevole; nella pronuncia *Bayindir Insaat Turzim Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (Bayindir v. Pakistan)*, ICSID Case n. ARB/03/29, Award, 27 Agosto 2009, para. 205-206, il Tribunale ICSID sottolinea come il trattamento accordato all'investitore mediante la clausola MFN non è limitato al "regulatory treatment", bensì si estende anche a trattamenti di tipo procedurale;

⁴³ Nella controversia *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (CMS v. Argentina)*,

Tuttavia, le pronunce che hanno acceso il dibattito più recente attengono alla possibilità di ricondurre all'ambito di applicazione della clausola MFN previsioni di carattere procedurale sancite all'interno dei trattati e, in particolar modo, quelle attinenti alla risoluzione delle controversie. In questo contesto si contrappongono due diverse linee interpretative: una aperta a questa estensione, sebbene con alcune limitazioni, mentre la seconda maggiormente restrittiva.

Il dibattito è sorto dal lodo arbitrale ICSID relativo alla controversia *Maffezini v. Spagna*,⁴⁴ nel quale il Tribunale ICSID svolge un'attenta analisi della clausola MFN invocata, sviluppando un'indagine in più fasi, diretta a verificare la sua applicabilità al ricorso all'arbitrato internazionale per la risoluzione delle controversie, aggirando il requisito dei "diciotto mesi nelle corti nazionali" previsto dal BIT base.⁴⁵

Dopo aver sancito l'esigenza di indagare il trattato base quale presupposto per definire il "subject matter" a cui la clausola MFN si applica, la prima interpretazione innovativa effettuata dal collegio arbitrale è riferita proprio al criterio *eiusdem generis*. Secondo gli arbitri, esso risulta compatibile non solo con i trattamenti di carattere sostanziale, ma anche con quelli di carattere procedurale o giurisdizionale. Viene individuata una inestricabile correlazione tra accordi relativi alla risoluzione delle controversie e la protezione degli investitori stranieri, giustificata, oltre che sulla base di ragioni storiche, anche ritenendo che l'arbitrato internazionale e i moderni accordi relativi alla risoluzione delle controversie siano essenziali per la protezione dei diritti previsti nei rispettivi trattati, nonché strettamente connessi ad aspetti materiali del trattamento

ICSID Case n. ARB/01/8, Award, 12 Maggio 2005, l'investitore privato invoca la clausola MFN contenuta nel BIT tra USA e Argentina per ottenere l'estensione dell'applicazione degli standard di integrale protezione previsti in altri BITs conclusi dall'Argentina con Stati terzi, in quanto ritenuti maggiormente favorevoli, tuttavia il Tribunale ICSID non si sofferma su questa questione poiché ritiene non integrato il criterio dell'*eiusdem generis*; ad una conclusione simile giunge anche il Tribunale ICSDI nella pronuncia *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 420, ove il Tribunale ritiene non sia verificato il requisito della similarità delle situazioni quale requisito necessario per accertare la violazione della clausola MFN; nella pronuncia *Ickale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan (Ickale v. Turkmenistan)*, ICSID Case n. ARB/10/24, Award, 8 marzo 2016, para. 3258 e ss., l'interpretazione del rapporto di similarità è maggiormente rigorosa, il Tribunale ritiene che il requisito costituisca una delimitazione dell'ambito di applicazione della clausola MFN;

⁴⁴ *Emilio Agustín Maffezini v. the Kingdom of Spain (Maffezini v. Spain)*, ICSID Case n. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 Gennaio 2000, l'investitore, mediante il ricorso alla clausola MFN contenuta nel BIT tra Spagna e Argentina, invocava l'applicazione della previsione che disciplina la risoluzione delle controversie all'interno del BIT tra Spagna e Cile, lo Stato convenuto, facendo appello al criterio dell'*eiusdem generis*, ancora l'operatività della clausola all'identità della materia, riferendo la medesima alla disciplina sostanziale o ad aspetti materiali del trattamento degli investitori e ritenendo che una discriminazione possa avvenire solo in connessione a trattamenti economici materiali;

⁴⁵ Argentina – Spagna BIT, 1991, art. X.3(a);

accordato.⁴⁶ In particolare, “traders and investors ... have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts” L’applicazione al caso concreto di questa interpretazione conduce il Tribunale ICSID ad accertare, ulteriormente, che il trattamento invocato con la clausola MFN sia effettivamente più favorevole rispetto a quello previsto dal trattato base e, pertanto, applicabile al beneficiario della stessa.

Questa seconda considerazione determina una dilatazione della clausola MFN che, tuttavia, viene arginata tramite considerazioni di ordine pubblico, che consentono al collegio di tracciare una distinzione tra la legittima estensione di diritti e di benefici in virtù dell’applicazione del trattamento MFN e il deleterio *treaty-shopping*. Specificamente, il beneficiario della clausola non può oltrepassare previsioni che costituiscono espressione di “public policy”, previste dalle parti contraenti il BIT base come fondamentali condizioni per l’accettazione del trattato medesimo.⁴⁷ Pertanto, l’operatività della clausola sembra essere subordinata alla mancanza di una volontà espressa delle parti del BIT in relazione a questioni fondamentali riferite allo specifico trattamento invocato.

Il carattere innovativo della pronuncia è affiancato, tuttavia, da un atteggiamento complessivamente cauto degli arbitri, volto ad impedire un abuso nel ricorso alla clausola MFN, vincolando l’interpretazione fornita alla peculiarità del caso concreto.⁴⁸

L’approccio elaborato dal Tribunale ICSID nella decisione da ultimo menzionata viene ripreso e avvallato da numerose pronunce successive che approfondiscono l’interpretazione fornita in relazione alle specifiche problematiche del caso concreto.⁴⁹

⁴⁶ *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 54-55;

⁴⁷ *Maffezini v. Spain*, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 63;

⁴⁸ ACCONCI, “Most-Favoured-Nation Treatment”, p. 390;

⁴⁹ Ne costituiscono esempi: *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States (Tecmed v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2, Award, 29 Maggio 2003, para. 69 e ss., ove il Tribunale ICSID nega la possibilità di ottenere l’applicazione retroattiva del BIT base mediante l’applicazione della clausola MFN, ritenendo che l’applicazione temporale di un accordo costituisca aspetto di carattere sostanziale per la protezione degli investimenti, riconducibile al fulcro delle questioni che devono essere specificamente negoziate dalle parti; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 94 e ss., ove il Tribunale ICSID riconosce la possibilità di ricondurre la clausola relativa alla risoluzione delle controversie alla protezione accordata agli investitori, tuttavia effettua una precisazione volta a delimitare l’operatività della clausola MFN ritenendo che l’invocazione di un beneficio tramite il ricorso ad essa non comporti l’applicazione di tutte le previsioni del trattato che prevede il primo, ma solo dei trattamenti maggiormente favorevoli; *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic (Camuzzi v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 10 Giugno 2005, para. 34; *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic (Gas Natural v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 Giugno 2005, para. 49; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic (Vivendi v.*

La medesima questione, relativa alla possibilità di applicare la clausola MFN a previsioni di carattere procedurale, viene affrontata con un'interpretazione che appare diametralmente opposta in altre pronunce di Tribunali ICSID, che giungono ad escludere il ricorso al trattamento descritto.

Si riconduce a questo secondo filone la pronuncia relativa alla giurisdizione nella controversia *Salini v. Giordania*. Il Tribunale ICSID esprime il timore che le precauzioni adottate dagli arbitri per delimitare l'estensione della clausola MFN siano difficili da applicare, aggiungendo un elemento di ulteriore incertezza al rischio di *treaty-shopping*.⁵⁰ L'interrogativo relativo alla possibilità di accertare mediante il riferimento alla clausola MFN la sussistenza della giurisdizione ICSID relativamente ad una controversia basata su un contratto di investimento, riceve risposta negativa. Gli argomenti su cui trova fondamento questa decisione sono costituiti dalla specifica formulazione della clausola medesima nel trattato bilaterale base e dalla pratica sviluppata tra i due Stati coinvolti. Non-dimeno, notevole rilievo viene attribuito dal Tribunale ICSID alla ricerca della comune intenzione delle parti diretta a consentire l'estensione del trattamento in analisi alla risoluzione delle controversie.⁵¹

La considerazione della specifica formulazione della clausola MFN nel BIT stipulato tra lo Stato ospitante e lo Stato di nazionalità dell'investitore costituisce il punto di partenza anche della pronuncia sulla giurisdizione relativa alla controversia *Plama v. Bulgaria*, che si pone sulla stessa linea di quella da ultimo citata.⁵² Il Tribunale esclude la possibilità che previsioni attinenti alla risoluzione delle controversie siano considerate parte del BIT base in quanto incorporate in esso tramite la clausola MFN: *"it is one thing to add to the treatment provided in one treaty more favourable treatment provided elsewhere. It is quite another thing to replace a procedure specifically negotiated by parties with an entirely different mechanism."*⁵³ Viene negata la possibilità sia di interpretare tale clausola nel senso di fornire il consenso a sottoporre una controversia insorta dallo specifico BIT ad arbitrato, sia per l'investitore di fare affidamento alle previsioni relative alla risoluzione delle controversie disciplinate in differenti BITs.⁵⁴

Argentina), ICSID Case n. ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 3 Agosto 2006, para. 59, conforme a *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (Suez v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 Maggio 2006, para. 57;

⁵⁰ *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. the Hashemite Kingdom of Jordan (Salini v. Jordan)*, ICSID Case n. ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 29 Novembre 2004, para. 115;

⁵¹ *Salini v. Jordan*, Decision on Jurisdiction, para. 118 e ss.;

⁵² *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (Plama v. Bulgaria)*, ICSID Case n. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 Febbraio 2005;

⁵³ *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 199-209;

⁵⁴ *Plama v. Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, para. 218-227;

Ad analoga conclusione negativa giungono anche altre pronunce di Tribunali ICSID che assumono un atteggiamento decisamente più rigoroso nell'analisi.⁵⁵ Tuttavia, queste pronunce non appaiono contraddire totalmente quelle riconducibili al primo filone se si considerano i contesti in cui sono state formulate. Infatti, nelle prime citate il ricorso alla clausola MFN è diretto ad aggirare ostacoli di natura procedurale, mentre nelle seconde l'invocazione della medesima è volta ad instaurare la giurisdizione ICSID che altrimenti non sussisterebbe. La mera apparenza di questo contrasto sembra trovare coerenza concependo la clausola come la previsione di uno standard il cui contenuto viene definito mediante il riferimento al trattamento di parti terze e non come strumento per creare nuovi diritti ove prima non esistevano.⁵⁶ Tale considerazione, formulata dal Tribunale ICSID nella decisione relativa alla giurisdizione della controversia *Hochtief v. Argentina*, facendo leva sul concetto di “*subject matter*” disciplinato dal BIT in cui è inserita, porta a rispondere positivamente alla possibilità di fare ricorso alla clausola MFN al fine di aggirare requisiti di natura procedurale. Al contrario, viene negata la possibilità di ottenere l'estensione della giurisdizione ICSID ove non sussistente ai sensi del BIT base.⁵⁷

Appare possibile individuare degli elementi che accomunano le diverse pronunce e che consentono di identificare le fasi attraverso le quali si sviluppa l'interpretazione della clausola MFN. La formulazione della medesima all'in-

⁵⁵ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (Wintershall v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/04/14, Award, 8 Dicembre 2008, para. 160 e ss., in questa pronuncia il Tribunale ICSID ritiene che il consenso per iscritto all'arbitrato costituisca il “*cornerstone of the jurisdiction of the Center*”, mentre il requisito dei “diciotto mesi nelle corti interne” viene considerato un passo preliminare essenziale per l'istituzione dell'arbitrato ICSID come parte integrante del consenso dello Stato, tuttavia anche in questa pronuncia la conclusione finale a cui giunge il Tribunale appare determinata dalla considerazione della specifica formulazione della clausola MFN; considerazione analoga viene effettuata anche nella pronuncia *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (Daimler v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/05/1, Award, 22 Agosto 2012, para. 194; contraria al ricorso alla clausola MFN al fine di stabilire la giurisdizione ICSID è anche la pronuncia *Sr. Tza Yap Shum v. Repubblica del Perù (Tza Yap Shum v. Perù)*, ICSID Case n. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 Giugno 2009, para. 189 e ss.;

⁵⁶ *Hochtief A.G. v. The Argentine Republic (Hochtief v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/07/31, Decision on Jurisdiction, 24 Ottobre 2011, para. 79;

⁵⁷ *Hochtief v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, para. 67 e ss.; in particolare invocando la distinzione tra “*jurisdiction*” e “*admissibility*”, il Tribunale afferma come il requisito dei “diciotto mesi nelle corti interne” si limiti ad interporre un periodo di tempo in cui le parti possono definire e riflettere sulle proprie posizioni prima di procedere in via arbitrale, stabilendo una procedura per accedere alla giurisdizione, ma non avente alcun impatto sulla sua estensione e, pertanto, tale requisito viene definito come modalità di esercizio di un diritto che può essere interessato dall'applicazione della clausola; l'interpretazione fornita viene avvallata in numerose pronunce successive: *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagynkezelő Zrt. v. Hungary (AMC v. Hungary)*, ICSID Case n. ARB/12/3, Award, 17 aprile 2015; *Menzies Middle East and Africe S.A. and Aviation Handling Services International Ltd. v. Republic of Senegal (MMEA v. Senegal)*, ICSID Case n. ARB/15/21, Award, 5 Agosto 2016;

terno dei BITs di volta in volta applicabili nella risoluzione della controversia costituisce il punto di partenza, nonché una delle ragioni giustificative delle differenti conclusioni a cui giungono i Tribunali ICSID. In secondo luogo, viene considerato e definito il “*subject matter*” del BIT di riferimento. A questo aspetto si riconnette un terzo elemento, la cui importanza viene rilevata pressoché uniformemente dai Tribunali ICSID, costituito dall'accertamento del rapporto di similarità tra le situazioni, espressione del criterio *eiusdem generis* e carattere imprescindibile del ricorso alla clausola MFN. Un'ultima fase dell'analisi è diretta ad accertare che il trattamento invocato mediante tale clausola sia effettivamente più favorevole di quello previsto nel trattato base.

Un ulteriore elemento che deve generalmente essere considerato nell'indagine delle pronunce ICSID è costituito dalla composizione del collegio arbitrale chiamato a pronunciarsi sulla questione concreta. La presenza di determinati arbitri, infatti, in ragione delle posizioni dottrinali di cui gli stessi sono portatori, nonché dei precedenti collegi a cui hanno preso parte, può influenzare la decisione finale del Tribunale.⁵⁸

2.3 Considerazioni comparative

Dall'analisi effettuata relativa alla prassi applicativa delle clausole MFN contenute tanto negli Accordi OMC, e segnatamente nel GATT, quanto tipicamente nei Trattati Bilaterali relativi alla protezione degli investimenti stranieri, emergono alcune linee interpretative omogenee. Innanzitutto, vi è uniformità nell'individuare lo scopo che dette clausole mirano a realizzare ossia assicurare eguali opportunità di concorrenza, evitando discriminazioni in ragione della diversa origine rispettivamente per i prodotti nell'OMC e per gli investimenti o gli investitori. Tuttavia si nota come, mentre nel commercio la garanzia sia assicurata in maniera omogenea ed incondizionata in relazione alla fase di ingresso del prodotto all'interno di un territorio diverso da quello di origine, nell'ambito degli investimenti l'estensione varia in ragione della volontà degli Stati contraenti i BITs, espressa mediante la formulazione della clausola. In questi ultimi strumenti internazionali appare, pertanto, sussistere uno spazio per una contenuta discriminazione, non difforme dallo scopo dei BITs di rendere il territorio statale attrattivo per gli investimenti stranieri. Infatti, in alcuno dei due sistemi

⁵⁸ Esempi della rilevanza di questo elemento sono costituiti dalle pronunce sulla giurisdizione delle controversie *Salini v. Giordania* e *Impregilo v. Pakistan* ove l'adesione della seconda decisione alla prima si ritiene in parte riconducibile alla coincidenza di due dei tre arbitri che componevano il collegio; anche le pronunce *Camuzzi v. Argentina*, *Gas Natural v. Argentina*, *Vivendi v. Argentina* e *Suez v. Argentina* vedono ripetersi nella composizione del collegio la presenza di alcuni arbitri;

la discriminazione risulta vietata in modo assoluto, al contrario è ammessa purché giustificata da ragioni obiettive.

Uniformità si rileva anche con riferimento al fulcro dell'applicazione della clausola costituito dall'esigenza che il trattamento invocato sia effettivamente più favorevole rispetto a quello concesso alla merce di origine estera o all'investitore di nazionalità dello Stato che lo invoca. Chiaramente, in entrambi i contesti, l'accertamento del requisito menzionato viene operato caso per caso, in relazione alla questione concreta.

Inoltre, il giudizio sulla effettiva vantaggiosità del trattamento invocato è logicamente preceduto da un'indagine sull'identificazione del "*subject matter*" e sulla riconducibilità della misura contenziosa, a seconda del caso, all'ambito di applicazione dell'Articolo I del GATT o alla specifica clausola MFN nel BIT applicabile. Questo aspetto della questione a sua volta presuppone l'accertamento del criterio *eiusdem generis*.

Viceversa, per quanto attiene specificamente all'analisi della portata della clausola, emergono approcci e interpretazioni diverse, riconducibili all'ampiezza della formulazione che essa ha nell'Articolo I del GATT rispetto a quella che si può ricavare dalla molteplicità di modelli offerti dai vari accordi bilaterali sugli investimenti, frutto di attenti negoziati tra Stati il cui esito è determinato, talvolta, da compromessi. Oltre a questa interpretazione, si nota la spesso ricorrente distinzione tra questioni di tipo sostanziale ed aspetti procedurali o giurisdizionali che emerge nell'ambito degli investimenti, diversamente da quanto si rileva nel settore del commercio. Una ragione di questa differenza appare riconducibile all'esistenza di un sistema di giurisdizione esclusiva, accentrato e uniforme nell'ambito dell'OMC, al quale si contrappone una molteplicità di meccanismi di risoluzione delle controversie insorte dall'applicazione dei Trattati Bilaterali relativi agli Investimenti.

Lo sviluppo di una giurisprudenza costante in seno all'OMC, circa la portata della clausola MFN è determinato anche dall'esistenza di un Organo permanente di Appello, che ha senza dubbio fornito un elemento di stabilità e quindi di uniformità interpretativa. Al contrario, la natura *ad hoc* dell'arbitrato, l'inesistenza di un organo di appello e le accennate diversità nelle formulazioni con cui la clausola trova espressione nei BITs, incidono sulla stabilità delle interpretazioni fornite dai Tribunali ICSID.

Infine, l'analisi sin qui svolta ha dimostrato che analogamente al sistema multilaterale del commercio, anche nel settore degli investimenti gli Stati tendono a prevedere eccezioni e riserve all'applicazione del trattamento MFN, in ragione dell'esigenza di tutelare possibili interessi generali. Tuttavia, nel settore degli investimenti ciascuno Stato ha la possibilità di calibrare, entro una certa

misura, l'ambito di applicazione della clausola e la portata della stessa al momento della negoziazione dell'accordo nel quale è inserita. Questa eventualità, pur se astrattamente configurabile, risulta grandemente limitata nel sistema del commercio internazionale in ragione del carattere multilaterale e non bilaterale delle negoziazioni.

3. Il Trattamento Nazionale

Una delle questioni fondamentali che il diritto internazionale si preoccupa di disciplinare attiene alla possibilità e alle modalità mediante le quali uno Stato sovrano si rapporta ad un soggetto straniero che si trovi nella sua giurisdizione.⁵⁹ Il Trattamento Nazionale, in particolare, si riconduce a questo ambito in quanto espressione positiva del principio di non discriminazione in ragione della nazionalità.

Le *rationes* sottostanti alle previsioni che costituiscono declinazione del Trattamento Nazionale evidenziano come i trattamenti non discriminatori siano volti ad assicurare che il mercato interno non sia isolato dalla competizione internazionale, nonché promuovono relazioni multilaterali prevenendo l'insorgere di conflitti.⁶⁰

L'obbligazione del Trattamento Nazionale, parimenti alla clausola MFN, non sancisce uno standard assoluto o minimo, al contrario costituisce una scatola vuota il cui contenuto sostanziale è determinato in relazione al trattamento offerto a qualcosa o qualcun altro.⁶¹

L'analisi diretta a verificare la corretta applicazione del Trattamento Nazionale presenta dei tratti corrispondenti all'indagine svolta in relazione alla clausola MFN. Le questioni insorte sono parzialmente coincidenti, con la conseguente estendibilità dell'approccio elaborato nell'ambito dell'analisi di quest'ultima.⁶² Infatti, anche il Trattamento Nazionale richiede la comparazione tra due fattori, uno nazionale ed uno straniero, entrambi individuati nel trattato, in secondo luogo è richiesta la sussistenza di un rapporto di similarità tra i termini della comparazione. L'analisi del trattamento e la sua configurazione quale "*less favourable*" sono ulteriori elementi che accomunano le due discipline.

L'elemento intenzionale della discriminazione costituisce una differenzia-

⁵⁹ WEILER TODD, "The Interpretation of International Investment Law – Equality, Discrimination and Minimum Standards of Treatment in Historical Context", Leiden, 2013, p. 1;

⁶⁰ NEWCOMBE, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties – Standards of Treatment", p. 147-148;

⁶¹ NEWCOMBE, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 148;

⁶² FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1336, 1449;

zione nell'analisi del principio sia rispetto alla clausola MFN, sia anche all'interno della disciplina prevista dal GATT in comparazione con le previsioni contenute nei BITS.

Analogamente alla clausola MFN, il trattamento in analisi si pone in correlazione con l'autonomia normativa degli Stati, potendo costituire un limite sostanziale alla discrezionalità dei medesimi nell'adozione di misure che si concretizzano in trattamenti differenti tra i propri nazionali e soggetti stranieri.⁶³ Questa problematica trova un temperamento mediante la previsione di eccezioni che consentono allo Stato di effettuare un bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'effettività della non discriminazione e l'attuazione di politiche nazionali di rilievo primario, espresse in apposite disposizioni derogatorie.⁶⁴

3.1 Il Trattamento Nazionale nell'OMC

Tra i principi fondativi della disciplina multilaterale del commercio, come già ricordato, il Trattamento Nazionale è disciplinato dall'Articolo III GATT, in base al quale i Membri sono tenuti ad accordare ai prodotti provenienti dai territori OMC un trattamento fiscale e regolamentare non meno favorevole di quello previsto per i prodotti similari nazionali. Invero, il duplice scopo di tale previsione, complementare alla clausola MFN, è volto, innanzitutto, ad evitare l'adozione ad opera dei Membri di misure interne di carattere protezionistico per assicurare l'eguaglianza delle condizioni di concorrenza tra prodotti importati e prodotti similari nazionali.⁶⁵ In secondo luogo, la previsione è diretta a garantire che l'adozione di misure fiscali interne non si sostanzia in una vanificazione delle concessioni tariffarie negoziate dagli Stati,⁶⁶ ugualmente la norma trova applicazione anche con riferimento ai prodotti per i quali tali concessioni non sono state negoziate.⁶⁷

Si sottolinea altresì in questo contesto come il Trattamento Nazionale non

⁶³ VINUESA RAUL E., "National Treatment, Principle", Max Plank Encyclopedia of Public International Law, 2011, para. 66; DIEBOLD Nicolas F., "Non-Discrimination in International Trade in Services", Cambridge, 2010, p. 17;

⁶⁴ Tale sistema di pesi e contrappesi trova esplicita e generale previsione nell'Articolo XX del GATT, mentre nella disciplina degli investimenti internazionali è necessario considerare il singolo BIT applicabile poiché le eccezioni sono oggetto di specifico negoziato ad opera degli Stati parte del medesimo;

⁶⁵ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 16; *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 102; *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products (EC – Asbestos)*, WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 Marzo 2001, para. 98;

⁶⁶ DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 59-60; HORN Henrik, "National Treatment in the GATT", *The American Economic Review*, vol. 96, 2006, p. 394, a p. 398;

⁶⁷ VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 345;

sia diretto a proteggere le aspettative relative al volume di affari: la sua violazione è indipendente dall'effetto sul commercio della misura nazionale, che non costituisce un elemento dell'analisi.⁶⁸ La norma non richiede nemmeno la previsione di un trattamento dei prodotti esteri coincidente con quello garantito ai prodotti nazionali, bensì postula che questi ultimi non siano trattati in modo meno favorevole dei primi, lasciando uno spazio per una eventuale discriminazione al contrario.⁶⁹ L'obbligazione che sorge nei confronti dei Membri, infatti, è diretta a prevedere l'uguaglianza delle opportunità di concorrenza per i prodotti importati e per quelli nazionali, proteggendo le aspettative di un rapporto concorrenziale equo.⁷⁰

L'obbligo del Trattamento Nazionale si applica, come noto, solo alle misure interne allo Stato; specificamente affinché sia assoggettata alla norma in esame, l'obbligazione dettata dalla normativa nazionale deve sorgere in ragione di un evento interno.⁷¹ Tale considerazione rende apprezzabile la parziale complementarità dell'Articolo I e dell'Articolo III GATT: il primo sancisce il divieto di discriminazione mediante l'imposizione di barriere all'ingresso o all'uscita del prodotto dal territorio di uno Stato Membro, la seconda previsione garantisce la medesima condizione nella fase successiva, relativa alla circolazione interna dei beni.

Specificamente, le misure interne di cui si occupa l'Articolo III sono di due tipologie: misure di natura fiscale, disciplinate dal paragrafo 2, e misure di natura regolamentare, oggetto del paragrafo 4, intendendosi con queste ultime le regole che disciplinano l'acquisto, la vendita, la circolazione, la distribuzione e l'utilizzo delle merci di origine straniera nel mercato interno. Mediante questa distinzione viene ulteriormente chiarita la differenza dell'ambito applicativo della clausola in analisi rispetto a quella precedentemente analizzata. Evidente è la maggiore circoscrizione del Trattamento Nazionale, rispetto all'ampiezza e genericità della clausola MFN, che emerge anche dalla diversa disciplina dettata per le due tipologie di misure interne regolate. Nondimeno, resta immutata la struttura dell'analisi, che ricalca quella elaborata nell'applicazione della clausola MFN.⁷²

L'Articolo III distingue ulteriormente le misure disciplinate in ragione del rapporto sussistente tra il prodotto nazionale e il prodotto importato. Per quanto attiene alle misure di natura fiscale, la norma richiede la sussistenza di un rap-

⁶⁸ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 16;

⁶⁹ FOCARELLI, "Trattato di Diritto Internazionale", p. 1331;

⁷⁰ WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 128;

⁷¹ *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts (China – Auto Parts)*, WT/DS339, 340, 342/AB/R, Report of the Appellate Body, 15 Dicembre 2008, para. 162;

⁷² WOLFRUM, STOLL, HESTERMEYER, "WTO – Trade in Goods", p. 129, 137, 143; VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 351, 365, 376;

porto di similarità o, alternativamente, di diretta concorrenza o sostituibilità.⁷³ Diversamente, nelle regolamentazioni disciplinate al paragrafo 4 è considerato esclusivamente il rapporto di similarità tra i prodotti.⁷⁴ Pertanto, si rileva come la disciplina prevista dall'Accordo non sia diretta ad evitare qualsiasi genere di discriminazione basata sulla nazionalità del prodotto, bensì l'ambito di applicazione del divieto è soggetto a delimitazioni determinate in ragione della natura della misura, della sua tipologia e del rapporto sussistente tra prodotti nazionali e importati.

Sia le misure fiscali che quelle regolamentari vengono definite in modo generico, tale da ricondurvi potenzialmente un'ampia gamma di tassazioni⁷⁵ o di normative interne⁷⁶ in grado di incidere sul mercato di riferimento, modificando le condizioni di concorrenza. Questa genericità, che spesso accompagna la formulazione delle previsioni negli Accordi OMC, è espressione dell'esigenza di ricomprendere nell'ambito di applicazione misure e condotte che possono essere adottate da qualsiasi Stato Membro, con differenti gradi di sviluppo, forme di governo e ordinamenti interni, che richiedono l'elaborazione di norme capaci di adattarsi alle peculiarità di ciascuno.

Proprio a motivo di questa diversità, anche nell'applicazione della norma che disciplina il Trattamento Nazionale è emersa la problematica attinente alla definizione del rapporto di similarità tra il prodotto importato e quello interno.

⁷³ GATT, Articolo III, paragrafo 2 e Ad Articolo III, paragrafo 2;

⁷⁴ GATT, Articolo III, paragrafo 4;

⁷⁵ Sono state considerate misure di natura fiscale: imposte sul valore aggiunto nella controversia *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines (Thailand – Cigarettes (Philippines))*, WT/DS371/R, Report of the Panel, 15 Novembre 2010, para. 7.412 e ss.; imposte sulle vendite nella pronuncia *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sales of Cigarettes (Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes)*, WT/DS302/R, Report of the Appellate Body, 26 Novembre 2004, para. 7.327 e ss.; accise in diverse pronunce tra cui *Japan – Alcoholic Beverages II*, Panel Report, para. 6.11 e ss. e *Canada – Periodicals*, Appellate Body Report, p. 20 e ss.; tassazioni imposte a materie prime utilizzate nel procedimento di realizzazione di altri prodotti nella decisione *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (Mexico – Taxes on Soft Drinks)*, WT/DS308/R, Report of the Panel, 7 Ottobre 2005, para. 8.152;

⁷⁶ Sono state qualificate misure normative ai sensi dell'Articolo III, paragrafo 4: requisiti interni relativi alla commercializzazione di sigarette importate nella controversia *Domenican Republic – Import and Sale of Cigarettes*, Panel Report, para. 7.170; normative disciplinanti i canali di distribuzione di quotidiani e periodici importati nella decisione *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (China – Publications and Audiovisual Products)*, WT/DS363/R, Report of the Panel, 12 Agosto 2009, para. 7.1513; normative relative alla distribuzione di licenze per l'importazione di prodotti tra gli operatori all'interno del mercato di riferimento nella pronuncia *EC- Bananas III*, Appellate Body Report, para. 211; requisiti di contenuto locale rivolti agli operatori economici al fine dell'ottenimento di vantaggi interni nella decisione *India – Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (India – Solar Cells)*, WT/DS456/R, Report of the Panel, 24 Febbraio 2016, para. 7.88;

È stato affermato come, l'analisi di tale rapporto, sia fondamentalmente una determinazione relativa alla natura e all'entità della relazione di concorrenza tra i prodotti.⁷⁷ Sebbene i criteri adottati per tale accertamento siano gli stessi, applicati altresì in relazione all'Articolo I, il risultato a cui conducono può essere diverso.⁷⁸ In particolare, nel contesto dell'Articolo III la fisarmonica della similarità si estende in modo differente: la definizione di prodotto simile contenuta nel paragrafo 4 è più ampia della prima parte del secondo paragrafo, ma più ristretta di quella determinata dalla combinazione di entrambe le frasi di quest'ultimo.⁷⁹ Precisamente, i prodotti simili sono considerati un sottoinsieme dei prodotti "*directly competitive or substituable*", mentre questi ultimi sono considerati prodotti tra loro intercambiabili o che offrono modalità alternative per soddisfare un particolare bisogno o gusto.⁸⁰

Un ulteriore elemento che porta a distinguere l'analisi dell'Articolo III nelle tre diverse previsioni che contiene è costituito dalla discriminazione, qualificata utilizzando tre terminologie differenti che portano apparentemente a definire il principio in analisi secondo altrettante declinazioni, in ragione della misura interna considerata e del rapporto sussistente tra i prodotti.

Specificamente, l'analisi della norma porta a rilevare come la discriminazione dei prodotti necessaria affinché si possa ritenere violata la clausola appaia graduata in modo decrescente. Mentre considerando le misure fiscali è sufficiente che sia generata una qualsiasi variazione anche minima tra il prodotto importato e il prodotto nazionale simile per la sussistenza di una discriminazione,⁸¹ qualora siano coinvolti prodotti che si trovano in un rapporto di diretta concorrenza o sostituibilità la modifica deve superare un livello minimo, non definito dalla norma, ma determinato in ragione del caso concreto dagli organi investiti della risoluzione della controversia.⁸² Infine, con riferimento al quarto

⁷⁷ *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 99; *Philippines – Taxes on Distilled Spirits (Philippines – Distilled Spirits)*, WT/DS396, 403/AB/R, Report of the Appellate Body, 21 Dicembre 2011, para. 170;

⁷⁸ Si vedano a titolo di esempio *Philippines – Distilled Spirits*, Appellate Body Report, para. 198 e ss.; *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 137; un'analisi critica dei criteri adottati per l'accertamento dei rapporti disciplinati nell'Articolo III.2 si trova in HORN HENRIK, MAVROIDIS PETROS C., "Still Hazy after All These Years: The Interpretation of National Treatment in the GATT/WTO Case-law on Tax Discrimination", *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, p. 39, a p. 59-67;

⁷⁹ *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 95-99;

⁸⁰ *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 115-120; si occupa in modo approfondito del rapporto di similarità DIEBOLD, "Non-Discrimination in International Trade in Services", p. 104-117; con riferimento al rapporto di diretta concorrenza e sostituibilità CHOI Won-Mog, "Like Products in International Trade Law", New York, 2003;

⁸¹ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 26-27; *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather (Argentina – Hides and Leather)*, WT/DS155/R, Report of the Panel, 19 Dicembre 2000, para. 11.245;

⁸² *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 27; *Canada – Periodicals*, Appellate

paragrafo, sebbene sia sufficiente la presenza di un margine di distinzione tra il prodotto importato e quello nazionale simile anche minimale, una discriminazione mediante l'adozione di misure di carattere normativo richiede l'ulteriore elemento della produzione di un effetto negativo, anche meramente potenziale, sulle opportunità di concorrenza.⁸³

Ai fini dell'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale, pertanto, sono stati elaborati tre test, le cui diverse fasi sono tra loro corrispondenti. Innanzitutto, è richiesta la preliminare verifica della riconducibilità della misura ad una di quelle disciplinate dall'Articolo III. In secondo luogo, deve essere accertata la sussistenza del rapporto prescritto dalla specifica previsione, ossia la similarità o la diretta concorrenza o sostituibilità. La terza fase dell'analisi richiede poi la verifica della discriminazione secondo la diversa gradazione analizzata. Quest'ultima fase, tuttavia, nell'applicazione della seconda parte del paragrafo 2, esige un accertamento oggettivo ed esplicito della natura non neutrale della misura interna;⁸⁴ mentre, con riferimento alla previsione del paragrafo 4, l'indagine comprende anche la verifica dell'effetto negativo prodotto dalla misura normativa interna sulle opportunità di concorrenza.⁸⁵ In quest'ultimo caso, non risulta necessario accertare la sussistenza dell'effetto protezionistico della misura stessa sulla produzione nazionale.

L'analisi condotta con riferimento alla disciplina del Trattamento Nazionale all'interno dell'OMC porta a rilevare la mancanza di una previsione uniforme volta ad evitare differenze di trattamento dei prodotti nel sistema multilaterale del commercio. Al contrario appare potersi confermare la natura di scatola vuota della clausola, il cui contenuto sostanziale è determinato dalla combinazione di diversi elementi. Ogni prodotto è tutelato dalla discriminazione non in quanto tale, bensì in ragione del rapporto in cui si trova con il prodotto nazionale, nonché della tipologia di misura interna che viene in rilievo nel caso concreto. Ne consegue che a parità di rapporto tra i prodotti, l'adozione di misure analoghe ad opera di Membri diversi può integrare la violazione del Trattamento Nazionale in alcuni casi e non in altri, in dipendenza del trattamento accordato al prodotto interno.

Body Report, para. 474;

⁸³ *US – Gasoline*, Panel Report, para. 6.25; *EC – Asbestos*, Appellate Body Report, para. 100; *Thailand – Cigarettes (Philippines)*, Appellate Body Report, para. 135; *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef (Korea – Various Measures on Beef)*, WT/DS161,169/AB/R, Appellate Body Report, 11 Dicembre 2000, par. 137;

⁸⁴ *Japan – Alcoholic Beverages II*, Appellate Body Report, p. 28-29; *Chile – Taxes on Alcoholic Beverages (Chile – Alcoholic Beverages)*, WT/DS87, 110/AB/R, Report of the Appellate Body, 13 Dicembre 1999, para. 71; *Korea – Alcoholic Beverages*, Appellate Body Report, para. 149-150; si veda anche HORN, MAVROIDIS, "Still Hazy After All These Years", p. 47-48;

⁸⁵ VAN DEN BOSSCHE, ZDOUC, "The Law and Policy of the World Trade Organization", p. 390-391;

3.2 Il Trattamento Nazionale negli arbitrati ICSID

Il Trattamento Nazionale costituisce uno degli standard previsti negli accordi che disciplinano gli investimenti internazionali, inizialmente inserito sulla spinta dei sostenitori della dottrina Calvo⁸⁶ e modernamente accolto come aspetto necessario finalizzato a tutelare gli investitori da discriminazioni determinate in ragione della nazionalità. Tale trattamento, infatti, è diretto a garantire che gli investitori e gli investimenti stranieri siano trattati in modo non meno favorevole rispetto ai nazionali. Tuttavia, il corretto ambito di applicazione e l'esatta estensione del divieto di discriminazione dipendono dalla concreta formulazione della clausola all'interno dei trattati.

Nell'ambito dei BITs, analogamente alla disciplina OMC, il trattamento in analisi ha come ulteriore scopo quello di assicurare l'eguaglianza delle opportunità di concorrenza tra l'investitore e l'investimento straniero e i corrispondenti nazionali e, specificamente, mira a garantire *"equality before the law and equal administration of the law and equal protection of the law"*.⁸⁷

La considerazione che appare immediata è una minore contestazione della sua violazione in comparazione con la notevole frequenza con cui l'Articolo III GATT è invocato dinanzi agli organi di risoluzione delle controversie OMC. Nondimeno, le controversie ICSID in cui viene esaminato il Trattamento Nazionale appaiono crescere negli ultimi decenni, in linea sia con l'esponentiale espansione del ricorso all'arbitrato disciplinato dalla Convenzione, sia con la maggiore diffusione della clausola che lo prevede all'interno dei BITs, quale completamento degli obiettivi di non discriminazione sanciti mediante il Trattamento della Nazione Maggiormente Favorita.⁸⁸

Le due clausole, invero, sono frequentemente disciplinate attraverso la medesima disposizione, con formulazioni che variano nei singoli BITs. In linea generale, tali previsioni sanciscono che ogni Stato contraente garantisca agli investimenti, agli investitori e alle attività ad essi associate un trattamento non meno favorevole di quello accordato in situazioni o circostanze similari agli

⁸⁶ Brevemente, gli Stati sostenitori di tale dottrina, in aperto contrasto con lo sviluppo e l'impostazione di standard minimi internazionali, contestavano l'attribuzione di uno statuto speciale agli stranieri che operavano all'interno del proprio territorio, che poteva risultare in un migliore trattamento ad essi garantito rispetto a quello attribuito ai propri nazionali, mirando inoltre a garantire l'attuazione del proprio sistema giuridico quale corollario della sovranità territoriale; DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 66; VINUESA, "National Treatment, Principles", para. 13-16; WEILER, "The Interpretation of International Investment Law", p. 333 e ss.;

⁸⁷ NEWCOMBE, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 151; KURTZ Jürgen, "The WTO and International Investment Law – Converging Systems", Cambridge, 2016, p. 85;

⁸⁸ BJORKLUND ANDREA K., "National Treatment", in REINISCH August, "Standards of Investment Protection", Oxford, 2008, p. 29, a p. 36; DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 67;

investimenti, agli investitori e alle attività dei propri cittadini, espressione del Trattamento Nazionale, o di cittadini di qualsiasi Stato terzo, formulazione della clausola MFN.⁸⁹

Sebbene lo scopo finale che le parti mirano a realizzare con i trattati che disciplinano gli investimenti consista nell'accrescimento dello sviluppo economico di ciascuno Stato, la garanzia di non discriminazione in questo contesto è volta alla tutela dei singoli, investimenti o investitori, e non a favore della globalità degli Stati, come invece avviene all'interno dell'OMC.⁹⁰

Questa parziale distinzione nella determinazione dello scopo a cui il Trattamento Nazionale è diretto nei due sistemi, comporta un diverso approccio nell'accertamento della violazione della norma. Nell'ambito degli investimenti internazionali non assumono rilevanza centrale le astratte opportunità di concorrenza, elemento fondamentale invece nel sistema OMC. Al contrario, il principio di non discriminazione negli investimenti è diretto a proteggere gli investitori da azioni in grado di incidere negativamente sull'eguaglianza delle effettive condizioni di concorrenza.⁹¹ Di primaria importanza, invero, è la sussistenza di un danno nei confronti dell'investimento o dell'investitore, elemento che non solo non è contemplato nell'analisi dell'Articolo III GATT, ma non assume alcun rilievo nel sistema multilaterale del commercio. Questa struttura è conforme e coerente con l'esito finale dei procedimenti di risoluzione delle controversie nei due settori: mentre il procedimento in seno all'OMC non è tanto diretto a porre rimedio al danno eventualmente subito dagli Stati Membri in ragione delle violazioni commesse da altri, quanto piuttosto a ristabilire gli equilibri sanciti negli Accordi attraverso l'eliminazione o la modifica della misura con essi contrastante; il rimedio ultimo garantito mediante il ricorso all'arbitrato in tema di investimenti consiste proprio nel risarcimento del danno subito dall'investitore in ragione della violazione.

Diversamente dal sistema OMC, le clausole che definiscono il Trattamento Nazionale nei BITs non delimitano l'ambito di applicazione a determinate tipologie di misure interne, bensì contengono una formulazione ampia e generica volta a coprire qualsiasi condotta che può essere adottata dallo Stato ospitante in grado di incidere sull'oggetto della tutela, ossia l'investimento, l'investitore o entrambi. Ne consegue che la garanzia di non discriminazione nella tutela degli investimenti stranieri è potenzialmente più ampia e generica di quella prevista per i prodotti importati secondo la disciplina dettata dal GATT.

Anche nel contesto del Trattamento Nazionale, come rilevato con riferi-

⁸⁹ Si veda a titolo di esempio la pronuncia *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania* (*Parkerings v. Lithuania*), ICSID Case n. ARB/05/8, Award, 11 Settembre 2007, para. 367;

⁹⁰ Esempio nel sottolineare questo aspetto è la pronuncia *Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt* (*Champion Trading v. Egypt*), ICSID Case n. ARB/02/9, Award, 27 Ottobre 2006, para. 126;

⁹¹ NEWCOMBE, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 188;

mento alla clausola MFN, è ripresa la distinzione relativa all'estensione temporale della garanzia. Il divieto di discriminazione dell'investitore o dell'investimento straniero può essere esteso a comprendere il diritto di ingresso e di stabilimento all'interno dello Stato ospitante, conformemente al modello *pre-entry*;⁹² oppure, come avviene nella maggior parte dei casi, può essere previsto con riferimento ad una fase successiva, subordinando l'accesso nel territorio dello Stato al rispetto delle condizioni sancite dalla normativa nazionale, secondo il modello *post-entry*.⁹³

Con la seconda formulazione, pertanto, viene delimitata l'estensione del divieto soltanto alla fase relativa all'operatività dell'investimento straniero, mentre la fase antecedente resta sottoposta alla normativa nazionale. Il corrispondente trattamento sancito all'interno del GATT, sebbene riferito esclusivamente alle norme interne, non implica una delimitazione temporale della garanzia di non discriminazione grazie alla complementare disciplina delle barriere all'ingresso dei territori OMC contenuta negli Articoli I e II.

Senza dubbio le condotte statali che possono costituire violazione del Trattamento Nazionale sono molto varie, ma una loro delimitazione è costituita dalla necessità che le stesse siano in grado di incidere sull'operazione effettuata dall'investitore. Diversamente da quanto avviene nell'ambito del sistema OMC ove la qualificazione della misura contestata è fondamentale, l'accertamento di questo aspetto non viene effettuato in modo autonomo dai tribunali arbitrali, bensì appare implicito nell'analisi complessiva della norma e, specificamente, riconducibile alle ulteriori fasi del procedimento.⁹⁴

Il rapporto di similarità, di cui è richiesta la sussistenza ai fini dell'accertamento della violazione del Trattamento Nazionale ad opera dei Tribunali ICSID, si differenzia dal corrispondente in seno all'OMC in ragione dei termini della comparazione. Questi ultimi, nel contesto degli investimenti internazionali, sono costituiti non tanto dall'oggetto del trattamento, bensì dalle situazioni o circostanze in ragione delle quali lo stesso viene accordato. Gli ulteriori rapporti di diretta concorrenza o sostituibilità previsti nella disciplina OMC, non assumono alcuna rilevanza nell'ambito degli investimenti proprio in ragione del termine di paragone individuato. Invero, la clausola risulta violata solo se sono trattate in modo dissimile situazioni analoghe, mentre un'eventuale differenza di queste ultime determina la non applicabilità del divieto.⁹⁵

⁹² Esempi di modelli *pre-entry* sono costituiti dal *Canada Model BIT*, 2004, art. 3; *US Model BIT*, 2012, art. 3;

⁹³ Esempi di modelli *post-entry* sono integrati dal *German Model BIT*, 2008, art. 3.1; *French Model BIT*, 2006, art. 4.1; *Dutch Model BIT*, 2004, art. 3.2; *Italy Model BIT*, 2003, art. III.1;

⁹⁴ Tale aspetto emerge chiaramente nella pronuncia *Champion Trading v. Egypt*, Award, para. 127-128; il medesimo schema dell'analisi è confermato anche nella pronuncia *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 386-390;

⁹⁵ questo aspetto è esplicitato nelle pronunce dei Tribunali arbitrali, esempio è costituito da *Champion Trading v. Egypt*, Award, para. 130;

L'assenza di un espresso riferimento al rapporto di similarità nella norma che prevede il Trattamento Nazionale all'interno dei BITs non può essere interpretata nel senso di escludere un accertamento del requisito ai fini della violazione della clausola, poiché è connaturata al divieto di discriminazione la necessità della comparabilità delle situazioni.⁹⁶

Le questioni più complesse nell'accertamento della violazione attengono proprio all'individuazione del termine di paragone e all'indagine sulla sussistenza del rapporto di similarità. Invero, molte delle controversie portate all'attenzione dei Tribunali ICSID si sono arrestate a questa fase dell'analisi in seguito all'accertamento della non similarità delle situazioni.⁹⁷

Di interesse in questo contesto è la possibilità di ricorrere ai criteri elaborati nell'ambito del commercio internazionale al fine di accertare la sussistenza del rapporto menzionato. Questa possibilità è stata espressamente presa in considerazione dal Tribunale ICSID nella controversia *Bayindir v. Pakistan*, ove ha ottenuto una chiara ed esplicita risposta negativa.⁹⁸ Indipendentemente da questa conclusione, l'interrogativo che sorge attiene all'effettiva sussistenza di differenze tra i criteri applicati dai Tribunali ICSID e quelli elaborati dalla giurisprudenza OMC. Il riferimento ad alcuni di questi criteri porta ad una risposta negativa in ragione della diversità dei termini di paragone, tuttavia, si potrebbe giungere ad una differente conclusione considerando il rapporto di concorrenza. Infatti, questo criterio, rilevante nell'ambito dell'OMC, appare adattarsi anche alla disciplina del Trattamento Nazionale negli investimenti internazionali, oltre ad essere stato preso in considerazione da alcuni collegi arbitrali.⁹⁹

⁹⁶ NEWCOMBE, PRADELL, "The Law and Practice of Investment Treaties", p. 161, in particolare l'opera richiama "Draft Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text", OECD, 22 Aprile 1998, DFFE/MAI(98)8/REV1, a p. 11, ove tale aspetto è espressamente menzionato: "National Treatment and MFN treatment are comparative terms. Some delegations believed that the terms for national treatment and MFN treatment implicitly provide the comparative contest for determining whether a measure discriminates against foreign investors and their investments; they considered that the words "in like circumstances" were unnecessary and open to abuse. Other delegations believed that the comparative context should be spelled out and thus inclusion of the phrase "in like circumstance". Examples of the inclusion of a specific reference are found in the NTI, some BITs and NAFTA. Examples of no specific reference are found in some other BITs and the ECT"; una conferma dell'interpretazione espressa si rileva nella decisione *Total S.A. v. Argentine Republic (Total v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 Dicembre 2010, para. 210;

⁹⁷ Ne costituiscono esempi: *Consortium RFCC v. Royaume Du Maroc (RFCC v. Marocco)*, ICSID Case n. ARB/00/6, Award, 22 Dicembre 2003, para. 74-75; *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 400-411; *Renée Rose Levy de Levi v. Republic of Perù (De Levi v. Perù)*, ICSID Case n. ARB/10/17, Award, 26 Febbraio 2014, para. 395-404; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic (Urbaser v. Argentina)*, ICSID Case n. ARB/07/26, Award, 8 Dicembre 2016, para. 1090-1101;

⁹⁸ Il Tribunale ICSID ha affermato "the national treatment clause in Article II(2) must be interpreted in an autonomous manner independently from trade law consideration", *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 389;

⁹⁹ La sussistenza di una relazione di concorrenza tra l'investitore straniero e l'operatore nazionale

La coincidenza del settore economico o di operatività dell'attività condotta dall'investitore straniero e dall'operatore nazionale comportano l'esistenza di una relazione di concorrenza che, tuttavia, non determina l'automatico accertamento del rapporto di similarità.¹⁰⁰ A tal fine, infatti, è opportuna una considerazione più ampia dell'intera situazione concreta, comprensiva dei termini delle relazioni contrattuali accordate dallo Stato ospitante rispettivamente all'investitore straniero e a quelli nazionali, dell'ampiezza e importanza dell'operazione condotta, di valutazioni di natura sociale o politica pubblica.¹⁰¹ L'approccio casistico, affermato dalla giurisprudenza OMC con riferimento al requisito della similarità, appare rilevabile anche nell'ambito delle pronunce dei Tribunali IC-SID che hanno elaborato criteri differenti per l'accertamento del rapporto.¹⁰² Ne consegue l'impossibilità di escludere a priori la rilevanza dei criteri elaborati in seno alla giurisprudenza OMC nell'ambito dell'analisi relativa al Trattamento Nazionale negli investimenti, tra questi rientra il menzionato rapporto di concorrenza.

La fase successiva dell'esame della clausola richiede l'indagine della condotta posta in essere dallo Stato ospitante l'investimento. Specificamente, la discriminazione sussiste nel caso in cui lo Stato accordi un trattamento differente all'investitore straniero rispetto a quello previsto per il corrispondente nazionale, a danno del primo. Lo specifico standard di trattamento richiesto e la sua maggiore o minore rigidità dipendono dalla formulazione all'interno del BIT applicabile. Nella maggior parte dei casi la clausola richiede un trattamento "no less favourable"¹⁰³ oppure proibisce il trattamento "less favourable",¹⁰⁴ ma non sono infrequenti anche espressioni quali "same treatment" o il più rigoroso "treatment as favourable as", che non ammette neanche discriminazioni al contrario.¹⁰⁵

viene analizzata nella pronuncia *Champion Trading v. Egypt*, Award, para. 154; sono riconducibili all'identificazione di un rapporto di concorrenza anche i criteri utilizzati nella pronuncia *De Levi v. Perù*, Award, para. 396; *Total v. Argentina*, Decision on Liability, para. 210;

¹⁰⁰ NEWCOMBE, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 164-164; DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 72; DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", p. 200;

¹⁰¹ *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 403-411; *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala (RDC v. Guatemala)*, ICSID Case n. ARB/07/23, Award, 29 Giugno 2012, para. 153; *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1097;

¹⁰² Il ricorso ad un approccio casistico nell'accertamento del rapporto di similarità nella disciplina del Trattamento Nazionale è visto con favore anche nel documento elaborato dell'UNCTAD, "National Treatment", p. 33;

¹⁰³ *US Model BIT*, 2012, art. 3; *Canada Model BIT*, 2004, art. 3; *French Model BIT*, 2006, art. 4; *Dutch Model BIT*, 2004, art. 3.2; *Italy Model BIT*, 2003, art. III.1;

¹⁰⁴ *UK Model BIT*, 2008, art. 3; *German Model BIT*, 2008, art. 3.2;

¹⁰⁵ UNCTAD, "National Treatment", p. 35;

Nelle analisi sviluppate dai Tribunali ICSID, diversamente rispetto a quanto emerso nella giurisprudenza OMC, assume importanza l'effetto della condotta dello Stato sull'investimento o sull'investitore. Infatti, gli arbitri valutano la situazione concreta realizzata, a nulla rilevando risultati o effetti meramente potenziali.¹⁰⁶ L'esigenza della prova materiale o sostanziale della discriminazione e, conseguentemente, del danno sofferto dall'investitore straniero costituisce un elemento trasversale delle pronunce ICSID dirette all'accertamento della violazione.¹⁰⁷ Il significato del trattamento meno favorevole risulta, pertanto, strettamente ancorato al dato oggettivo della discriminazione tra investitore nazionale e investitore straniero, concretamente generata dalla condotta statale, concepita sia come azione che come omissione.¹⁰⁸ La necessità di fornire la prova concreta della discriminazione conduce ad un restringimento del Trattamento Nazionale come disciplinato nell'ambito degli investimenti internazionali rispetto al corrispettivo previsto nel commercio multilaterale.

Nondimeno, analogamente all'approccio adottato nel sistema OMC, l'analisi di questo trattamento è di carattere oggettivo. La sussistenza di un intento protezionistico o discriminatorio nella condotta dello Stato ospitante l'investimento non è necessaria né sufficiente ai fini della violazione della clausola. Un tale intento, invero, deve essere accompagnato dalla presenza degli ulteriori requisiti esaminati affinché la condotta contestata risulti illecita.¹⁰⁹

Diversa dalla questione appena esaminata, è quella relativa alla presenza di motivi che possono giustificare la violazione del Trattamento Nazionale. Specificamente, alcuni Tribunali ICSID hanno indagato la presenza di giustificazioni, tuttavia tale considerazione in alcuni casi è riconducibile alla formulazione della

¹⁰⁶ *Siemens v. Argentina*, Award, para. 320-321; *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman* (*Al Tamimi v. Oman*), ICSID Case n. ARB/11/33, Award, 3 Novembre 2015, para. 457-458, 467, ove il Tribunale afferma che l'investitore "must show that the treatment he and his investment received differed materially and substantially from that received by other domestic Omani investors or their investments";

¹⁰⁷ Si vedano anche *Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova* (*Arif v. Moldova*), ICSID Case n. ARB/11/23, Award, 8 Aprile 2013, para. 509; *De Levi v. Perù*, Award, para. 401; *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1088; *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* (*Alpha Projektholding v. Ukraine*), ICSID Case n. ARB/07/16, Award, 8 Novembre 2010, para. 426;

¹⁰⁸ È esemplare nel sottolineare questo concetto la pronuncia relativa alla controversia *Alpha Projektholding v. Ukraine*, Award, para. 426;

¹⁰⁹ I Tribunali ICSID sono stati espliciti nell'affermare il carattere oggettivo dell'accertamento: *Bayindir v. Pakistan*, Award, para. 390; *Marvin Feldman v. Mexico* (*Feldman v. Mexico*), ICSID Case n. ARB(AF)/99/1, Award, 16 Dicembre 2002, para. 183; di rilevanza con riferimento a questo aspetto è anche la pronuncia *Corn Products International Inc. v. the United Mexican States* (*Corn Products v. Mexico*), ICSID Case n. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 Gennaio 2008, para. 138; in dottrina DIMASCIO, PAUWELYN, "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties", p. 77; sostiene, al contrario, l'esigenza di accertare l'intento protezionistico dello Stato nell'adozione della misura contestata ai fini della violazione del Trattamento Nazionale KURTZ, "The WTO and International Investment Law", pp. 126-134;

clausola in analisi nel BIT di riferimento,¹¹⁰ in altri, invece, non è connessa ad una espressa menzione nella norma applicabile.¹¹¹

L'indagine circa la sussistenza di ragioni legittime e non protezionistiche, ossia non connesse alla nazionalità, che giustificano differenze di trattamento costituisce l'ultima fase dell'analisi relativa al Trattamento Nazionale, con la conseguenza che l'eventuale loro accertamento determinerebbe il venir meno del carattere discriminatorio della misura nazionale.

Una tesi richiede, in questa fase dell'indagine, una valutazione dello scopo della misura, aspetto che viene considerato fondamentale, in particolare, anche nell'individuazione del termine di paragone e nell'accertamento della similarità delle circostanze.¹¹² Tuttavia, una tale valutazione nella prima fase non solo appare complicare ulteriormente un'analisi già critica, ma comporta anche l'inserimento di un elemento soggettivo che contrasta con la struttura oggettiva dell'approccio adottato dai Tribunali ICSID. Infatti, se ciò che rileva ai fini della configurabilità di una violazione della clausola è l'effetto discriminatorio prodotto, si finirebbe per negare un dato oggettivo in ragione di una presunta volontà non discriminatoria del legislatore nazionale.¹¹³ Inoltre, se lo scopo normativo non è estrinsecato nella norma, si rischia il verificarsi di una eccessiva intrusione del giudice internazionale in un ambito strettamente connesso alla sovranità statale.

Differente rispetto alla questione appena menzionata, è il caso in cui i BITs prevedano eccezioni agli standard disciplinati al loro interno, frutto di negoziazioni connesse alla volontà degli Stati di mantenere la possibilità di adottare misure nazionali dirette all'attuazione di politiche interne e per il conseguimento di determinati interessi e obiettivi. Nella misura in cui la condotta statale rientra nell'ambito di applicazione di queste eccezioni, analogamente agli Accordi OMC, la realizzazione di obiettivi legittimi nazionali che determinano discriminazioni tra gli investitori o gli investimenti stranieri e quelli nazionali può non costituire una violazione della clausola.¹¹⁴ Si sottolinea, inoltre, come le eccezio-

¹¹⁰ *Urbaser v. Argentina*, Award, para. 1088-1089: il principio di non discriminazione nella formulazione contenuta nel BIT tra Argentina e Spagna è violato se la misura discriminatoria non è giustificata da sufficienti ragioni;

¹¹¹ *Alpha Projektholding v. Ukraine*, Award, para. 1102-1108: sebbene il Trattamento Nazionale previsto dal BIT applicabile alla controversia non contempli un esame delle ragioni giustificative della condotta nazionale discriminatoria, il Tribunale ICSID ne prende in considerazione l'eventuale presenza;

¹¹² Newcombe, PRADELL, "Law and Practice of Investment Treaties", p. 176; SACCO Sabina, FERNANDEZ-FONSECA MONICA, "National Treatment in Investment Arbitration", in Huerta-GOLDMAN JORGE, ROMANETI ANTOINE, STIRNIMANN FRANZ X. (Eds.), "WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration", The Netherlands, 2013, p. 239, a p. 254;

¹¹³ È conforme a questa considerazione la pronuncia del Tribunale ICSID nella controversia *Corn Product v. Mexico*, Decision on Responsibility, para. 142;

¹¹⁴ UNCTAD, "National Treatment", p. 43-50; NEWCOMBE, Pradell, "Law and Practice of

ni formulate nell'ambito dei BITs possano essere coincidenti con quelle sancite nell'articolo XX GATT, in ragione della trasversalità degli interessi e obiettivi che gli Stati mirano a tutelare e perseguire nel settore degli investimenti e in quello del commercio internazionale mediante la loro previsione.

L'analisi effettuata conduce a rilevare come anche nell'ambito degli investimenti internazionali l'indagine relativa al Trattamento Nazionale sia articolata in diverse fasi. La prima è costituita dall'accertamento della sussistenza di un investimento e dalla riconducibilità dell'operazione realizzata a quelle previste dalla specifica norma del BIT di riferimento, sia considerando il dato temporale, sia dal punto di vista sostanziale. Il successivo accertamento della conformità della condotta statale al trattamento esaminato è seguito dall'analisi della similarità delle situazioni o delle circostanze. Se questa verifica si conclude con esito positivo, l'esame prosegue con riferimento al trattamento accordato all'investitore o all'investimento straniero, rispetto a quello previsto per i corrispettivi nazionali. La differenza di trattamento a danno del primo soggetto, sebbene accertata, in alcuni casi non ha determinato la violazione del Trattamento Nazionale in forza della presenza di una ragione legittima che giustifica la discriminazione. Questa fase ulteriore, tuttavia, non è uniformemente condivisa nelle pronunce relative a controversie sugli investimenti stranieri.

3.3 Considerazioni comparative

Il tema dell'accertamento delle possibili violazioni dell'obbligo del Trattamento Nazionale denota un diverso approccio dei Tribunali ICSID, orientati a procedere ad un'analisi particolarmente rigorosa delle pretese violazioni, rispetto alla maggiore propensione a giungere a conclusioni positive sulla trasgressione della norma ad opera degli organi OMC. Questa diversità, che appare trovare la propria giustificazione nella differente costruzione del rapporto di similarità e nella difficoltà di fornire la prova dell'effettiva discriminazione richiesta nell'ambito degli investimenti, finisce per determinare una tutela più estesa alle merci di origine estera rispetto a quella che ricevono gli investitori stranieri mediante il Trattamento Nazionale.

L'indagine svolta dimostra come le norme relative al commercio internazionale, poiché offrono criteri maggiormente certi ed uniformi diretti ad accertare la similarità o la diretta competitività dei prodotti in relazione alle misure interne di carattere fiscale o normativo, consentano l'individuazione e l'accertamento immediato dell'effetto potenzialmente discriminatorio su base nazionale di tali misure. Viceversa, la maggiore difficoltà nel rilevare e provare la differenza

Investment Treaties", p. 190 sottolinea come le eccezioni che vengono spesso formulate siano riferite a particolare settori strategici per lo Stato contraente;

di trattamento subita da un investitore straniero rispetto a quello nazionale, dipende dall'ampiezza e genericità delle condotte con cui si concretizza e dalla diversità dei soggetti legittimati a stare in giudizio nei due meccanismi di risoluzione delle controversie. Nondimeno, è innegabile la possibile coincidenza della misura nazionale che potrebbe integrare una violazione del Trattamento Nazionale in entrambi i sistemi esaminati.¹¹⁵

Nonostante ciò, non appaiono infrequenti le influenze delle decisioni adottate nell'ambito dell'OMC all'interno delle pronunce emesse dai Tribunali IC-SID, in particolare con riferimento alla nozione di similarità che, come rilevato, è conseguenza della maggiore articolazione delle norme che prevedono il Trattamento Nazionale in relazione alle merci provenienti da altri territori OMC.

4. Conclusioni

L'analisi condotta ha consentito di evidenziare l'ampiezza e i limiti con cui il principio di non discriminazione viene affermato nel contesto del commercio internazionale e nel diritto degli investimenti. Alcuni punti salienti, infatti, sono emersi dall'esame delle forme assunte dal principio medesimo e della disciplina dettata all'interno di ciascun sistema, dalla comparazione delle decisioni adottate al riguardo dagli organi OMC e dai Tribunali arbitrali e Comitati *ad hoc* ICSID, nonché dalla considerazione di opinioni dottrinali rilevanti.

Innanzitutto, dall'indagine effettuata appare possibile confermare l'identità dello scopo perseguito dalle norme che in entrambi i sistemi disciplinano il Trattamento della Nazione Maggiormente Favorita ed il Trattamento Nazionale. La crescita economica è identificata, dal Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC e parimenti da quello della Convenzione ICSID, quale obiettivo a cui mira ciascuno dei due sistemi, alla cui realizzazione contribuisce in modo diretto il mantenimento di un assetto favorevole alla concorrenza. Il principio di non discriminazione consiste proprio nel garantire lo svolgimento di un corretto rapporto concorrenziale tra gli operatori economici internazionali, delimitando i fattori che possono interferire negativamente con esso.

In secondo luogo, è emerso come in entrambi gli ambiti la non discriminazione dipenda dalla dimostrazione del rapporto di similarità, rispettivamente

¹¹⁵ Esempio della coincidenza menzionata è costituito dalle controversie OMC: *Mexico – Taxes on Soft Drinks*, Panel Report e Appellate Body Report; *Mexico – Antidumping Investigation on High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States (Mexico – Corn Products)*, WT/DS132, Report of the Panel, 28 Gennaio 2000, Report of the Panel (Art. 21.5), 22 Giugno 2001, Report of the Appellate Body (Art. 21.5), 22 Ottobre 2001; ICSID: *Corn Products v. Mexico*, Decision on Responsibility; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. v. the United Mexican States (AMD v. Mexico)*, ICSID Case n. ARB(AF)/04/05, Award, 21 Novembre 2007;

delle merci o delle situazioni relative agli investimenti, espressione del criterio *eiusdem generis*. In altri termini, il rapporto concorrenziale non sussiste in mancanza di tale presupposto. A questo proposito, si evidenzia come le norme relative al commercio di merci siano più articolate rispetto a quelle di protezione degli investimenti. Ne consegue una maggiore possibilità di giungere a pronunce che accertano la violazione del principio di non discriminazione nel primo settore, ove, pertanto, appare configurabile una più autentica garanzia della concorrenza.

Un ulteriore elemento utile per stabilire il differente grado di tutela avverso discriminazioni è costituito dalla diversa rigidità nell'applicazione del principio da parte degli organi giudicanti all'interno dei due sistemi considerati. Emerge in modo evidente come i Tribunali ICSID, nell'applicazione dello schema elaborato da ciascuna norma, adottino un approccio decisamente rigoroso. Questo atteggiamento appare in parte rapportabile alla valutazione dell'ambito di applicazione della misura contestata: mentre nel settore degli investimenti rileva la specifica operazione condotta o il singolo investitore straniero, nel commercio la violazione viene esaminata mediante la considerazione ampia del mercato interno. Risulta particolarmente arduo, di conseguenza, accertare la discriminazione quando il termine di riferimento è dato da una situazione individuale istituita dallo specifico accordo di volta in volta rilevante. Nel bilanciamento degli interessi in cui si sostanzia l'applicazione del principio, inoltre, questa rigidità potrebbe essere ricondotta ad una volontà dei Tribunali ICSID diretta a tutelare le scelte nazionali, espresse mediante le misure oggetto di contestazione, piuttosto che garantire in modo completo la concorrenza.

L'esigenza di salvaguardare la sovranità statale rappresenta, nondimeno, un elemento che emerge in modo evidente in entrambi i settori. Infatti, la previsione di eccezioni e riserve all'applicazione del principio analizzato è determinata dall'esigenza di perseguire obiettivi e tutelare interessi pubblici nazionali di primario rilievo, quali la moralità pubblica, la sicurezza, la vita umana, la salute, l'ordine pubblico. Non solo alcune delle eccezioni previste dal GATT sono sancite in termini coincidenti all'interno dei BITs, ma inoltre la loro disciplina presenta notevoli corrispondenze. Sia nel commercio che negli investimenti, tali previsioni sono dirette a garantire al contempo l'equilibrio tra l'esercizio del potere normativo statale e l'adempimento degli obblighi assunti a livello internazionale. Questo bilanciamento determina, con riferimento agli specifici obiettivi e interessi individuati negli accordi, uno spazio trasversale di compressione della concorrenza economica internazionale.

Infine, l'analisi comparata delle pronunce ha evidenziato due ulteriori elementi: una maggiore frammentazione delle interpretazioni elaborate dai Tribunali ICSID rispetto alla giurisprudenza affermatasi nell'ambito dell'OMC e una

certa tendenza a recepire nel diritto degli investimenti taluni risultati interpretativi consolidatisi nel quadro del diritto del commercio internazionale. La frammentazione menzionata è sicuramente riconducibile, oltre che alla stessa natura *ad hoc* dei Tribunali arbitrali, anche alla disciplina meramente procedurale dettata dalla Convenzione di Washington e alla conseguente esigenza di indagare i molteplici strumenti che regolano gli investimenti internazionali, in primo luogo i BITs. Mentre, una certa influenza reciproca tra i due sistemi di risoluzione delle controversie considerati dipende anche dalla non infrequente nomina di componenti dell'Organo di Appello OMC quali arbitri di Tribunali ICSID.

L'eliminazione della condizione nei contratti

Emanuela Morotti

Sommario: 1. L'individuazione del campo di indagine – 2. L'introduzione di una nuova regola: dalla precarietà alla definitività di interessi – 3. L'eliminazione della condizione risolutiva nei contratti traslativi – 3.1 *Il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta una vicenda circolatoria propria del congegno condizionale* – 3.2. *L'uscita dalla logica della condizionalità impedisce di riprodurre uno schema di trasferimento del diritto in grado di garantire un assetto definitivo* – 3.3 *Impossibilità di configurare un contratto modificativo: necessità di un nuovo negozio per trasferire la proprietà piena* – 4. L'eliminazione della condizione sospensiva nei contratti traslativi – 4.1 *Il passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena come autonoma vicenda circolatoria* – 4.2 *La riproduzione di uno schema di trasferimento del diritto valido anche al di fuori della logica condizionale* – 4.3 *La possibilità di produrre effetti definitivi consente di configurare un contratto modificativo* – 5. L'eliminazione della condizione nei contratti ad effetti obbligatori – 6. Uno sguardo comparatistico tra Francia e Germania – 7. Note conclusive sul rapporto tra contratto modificativo ed eliminazione della clausola condizionale

1. L'individuazione del campo di indagine

La rimozione della clausola condizionale da un contratto fornisce una prospettiva di studio privilegiata per indagare i margini dell'autonomia privata in materia di modifica dell'originario assetto contrattuale. L'obiettivo della presente indagine sarà quello di capire se tale operazione di eliminazione della condizione possa essere realizzata attraverso lo strumento del contratto modificativo¹, ossia mediante un contratto che, da un lato, non costituisce una nuova

¹ Per un esame della figura del negozio modificativo si rimanda a G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella Civil Law e nella Common Law*, *Rivista di Diritto*

obbligazione, dall'altro, non elimina la precedente, ma si limita a modificarla – appunto – incidendo sul contenuto originario e integrandone la portata. Come è facile intuire, l'operazione in oggetto comporta sicuramente una modifica² in senso lato del precedente rapporto, ma non è detto, invece, che sia il contratto modificativo lo strumento in grado di raggiungere i nuovi mutati interessi cui mirano le parti.

Prima di procedere, è bene definire il campo di indagine: oggetto del nostro studio sarà la rimozione della clausola condizionale nel periodo precedente al verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione, agendo direttamente sul regolamento contrattuale.

Non ci occuperemo, invece, dell'ipotesi in cui la clausola sia rimossa³ successivamente, perché configura, in tal caso, un diverso modo di intervento sul contratto e, precisamente, sul rapporto: questo secondo filone di indagine si è sviluppato intorno alla rinuncia alla condizione unilaterale, come possibilità, per la parte nel cui esclusivo interesse la condizione è stata posta, di non avvalersi delle conseguenze dell'avveramento o del mancamento dell'evento.

In questa sede si è scelto, così, di utilizzare il termine “eliminazione” della condizione, sia per distinguerla dalla rinuncia⁴ alla condizione unilaterale⁵, sia per prendere le distanze dal tentativo di configurare la rimozione della condi-

Commerciale, 1952, 341 ss.; G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, *Giustizia civile*, 1957, 847 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987; C. GRANELLI, *Riproduzione e rinnovazione del contratto*, Milano, 1988; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1980; P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Les obligations*, Paris, 2009; P. MALINVAUD - D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Paris, 2011.

² In senso conforme si segnala, sul tema, l'approccio di A. ALAMANNI, *La modifica del contratto, l'identità e gli effetti*, Torino, 2018, 210, dove si afferma la necessità di “effettuare di volta in volta una indagine funzionale della variazione per ogni caso concreto ai fini della valutazione della sua incidenza sul rapporto pregresso e della effettiva funzione svolta dal nuovo assetto regolamentare [...]”. Ciò conduce a “valutare se l'incidenza sul profilo causale che la condizione indubbiamente determina sia tale da integrare una variazione non accessoria che collocherebbe l'ipotesi indagata al di fuori del fenomeno modificativo.” L'A. conclude, a p. 213, sostenendo la riconducibilità dell'ipotesi in esame al fenomeno modificativo – in senso lato-, dal momento che “l'eliminazione o l'aggiunta di una condizione, in generale, non può dirsi che introduca un interesse incompatibile col precedente assetto a tal punto da determinare l'estinzione del pregresso rapporto, ma piuttosto che si concretizza in una trasformazione che però conserva integro nel suo nucleo essenziale l'interesse interno”.

³ Sulla scindibilità della condizione dal regolamento contrattuale si rinvia a G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, *Notariato*, 2001, 2, 165.

⁴ Sulla rinuncia alla condizione unilaterale si richiama G. GABRIELLI, *Pubblicità degli atti condizionati*, *Rivista di Diritto Civile*, 1991, 1, 21; in particolare 39, dove individua la possibilità di configurare la rinunciabilità come potere di modificazione unilaterale del contenuto del contratto.

⁵ R. DOGLIOTTI, *Condizione unilaterale: un importante revirement della Suprema Corte*, *Rivista del Notariato*, 1993, 1235 ss., che analizza le teorie elaborate sul tema dalla giurisprudenza.

zione come rinuncia al “diritto a considerare sospesa l’operatività del negozio”⁶ o come una rinuncia al “diritto di avvalersi degli effetti della condizione”⁷: si crede, infatti, che l’eliminazione della condizione non costituisca una rinuncia⁸ ad un diritto, ma un atto di esercizio dell’autonomia privata, che opera un intervento sul regolamento negoziale.

Un’ultima precisazione riguarda la scelta di limitare l’indagine a quel tipo di condizione, che “non arricchisce il contenuto”⁹ del regolamento contrattuale e, di conseguenza, la sua eliminazione non altera l’appartenenza allo schema negoziale tipico¹⁰.

La prima parte del lavoro sarà dedicata allo studio dell’eliminazione della condizione nei contratti ad effetto traslativo, mentre la seconda si occuperà della medesima operazione nei contratti ad effetti obbligatori. Si è deciso di affrontare separatamente le due ipotesi, perché offrono la possibilità di studiare il di-

⁶ Per la trattazione della condizione unilaterale si richiamano A. COSTANTINI, *Appunti sulla condizione unilaterale, Diritto e giurisprudenza*, 1970, 13 ss.; A. SMIRLOLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia, Giurisprudenza italiana*, 1976, 551 ss.; V. CARBONE, *La condizione unilaterale tra dottrina e giurisprudenza, Il corriere giuridico*, 1993, 180 ss.; F. GAZZONI, *Condizione unilaterale e conflitti con i terzi, Rivista del Notariato*, 1994, 1195 ss.; G. CATALANO, *Commento Cass. Civ., II sez., 30.10.1992, n. 11816, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993, 654.

⁷ Si veda in proposito D. CARUSI, *Ancora appunti in tema di condizione potestativa ed unilaterale, Rassegna di diritto civile*, 2000, 675, “Si è osservato altresì che il termine ‘rinuncia’ non si adatta a questa attività di disposizione che in senso atecnico, posto che con quel termine si designa propriamente la dismissione di un diritto soggettivo”.

⁸ In tal senso anche A. VILLANI, *Condizione unilaterale e vincolo contrattuale, Rivista di Diritto Civile*, 1975, 565 “La condizione, come clausola apposta al negozio, è un fatto storico rispetto al quale non ha senso parlare di rinunciabilità o meno”. Si rinvia anche a A. SMIRLOLDO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, op. cit., 571 nota 29 “La rinuncia incidendo sulla rilevanza e cioè sugli effetti della condizione risolutiva verificatasi o della condizione sospensiva mancata, effetti che appunto, nel caso di condizione unilaterale, sono nella disponibilità del soggetto interessato.” Conformemente anche R. GUGLIELMO, *Considerazioni in tema di condizione unilaterale, Rivista del Notariato*, 1993, 838 e 844.

⁹ Per la definizione di questo gruppo di ipotesi per le quali può “ritenersi superata la prova di resistenza consistente nello scindere dalla clausola condizionante la regola condizionata, per valutarne la compiutezza precettiva [...]” si legga G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, 151 e 183.

¹⁰ Si tralascia, inoltre, la condizione che interferisce con il contenuto degli interessi programmati, “introducendo interessi diversi da quelli deducibili dallo schema negoziale puro”: questa ipotesi di condizione è stata individuata nelle attribuzioni patrimoniali *ex uno latere* condizionate ad eventi direttamente connessi alla condotta dell’*accipiens*. Per un adeguato sviluppo si rinvia a G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 152 per gli esempi, e 185 per l’approfondimento; per un’ulteriore indagine sul tema si veda anche 218. Non verranno, altresì prese in esame le promesse condizionate ad una controprestazione, rispetto alle quali è già stata messa in evidenza l’utilizzazione atipica del congegno condizionale, la cui eliminazione avrebbe come risultato una “regola residua che non è in grado di svolgersi in forma incondizionata”: anche in tal caso è obbligatorio il rinvio a G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 153 per le esemplificazioni di questa categoria di condizione, e 191 per la trattazione.

verso modo in cui l'apposizione della condizione si atteggia nell'uno e nell'altro tipo di contratto, comportando differenti conseguenze in termini di strumenti giuridici utilizzabili per realizzare il medesimo risultato.

2. L'introduzione di una nuova regola: dalla precarietà alla definitività di interessi

Iniziando l'indagine con lo studio dei contratti ad effetto traslativo, ci si concentrerà, in questa prima parte del lavoro, sul significato dell'operazione di eliminazione della condizione, indipendentemente, per il momento, dal problema relativo a quali strumenti giuridici utilizzare per realizzarla.

L'eliminazione della condizione costituisce un tentativo di controllare l'incertezza¹¹ che connota l'evento condizionale, azzerando il rischio¹² che esso non si verifichi, se la condizione è sospensiva, o viceversa, si verifichi, se risolutiva. La volontà delle parti è diretta nel senso di optare per la certezza che si producano gli effetti previsti dal contratto, rimuovendo in radice la possibilità che il negozio possa risolversi o restare improduttivo. Così facendo, le parti mirano alla produzione degli effetti non tanto a prescindere dalla condizione, come potrebbe succedere nel caso in cui fosse un terzo ad adempiere, quanto piuttosto deliberatamente al di fuori del congegno condizionale.

Eliminare la condizione non vuol dire semplicemente rimuovere un elemento del contratto, ma significa porre una nuova regola, che esprime il raggiungimento di una definitività di interessi, che prima non c'era, e che non potrà essere ottenuto finché permane la condizione. Quest'ultima imprimeva nel regolamento originario la cifra della precarietà, portando con sé un assetto di interessi non definitivo, che era "estensione della disciplina posta a tutela dell'esito incerto"¹³. Cancellando la condizione, invece, si interviene direttamente sul regolamento originario, realizzando una modificazione della disciplina del negozio, che si può articolare in tre aspetti: a) il primo riguarda il profilo degli interessi; b) il secondo, il modo di configurarsi del diritto e delle relative posizioni giuridiche soggettive¹⁴; c) il terzo attiene alla vicenda circolatoria.

¹¹ Per approfondire il carattere di incertezza che connota la condizione si rinvia a A. FALZEA, voce *Condizione*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1-13.

¹² A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 169.

¹³ Così, letteralmente, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 399.

¹⁴ M. FACCIONI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, 60, conferma che gli effetti preliminari integrano in capo alle parti autonome situazioni giuridiche soggettive, strumentali e distinte rispetto alle situazioni finali che verranno ad investire le parti in caso di avveramento della condizione, affermando: "Il fatto che tramite gli effetti preliminari venga predisposta una tutela anticipata dell'interesse finale non può impedire di riconoscere che tale anticipazione di tutela si sostanzia nella protezione di un interesse

- a. La decisione di subordinare l'efficacia del contratto alle sorti di un determinato evento deriva dall'esistenza, al momento della conclusione del contratto, di un assetto di interessi che si configura ancora mutevole e, come tale, viene riproposto nella fase –detta appunto– di pendenza, nell'attesa che sia l'evento stesso, con il suo verificarsi o mancare, a condurre le parti fuori dallo stato di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda¹⁵. L'incertezza è duplice, perché riguarda non solo il verificarsi o meno dell'evento, ma anche il definitivo prodursi o mancare dell'effetto giuridico, che dall'evento stesso dipende. La scelta di eliminare la condizione consente alle parti di ottenere la certezza in ordine all'esito finale della vicenda, rimuovendo ogni incognita relativa all'eventualità che il contratto non produca effetto. Questo risultato è possibile mediante l'eliminazione del nesso qualificato¹⁶ che lega l'efficacia del contratto alla sorte dell'evento dedotto in condizione. L'evento, come fatto storico¹⁷, si realizzerà oppure no, ma a tale circostanza non sarà più collegata nessuna conseguenza in termini di efficacia, traducendosi quindi in un giudizio di indifferenza rispetto alla sorte del contratto. In tal modo, l'originaria conformazione precaria degli interessi è sostituita da un nuovo assetto, improntato al carattere della definitività.
- b. La condizione modifica qualitativamente¹⁸ il diritto oggetto del nego-

certamente strumentale - in quanto rivolto [...] alla conservazione dei presupposti necessari affinché possano utilmente prodursi gli effetti finali-, ma attualmente diverso e qualitativamente diverso dall'interesse soddisfatto dagli interessi finali”.

¹⁵ R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, con traduzione di F. Foramiti, Venezia, 1833, 228-229.

¹⁶ Si veda, in proposito, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 120 “[...] il ruolo tipico del condizionamento consiste nell’instaurare un rapporto qualificato tra l’operatività della regola negoziale e una determinata circostanza di fatto giudicata significativa in ordine all’*Interessenlage* disciplinata: rapporto di subordinazione (del prodursi o del venir meno) dell’efficacia negoziale a quella stessa circostanza”.

¹⁷ In senso conforme si legge in S. MAIORCA, voce *Condizione*, *Digesto Discipline Privatistiche*, 1999, Torino, 274: “In nessun senso la condizione s’identifica con un ‘fatto’ esterno al negozio: l’*avvenimento futuro ed incerto*, di cui parla il citato art. 1353, non può intendersi come ‘condizione’, se non in quanto previsto (dedotto) in una clausola che faccia dipendere dal (‘subordini’ al) suo verificarsi o non verificarsi l’efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto. L’evento, in sé, non è ‘condizione’, bensì mero riferimento fattuale della operatività della clausola: ciò che condiziona il negozio è l’evento dedotto nella clausola o, più propriamente, la clausola che deduce tale evento, agli effetti sopra menzionati”.

¹⁸ Si legge in G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 382 “Il trasferimento soggetto a condizione risolutiva non produce, sino all’esaurirsi della fase di pendenza, i propri effetti tipici e fondamentali, ma dà luogo ad effetti qualitativamente diversi rispetto al trasferimento incondizionato”, più oltre, a p. 400 “se ‘proprietà’ non è altro che un determinato schema di qualificazioni normative della condotta (quelle di cui agli artt. 832 ss.) questo schema non potrà dirsi operante ‘in modo pieno ed esclusivo’, durante la pendenza, nei confronti di nessuna delle due parti del negozio condizionato. Ma, piuttosto, diverranno applicabili schemi diversi (usualmente indicati dalle formule dell’*aspettativa* e del ‘*diritto risolubile*’, la cui peculiarità consiste nell’essere disposti in vista di una possibile modificazione futura”.

zio condizionato, configurandolo in ragione della precarietà: la fase di pendenza si accompagna alle formule dell'“aspettativa”¹⁹ e del “diritto risolubile”, mentre non trova spazio il diritto “pieno”. Eliminando la condizione, si esce dalla logica della condizionalità, e si dà ingresso al diritto nella sua forma definitiva. Allo stesso modo, le parti non saranno più qualificate come titolare dell'aspettativa e del diritto risolubile, ma avranno la disponibilità del diritto “pieno”.

- c. Da ultimo, l'eliminazione della condizione può essere vista come interruzione della sequenza condizionale anche per quanto riguarda la modalità di trasmissione del diritto. Il momento circolatorio assume dei tratti peculiari in presenza della condizione²⁰, tolta la quale sarà necessario individuare uno sviluppo della vicenda diverso da quello che ci sarebbe stato, se la condizione avesse fatto il suo corso.

Questi tre aspetti, ora brevemente tratteggiati, consentono di chiarire che l'eliminazione della condizione non incide direttamente sugli effetti del negozio condizionato, ma agisce sull'atto, modificando il regolamento originariamente predisposto. Il nuovo assetto che si viene, così, a creare ha caratteri propri e peculiari, e non può essere assimilato a quello che ci sarebbe stato, se il contratto fosse sorto *ab origine* come non condizionato²¹.

Non si tratta, infatti, di recuperare un ipotetico contratto puro fin dall'inizio, perché tale contratto non c'è mai stato, e nemmeno si può presumere l'esistenza, al momento della stipulazione, di una volontà non condizionata accanto ad una condizionata. Se le parti decidono di eliminare la condizione, si deve piuttosto prendere atto di una comune volontà che è mutata rispetto a quella originaria, in quanto mira ad ottenere un contratto- non- più- condizionato, che abbia una disciplina nuova e diversa da quella iniziale.

Non ci resta che affrontare il modo con cui sia possibile realizzare questo risultato: si è preferito analizzare separatamente la condizione risolutiva da quella sospensiva, non perché si crede che i due tipi di condizione non possano essere

¹⁹ L. CARIOTA FERRARA, *Il diritto al diritto*, Diritto e giurisprudenza, 1945, 146.

²⁰ G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., 392, precisa che il condizionamento costituisce un elemento di specificazione della fattispecie, introdotto il quale “non potrà più ritenersi ascrivibile al soggetto lo stesso schema di qualificazione della condotta collegato alla fattispecie non specificata (al negozio incondizionato), ma piuttosto uno schema diverso, che presenta corrispondenti elementi di specificità”.

²¹ La soluzione contraria è invece adottata da A. SMIRLODO, *Condizione unilaterale di vendita o di preliminare di vendita immobiliare collegata al rilascio della licenza edilizia*, op. cit., 571 “L'atto con il quale la parte dichiara di rinunciare alla condizione, *rectius*, al diritto di avvalersi degli effetti della condizione, comporta sostanzialmente la eliminazione della rilevanza giuridica della condizione, più esattamente la eliminazione di un limite alla normale operatività del contratto, che si considera come se sia stato stipulato puro e semplice. Tale annotazione ci appare fondata almeno nell'ipotesi in cui la rinuncia intervenga quando ancora l'esito della condizione è incerto”.

ricondotti ad un modello unitario²², ma per una ragione diversa. Si condivide infatti l'opinione²³ di chi considera la posizione del venditore sotto condizione sospensiva analoga a quella del compratore sotto condizione risolutiva, e viceversa, quella dell'acquirente sotto condizione sospensiva analoga a quella del venditore sotto condizione risolutiva²⁴. Questa analogia è adatta a descrivere la situazione del venditore e del compratore dal punto di vista, per così dire, statico, ossia tenendo conto dei poteri e delle facoltà che ognuna delle parti ha a disposizione durante la fase di pendenza.

Se si prova, invece, a concentrarsi sulla vicenda circolatoria, ipotizzando che il trasferimento sia andato a buon fine e quindi il compratore sia diventato titolare del diritto "pieno", allora non sarà più possibile instaurare l'analogia di cui sopra²⁵.

Nel caso di condizione sospensiva, infatti, il venditore, da una situazione di titolarità precaria, passa a perdere definitivamente il diritto; al contrario, il compratore sotto condizione risolutiva, vede la sua proprietà risolubile consolidarsi in un diritto "pieno". In modo speculare, il venditore sotto condizione risolutiva vede mancare definitivamente la sua aspettativa sul bene; mentre il compratore sotto condizione sospensiva si ritrova titolare del diritto.

È chiaro quindi che, considerando il momento del trasferimento del diritto in modo diacronico, dalla fase della pendenza a quella finale, si osserva un'evol-

²² Anche l'impostazione di A. FALZEA trattava separatamente le due condizioni, si veda *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 239: "appare evidente come non sia esatto riconoscere la esistenza di un concetto unitario che abbracci ad un tempo le due figure di condizione [...]". Più precisamente, a p. 84, sostiene che i due tipi di condizioni diano luogo, dal punto di vista strutturale, a fenomeni affatto diversi "Mentre, invero, la condizione sospensiva si atteggia come una particolare forma che viene ad assumere il processo di produzione dell'atto, rispetto ai suoi elementi marginali poiché, inserendosi l'evento condizionante nel quadro della fattispecie, ritarda il subentrare dell'efficacia; la condizione risolutiva presuppone invece che l'atto sia già pervenuto ad esistenza in tutti i suoi elementi, centrali e periferici, e che quindi abbia prodotto le conseguenze giuridiche assegnategli, reagendo dall'esterno su tali conseguenze come fatto strutturalmente autonomo per quanto funzionalmente collegato, rispetto al negozio condizionale." Per la tesi contraria, si richiama D. BARBERO, voce *Condizione*, *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1959, 1097.

²³ A ben guardare, questa opinione risale alle fonti romane, che ritenevano "non essere la condizione risolutiva una *condicio sui generis* direttamente afficiente il negozio giuridico: ma essere una condizione sospensiva d'un negozio giuridico contrario, concomitante con il negozio giuridico principale." Sul punto si rimanda a V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1950, 102.

²⁴ Si legga in proposito A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, Milano, 1975, 309 "Si è visto, cioè, che per effetto di un'alienazione subordinata a condizione sospensiva il diritto pieno dell'alienante si trasforma in un diritto risolubile del tutto uguale al diritto che spetta all'acquirente nel caso di alienazione subordinata a condizione risolutiva".

²⁵ Anche P. RESCIGNO, voce *Condizione*, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1961, 779 concorda con il trattare separatamente le due condizioni, ricordando casi in cui lo stesso ordinamento ammetta l'una e non l'altra.

luzione della vicenda di segno opposto, in capo a chi inizialmente si trovava in un'analoga posizione rispetto al bene.

3. L'eliminazione della condizione risolutiva nei contratti traslativi

3.1 Il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta una vicenda circolatoria propria del congegno condizionale

Il percorso prosegue con l'analisi della vicenda circolatoria che si realizza a séguito dell'eliminazione della condizione risolutiva, all'interno di un contratto traslativo. Quello che abbiamo definito come il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena rappresenta uno schema di trasferimento del diritto del tutto peculiare, di cui si vuole dimostrare l'intima appartenenza alla logica che governa il meccanismo condizionale. Si tratta, infatti, dello schema di trasferimento del diritto operante nel caso di mancamento della condizione risolutiva, in cui l'evento non si verifica, e, di conseguenza, la proprietà risolubile si consolida in proprietà definitiva in capo al compratore: il suo studio ci permetterà di osservare che esso rappresenta un paradigma di circolazione del diritto che non trova applicazione in assenza di clausola condizionale.

Un primo dato da considerare riguarda il modo in cui si realizza il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena: questo fenomeno è stato spesso spiegato sostenendo che il diritto risolubile si "consolida" o si "trasforma"²⁶ in proprietà piena, ma l'utilizzo di questi termini tradisce un significato più profondo, perché vuol dire interpretare il raggiungimento di una situazione definitiva come lo sviluppo di un'evoluzione dello stesso diritto di proprietà, che si espande o si comprime, a seconda delle sorti dell'evento dedotto in condizione. Tale prospettiva si concentra sul diritto di proprietà e sulle sue caratteristiche, attribuendo alla condizione il ruolo di imprimere al diritto di proprietà un'attitudine particolare, dandogli appunto la conformazione di "proprietà risolubile", e lasciando poi che la proprietà si trasformi per forza propria²⁷. Così facendo,

²⁶ Il riferimento è a A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., che interpreta il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena in termini di affinità con i diritti reali su cosa altrui: si legga p. 448, dove afferma che non è consentito "configurare il subentrare del titolare dell'aspettativa (avveratasi con la condizione) al titolare della "proprietà risolubile" come una successione nel diritto di proprietà: realizzandosi, invece, sotto questo aspetto un fenomeno analogo a quello che si verifica allorché la nuda proprietà si 'riespande' in seguito all'estinzione di un diritto reale su cosa altrui, di cui sia gravata."

²⁷ Per chiarire questa impostazione, si veda A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 310 e 312, che, con riferimento alla condizione risolutiva afferma che "Questa non ha, anzitutto, un effetto estintivo in ordine al diritto dell'acquirente, la cui cessazione, in seguito all'avveramento, dipende

però, si attribuisce alla proprietà risolubile quel carattere di elasticità che è uno dei tratti più tipici del diritto di proprietà in senso tecnico²⁸, risultando persino contraddittorio rispetto all'intento di riguadagnare la distanza della proprietà risolubile dalla proprietà.

La teoria appena richiamata non convince, perché interpreta la proprietà risolubile come un particolare modo d'essere o di atteggiarsi del diritto, sostenendo che “venendo a mancare la condizione, il diritto del proprietario interinale si trasforma in proprietà tout court indipendentemente da un atto di disposizione (o da un ulteriore atto di disposizione) del titolare della aspettativa e indipendentemente anche da un'ulteriore manifestazione di volontà del proprietario interinale: quel diritto, dunque, si trasforma in proprietà per forza propria, in virtù di un'attitudine impressagli già con il negozio da cui trae origine. E in tal guisa si realizza un fenomeno per definizione estraneo alla figura dei diritti reali su cosa altrui”²⁹.

Ci si intende allontanare dalla teoria appena esposta, per intraprendere una strada diversa, spostandoci dal piano della proprietà a quello del contratto. Secondo la prospettiva qui adottata, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena può essere interpretato non tanto come una trasformazione dello stesso diritto di proprietà, ma piuttosto come un trasferimento particolare, e in quest'ottica si vuole proporre un'ipotesi ricostruttiva³⁰.

All'interno del congegno condizionale, è il mancamento stesso dell'evento, dedotto in condizione risolutiva, che rende possibile il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena. Più precisamente, il mancato realizzarsi dell'evento³¹ è un fatto storico, in sé neutro e non produttivo di alcun effetto; è piuttosto la conformazione del contratto originario che, optando per l'apposizione della condizione, ha reso possibile un legame tra l'evento e l'efficacia negoziale.

da un'intrinseca modalità cronologica del suo contenuto; né tanto meno essa ha un'efficacia costitutiva diretta a far riacquistare il diritto dell'alienante, posto che il consolidarsi del diritto 'pieno' in capo all'alienante, al momento dell'avveramento, è giustificato dall'aspettativa a lui riservata fin dalla stipulazione del negozio”.

²⁸ Sulla capacità di compressione e di espansione del diritto di proprietà si rimanda a S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1938, 5, che definisce l'elasticità “uno dei caratteri distintivi del diritto di proprietà”.

²⁹ Così, letteralmente, in A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 449.

³⁰ Il tema della modalità di trasferimento del diritto nei contratti ad effetto traslativo è segnalato, tra gli altri, da N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Napoli, 1979, che in proposito afferma a p.130 “Il problema teorico importante in tale prospettiva riguarda lo schema legale del trasferimento della proprietà ed in tal senso si può dire che la tipicità riferita al contenuto della situazione non involge quella relativa allo schema dell'atto e quindi dello strumento negoziale in concreto utilizzato”.

³¹ Si veda A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 196, che lo definisce “quale concausa di efficacia del negozio condizionale” che “rappresenta il mezzo tecnico mediante il quale l'atto viene collegato al suo effetto.”

Sappiamo che in caso di mancamento dell'evento si produce uno schema di trasferimento del diritto "pieno" del tutto particolare, che si realizza automaticamente al mancare dell'evento, in forza del consenso originariamente prestato in sede di conclusione del contratto condizionato, senza che sia richiesta un'ulteriore manifestazione di consenso. La peculiarità non consiste né nel fatto che il momento del trasferimento sia differito rispetto a quello di perfezionamento del contratto, perché così avviene anche nelle cosiddette vendite obbligatorie³²; né risiede nella circostanza per cui non sia necessario un ulteriore comportamento attivo da parte del venditore durante la fase di pendenza, perché così accade anche nelle vendite a termine.

Il tratto distintivo consiste, invece, nel fatto di consentire il trasferimento della proprietà piena di un bene, del quale è già stata trasmessa la proprietà risolvibile. Se ricostruiamo l'intera vicenda condizionale in termini di trasferimento del diritto, possiamo individuare il susseguirsi di due momenti traslativi:

- i Una prima fase, che copre tutto il periodo di pendenza della condizione, nella quale è stata trasferita al compratore la proprietà precaria;
- ii Una seconda fase, che è da ricondurre al venir meno dell'evento dedotto in condizione risolutiva e che segna il trasferimento della piena proprietà.

L'ipotesi ricostruttiva che si propone interpreta il passaggio dalla proprietà risolvibile alla proprietà piena come il risultato di un trasferimento particolare, che si realizza in due momenti, in forza dell'iniziale manifestazione di volontà, espressa in sede di conclusione del contratto condizionato e senza necessità di conferme successive³³. Questa singolare modalità di trasferimento del diritto trae origine dall'apposizione della condizione, per cui è il meccanismo condizionale che, fin dall'inizio, predispose il contratto in modo tale da trasferire il diritto in due momenti successivi. In quest'ottica, si è spostato il baricentro sul modo in cui avviene il trasferimento del diritto, evitando, così, di attribuire alla proprietà la capacità di evolversi e di trasformarsi per forza propria.

³² Per un maggior approfondimento sul tema si rinvia a G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 30 ss.; A. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, Milano, 2000, 55.

³³ Questa ipotesi ricostruttiva, che si incentra sull'importanza del trasferimento, potrebbe essere una chiave interpretativa attraverso la quale leggere anche i casi di vendita con patto di riscatto e di vendita con riserva della proprietà: essi potrebbero costituire, infatti, schemi tipizzati di passaggio dalla proprietà risolvibile alla proprietà piena. D'altra parte, questi due tipi di vendita sono visti come negozi subordinati a condizione risolutiva: nella vendita con riserva della proprietà "il ruolo di 'condizione risolutiva' sarebbe svolto [...] dall'inadempimento del compratore": così in A. C. PELOSI, *La proprietà risolvibile*, op. cit., 197; mentre la vendita con patto di riscatto sarebbe un negozio subordinato a condizione risolutiva potestativa. In entrambi i casi, quindi, si attribuisce inizialmente al compratore la sola proprietà risolvibile: si veda l'A. a p. 195, che con riferimento alla vendita con riserva della proprietà afferma che "al compratore spetti, fin dalla stipulazione del contratto, una "proprietà risolvibile", derivante, cioè, da un negozio a cui si applica, sia pur solo per analogia, la disciplina della condizione risolutiva"; mentre, per la vendita con patto di riscatto, sostiene, a p. 367, che "configura un'ipotesi particolare di proprietà risolvibile".

A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che finisce per considerare come condizionato solo il secondo trasferimento, mentre il primo, quello della proprietà risolubile, avviene subito al momento della conclusione del contratto. Una simile obiezione non trova spazio, dal momento che entrambi i trasferimenti sono permeati dalla condizionalità. Più precisamente, il primo trasferimento, quello della proprietà risolubile, trova la sua ragion d'essere nella possibilità che si realizzi un secondo trasferimento, che è quello della piena proprietà: questi due momenti sono separabili solo idealmente, perché restano legati l'uno all'altro dalla condizionalità, in assenza della quale questo meccanismo non trova applicazione.

La separazione di questi due momenti, dal punto di vista teorico, è resa possibile dal fatto che si tratta di due fasi in cui le facoltà di esercizio del diritto in capo al compratore sono diverse: la prima fase, infatti, è soggetta alla disciplina della condizione per quanto riguarda gli atti conservativi³⁴, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, etc. (artt. 1356, 1357, 1358 c.c.); mentre, durante la seconda fase, trova applicazione la disciplina della proprietà. Il primo momento, quello relativo alla proprietà risolubile, non costituisce un momento autonomo e indipendente, ma è legato alla possibilità di essere assorbito dal diritto nella sua forma piena, oppure di venir meno definitivamente, al sopraggiungere dell'evento dedotto in condizione risolutiva.

Si può ulteriormente osservare che non sarebbe corretto considerare come separati due diritti, che di fatto sono percepiti come un'unica cosa dalle parti: il venditore non vuole vendere, in un primo momento, la proprietà risolubile e poi, in un secondo momento, la proprietà piena; allo stesso modo, il compratore non ha interesse ad acquistare la proprietà risolubile, e poi, nel caso mancasse la condizione risolutiva, la proprietà piena³⁵. Le parti, invece, vogliono vendere e acquistare la proprietà di un bene nel caso venisse a mancare un certo evento: quella che chiamiamo "proprietà risolubile" è, per definizione, un diritto precario, non definitivo e che esiste in dipendenza del futuro³⁶ e possibile subentrare della proprietà piena. Si deve quindi concludere che la stessa possibilità di individuare un trasferimento realizzato in due tempi dipende dalla presenza della condizione, e che le due fasi sono strettamente legate tra loro ed entrambe sottoposte al vincolo condizionale.

³⁴ Nella specie, si tratta di atti conservativi promossi dalla controparte, si veda G. DE FINA, *Legittimazione del titolare della situazione giuridica di aspettativa all'esperimento delle azioni conservative*, *Giurisprudenza civile*, 1968, 227 ss.

³⁵ Troviamo conferma in M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, op. cit., 164, secondo il quale "Espressioni quali 'diritto condizionale', 'diritto risolubile' o 'diritto subordinato a condizione', pertanto, possono senz'altro essere utilizzate [...] per designare in modo sintetico il diritto dedotto ad oggetto di un negozio condizionato, ma non possono essere intese sottendere la legittimità concettuale di un (inconcepibile) negozio puro con cui si dispone di un 'diritto risolubile'".

³⁶ D. BARBERO, voce *Condizione*, op. cit., 1098.

La ragione per cui, nella ricostruzione proposta, si è attribuita importanza alla modalità in cui avviene il trasferimento, a scapito invece di una visione che dia rilevanza al modo di conformarsi del diritto di proprietà, trova conferma nel fatto che la stessa proprietà risolubile è una figura che, come si cercherà di dimostrare, ha più affinità con la logica del contratto che con quella della proprietà e degli altri diritti reali.

È stato affermato che “la proprietà risolubile si sottrae a un inquadramento nei rigidi schemi tradizionali e va collocata nell’ambito di una zona intermedia tra il paradigma della proprietà, di cui agli artt. 832 ss. c.c., e i diritti reali su cosa altrui”³⁷. Si concorda con chi ritiene che la proprietà risolubile costituisca una distinta situazione giuridica rispetto alla proprietà piena, essendo fornite di un differente apparato di limitazioni e facoltà; si è d’accordo anche con il considerarla come una posizione di diritto reale, di appartenenza, opinione che si giustifica se si pensa alla facoltà di esercizio del diritto in capo al suo titolare. Nonostante queste premesse, si crede, tuttavia, che la proprietà risolubile non costituisca una posizione intermedia tra proprietà e diritti reali³⁸, ma sia intrinsecamente legata al contratto.

La proprietà risolubile fotografa una situazione che non attiene tanto alla proprietà, quanto ad un trasferimento che non si è ancora completato del tutto. Il titolare della proprietà risolubile non è considerato come un proprietario, ma come un compratore che deve ancora diventare sicuro del suo acquisto: egli non è visto nell’ottica della proprietà, ma in quella del contratto. La vicenda circolatoria non si è ancora esaurita, ma viene in un certo senso cristallizzata in una fase intermedia, di passaggio, e quindi precaria per definizione.

Il legame con il contratto lo si vede nel fatto che non si potrebbe ipotizzare un acquisto a titolo originario della proprietà risolubile: perché, se fosse possibile, sarebbe una proprietà definitiva, consolidata, certa: ma sono tutti caratteri che non appartengono alla proprietà risolubile. Più che ravvisare una posizione intermedia tra proprietà e diritti reali, si può interpretare la proprietà risolubile come una posizione del tutto particolare, a cavallo tra la proprietà e il contratto, e che trova nel trasferimento la sua stessa possibilità di esistenza.

Dalle osservazioni che precedono emerge che il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena costituisce una vicenda circolatoria che esiste solo in relazione all’esistenza della clausola condizionale e che trova nella stessa apposizione della condizione la ragione della sua peculiarità.

³⁷ Si veda A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 440.

³⁸ Si rimanda a P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 780 ss. per la ricostruzione delle varie teorie sulla proprietà durante la pendenza della condizione. Le impostazioni sul punto sono molteplici, da quella della proprietà temporanea alla revocabilità del dominio; alla costituzione di un diritto reale limitato inteso come diritto reale parziario spettante all’acquirente. Si rinvia anche a L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 88 ss.

3.2. L'uscita dalla logica della condizionalità impedisce di riprodurre uno schema di trasferimento del diritto in grado di garantire un assetto definitivo

Si tratta ora di capire se il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena possa svolgersi anche al di fuori del meccanismo condizionale. La tesi che si propone ritiene che lo schema di trasferimento, che conduce dal diritto precario alla titolarità di quello definitivo, sia dotato di caratteristiche proprie, legate all'esistenza e al permanere della clausola condizionale. È questo il motivo per cui tale schema può operare in caso di mancamento della condizione, che infatti rappresenta uno dei due possibili esiti cui conduce la sequenza condizionale.

Diversamente, l'eliminazione della condizione si pone in posizione di rottura rispetto all'ordinario sviluppo della vicenda condizionale: non è un risultato che deriva dal regolare svolgimento della condizione, non solo perché è indipendente dal verificarsi o meno dell'evento, ma soprattutto perché trae origine da una volontà nuova e diversa da quella che inizialmente aveva portato le parti a concludere il contratto condizionato. Ne deriva che, per l'ipotesi di eliminazione della condizione, non sarà possibile riproporre il modello di trasferimento sopra visto: si cercherà di dimostrare questa tesi attraverso tre distinti profili, che segnano il progressivo allontanamento dell'ipotesi in esame rispetto alle vicende legate al permanere della logica condizionale.

1. Il primo tema da affrontare riguarda il fatto che la presenza della clausola condizionale consente al diritto di proprietà di atteggiarsi in maniera del tutto peculiare, e di assumere le vesti di una proprietà risolubile, che aspetta, durante tutta la fase di pendenza, di raggiungere la sua forma "piena", oppure di venir meno definitivamente. Poco importa se il passaggio dalla titolarità precaria a quella definitiva avvenga, come è stato sostenuto, attraverso una trasformazione del diritto stesso di proprietà, oppure, come invece qui riteniamo, attraverso una modalità di trasferimento che si realizza in due tempi. In entrambi i casi, si deve addivenire alla medesima conclusione, ossia che il passaggio dalla proprietà precaria a quella piena non possa trovare possibilità di esplicarsi al di fuori del meccanismo condizionale.

Non si concorda, invece, con l'affermazione per cui "posto che la 'proprietà risolubile' reca in sé la capacità di trasformarsi in proprietà definitiva nel caso di deficienza della condizione, non ci sembra vi siano difficoltà ad ammettere che codesta trasformazione si verifichi anche quando l'aspettativa venga ad estinguersi indipendentemente dalla deficienza della condizione"³⁹. Si tratta infatti di osservare che la condizione può venir meno per varie ragioni, ma un conto è che la condizione manchi perché l'evento non si sia verificato, un altro conto è che la condizione venga meno perché sono le parti che l'hanno eliminata,

³⁹ Così si legge in A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 446.

cancellando la clausola condizionale. In quest'ultimo caso, infatti, le parti hanno manifestato la volontà di uscire dalla logica della condizionalità e, con essa, dai meccanismi che regolano la conformazione del diritto di proprietà. Per questo motivo, una volta tolta la condizione, non ha più senso parlare di proprietà risolubile, e nemmeno sarà possibile riprodurre lo schema di trasferimento del diritto che conduce dalla forma precaria a quella definitiva, e che trova invece nella condizione la propria ragion d'essere.

2. Un secondo punto da analizzare riguarda il profilo legato agli interessi e, precisamente, all'abbandono della precarietà. Abbiamo visto che l'eliminazione della condizione mette in evidenza l'insufficienza dei concetti di proprietà risolubile e di aspettativa per descrivere la nuova situazione in cui si trovano le parti. Aspettativa e proprietà risolubile nascono per tutelare le pretese contrapposte di venditore e compratore in un contesto di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda. Al di fuori di questo contesto di incertezza, non ha più senso fare riferimento alle figure della proprietà risolubile e dell'aspettativa, perché è venuta meno la situazione di precarietà rispetto alla quale esse fornivano tutela.

L'incertezza è eliminata non perché è mancato l'evento, ma perché le parti hanno deciso di cancellare la clausola condizionale dal contratto, esprimendo in tal modo una volontà forte, che è quella di porre fine all'incertezza e di abbandonare i meccanismi propri della condizionalità, che andavano bene quando ancora la situazione era precaria, ma non sono più adatti a descrivere un assetto di interessi che si impone come definitivo.

Aspettativa e proprietà risolubile erano giustificate dall'esistenza della condizione, che aveva legato l'efficacia del contratto alle sorti di un evento individuato dalle parti. Eliminata la condizione, però, non sarà più possibile applicare questo schema, perché cade il presupposto su cui si fondava: ossia all'evento viene tolta la possibilità di influire sull'efficacia del contratto. Non si lascerà, perciò, che aspettativa e diritto risolubile seguano il proprio corso, aspettando che la sequenza condizionale si sviluppi a seconda che l'evento si verifichi oppure no. Tale svolgimento era conforme al precedente programma negoziale, ma quest'ultimo è venuto meno con l'eliminazione della condizione, che ha introdotto un nuovo regolamento e ha disapplicato la disciplina della condizione, in favore di uno schema nuovo. Emerge, quindi, nell'ipotesi di eliminazione della condizione, l'esigenza di seguire uno sviluppo diverso da quello che la vicenda avrebbe avuto, se fosse mancato l'evento dedotto in condizione, riaffermando, anche in base a questo profilo, la fuoriuscita dalla logica della condizionalità.

3. Quanto abbiamo visto determina importanti conseguenze per quanto riguarda il profilo legato all'unitarietà del contratto e al raggiungimento di effetti definitivi, compromettendo la possibilità di utilizzare lo schema di trasferimento, proprio della condizionalità, nel caso di sua eliminazione. Questo significa

che, mentre all'interno del congegno condizionale, il passaggio dalla proprietà risolubile alla proprietà piena si realizza con un unico contratto⁴⁰ e con un'unica manifestazione di consenso⁴¹, una volta eliminata la condizione, non sarà più possibile ottenere gli effetti definitivi attraverso il contratto non- più- condizionato. Si perviene a questa conclusione indifferentemente da quale interpretazione si adotta per ricostruire il raggiungimento di effetti definitivi, a partire da una situazione di titolarità precaria.

Se infatti assumiamo la prospettiva che scompone idealmente la sequenza condizionale in due distinti trasferimenti, dobbiamo sostenere che, una volta eliminata la condizione, il venditore dovrà realizzare un apposito trasferimento per far passare la piena proprietà in capo al compratore.

Parimenti, se riteniamo che la proprietà piena sia risorta in capo al venditore e, in modo corrispondente, si sia esaurito il diritto risolubile del compratore, anche in tal caso si deve riconoscere la necessità di un atto ulteriore che renda possibile la trasmissione del diritto definitivo al compratore, occorrendo, quindi, una nuova manifestazione di consenso.

Dalle osservazioni che precedono si ricava che l'eliminazione della condizione consente alle parti di abbandonare la logica della condizionalità, venuta meno la quale, non sarà più possibile ricorrere allo schema di trasferimento del diritto che si sarebbe applicato in sua presenza. Sarà quindi necessario individuare uno schema adatto a rappresentare la nuova situazione in cui si trovano le parti.

⁴⁰ Ribadisce la natura unitaria del contratto condizionato anche A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 312, secondo il quale "D'altra parte, respinta la tesi che, nel tentativo di spiegare la nascita e la successiva eventuale risoluzione degli effetti, ravvisa nel negozio risolutivamente condizionato due distinti, seppur collegati, atti di autonomia privata, si profila inevitabile la conclusione che, se unitaria è la fattispecie che dà vita al negozio sotto condizione risolutiva, unitaria dev'essere altresì la natura degli effetti che da quel negozio discendono: come non sussiste, accanto alla fattispecie costitutiva, una distinta fattispecie estintivo-costitutiva, così non vi sono due ordini di effetti, costitutivi gli uni, ed estintivo-costitutivi gli altri, ma solo degli effetti costitutivi di contenuto più limitato rispetto agli effetti "puri", che, a differenza di questi ultimi, da un lato recano in sé la ragione stessa della loro cessazione, e cioè sono intrinsecamente soggetti all'eventualità di cessare, dall'altro lato, e correlativamente, proprio perché limitati rispetto agli effetti del negozio "puro", lasciano in vita in capo all'alienante una situazione giuridica di "aspettativa", idonea per il suo contenuto intrinseco ad attribuire il diritto "pieno" all'alienante in concomitanza con la cessazione degli effetti creatisi in capo all'acquirente e cioè in concomitanza con l'avveramento della condizione risolutiva."

⁴¹ In tal senso anche N. DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, op. cit., 135 "Nel codice sono disciplinate varie ipotesi nelle quali il trasferimento si verifica automaticamente, senza bisogno di un ulteriore atto traslativo e per effetto del consenso originariamente manifestato: si pensi alle ipotesi dei negozi sospensivamente o risolutivamente condizionati o ad alcune figure di vendita c.d. obbligatoria, nelle quali il contratto si pone come strumento per la realizzazione dell'effetto traslativo che si verifica però in un momento successivo, quando si realizza un evento ulteriore". Si veda anche A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 238.

3.3 Impossibilità di configurare un contratto modificativo: necessità di un nuovo negozio per trasferire la proprietà piena

Abbiamo visto che l'eliminazione della condizione porta con sé la modifica della disciplina prevista nel regolamento inizialmente determinato dalle parti. L'apposizione della condizione, infatti, fornisce ai contraenti lo strumento giuridico adatto a rappresentare al meglio la situazione di precarietà in cui si trovano: ne segue che la scelta di eliminare la clausola condizionale assume il significato di rimuovere l'incertezza, in favore di un assetto di interessi definitivo, che trasformi le parti, da titolari di posizioni precarie, quali l'aspettativa e il diritto risolvibile, in titolari di situazioni definitive.

Resta da capire se a questa modifica della disciplina negoziale corrisponda un contratto modificativo. Finora ci siamo limitati a descrivere gli effetti cui conduce l'eliminazione della condizione, ma non abbiamo ancora individuato quale strumento giuridico utilizzare per realizzarla. L'ipotesi da verificare è quella di utilizzare lo strumento del contratto modificativo, ossia un atto che incida sul contratto originario, apportandovi delle varianti, ma lasciando inalterata l'identità del negozio su cui opera.

Un punto da chiarire riguarda il fatto che l'interesse delle parti non si esaurisce nell'eliminazione della clausola condizionale, ma mira invece ad ottenere quegli effetti definitivi che il contratto, in pendenza della condizione, non è riuscito a produrre. È quindi necessario non limitarsi al momento dell'eliminazione della condizione, che, come atto in sé, produce unicamente la rimozione della clausola condizionale, ma da solo non è sufficiente a realizzare gli effetti finali voluti dalle parti: non basta, infatti, cancellare la condizione, come fonte di precarietà, per arrivare a raggiungere un assetto definitivo.

Si deve, inoltre, considerare che l'eliminazione della condizione non ripristina il contratto come se fosse sorto puro fin dall'inizio, ma porta ad ottenere un contratto – non – più – condizionato, che si caratterizza per la fase dinamica di passaggio da un assetto di interessi precari ad uno definitivo.

Assumere una prospettiva in divenire si rivela fondamentale per capire come realizzare il passaggio dalla proprietà risolvibile alla proprietà piena.

La tesi che si sostiene ritiene che l'atto di eliminazione della condizione si limiti a rimuovere la clausola condizionale, ma lasci persistere un contratto che, così decurtato, non sia più in grado di produrre gli effetti definitivi⁴², che erano

⁴² Sul punto sembra opportuno richiamare la riflessione di A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 188, in cui afferma che “[...] le conseguenze giuridiche nascenti dalla situazione di pendenza sono nettamente distinte da quelle che sorgono dall'intera fattispecie dopo il verificarsi della condizione. Tuttavia, tali conseguenze preliminari non mancano di legame funzionale con gli effetti tipici, in quanto ad esse spetta l'ufficio di favorire e garantire, mediante vincoli posti alla condotta delle parti, il normale svolgersi della fattispecie fino alla situazione

legati al verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione. Gli unici effetti che il contratto potrebbe continuare a produrre sarebbero di identica natura rispetto a quelli prodotti fino all'eliminazione della condizione, ossia sarebbero proprio quegli effetti precari, che le parti vorrebbero eliminare insieme alla condizione.

Non è nemmeno possibile ritenere che quel medesimo contratto, che con l'apposizione della condizione era stato configurato per produrre effetti precari, possa, una volta tolta la condizione, iniziare a produrre effetti definitivi: sostenere un simile risultato significherebbe considerare il mancamento equivalente all'eliminazione della condizione. Quest'ultima, invece, non segue la sequenza condizionale, e non può quindi provocare l'effetto né di espandere la proprietà risolubile, né di comprimerla, né di realizzare lo stesso schema di trasferimento del diritto che operava in costanza di condizione.

Quando ancora era presente la condizione, la realizzazione degli effetti definitivi era affidata ad un meccanismo automatico, che si attivava al momento del verificarsi o meno dell'evento, senza bisogno che le parti esprimessero un nuovo consenso rispetto a quello originariamente prestato in sede di conclusione del contratto condizionato. Quello appena descritto costituisce un particolare schema di trasmissione del diritto che deriva dalla decisione delle parti di scegliere la formula del contratto condizionato per il conseguimento dei loro interessi.

Abbiamo però osservato che questo schema è intrinsecamente legato all'esistenza della condizione, tolta la quale, sarà necessario un atto ulteriore di trasferimento per realizzare gli effetti definitivi. In tal modo, però, il trasferimento della proprietà piena non è realizzato dall'originario contratto, pur privato della condizione, ma da un nuovo contratto.

Si può quindi concludere che la necessità di porre in essere un nuovo negozio per la produzione degli effetti definitivi esclude la possibilità di considerare l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo, in base al quale, invece, gli effetti finali dovrebbero essere prodotti dal contratto originario, così come modificato⁴³.

Il raggiungimento di un assetto definitivo di interessi può quindi essere realizzato mediante un atto di eliminazione della clausola condizionale, cui seguirà un nuovo negozio che trasferirà la proprietà piena in capo al compratore. Un nuovo trasferimento per il passaggio della piena proprietà è necessario, qualunque sia la ricostruzione della vicenda condizionale che prendiamo in con-

definitiva. È naturale infine che questa loro funzione cessi non appena la situazione definitiva subentra." Trova quindi conferma il fatto che gli effetti precari si estinguano in concomitanza con il raggiungimento di una situazione definitiva, indipendentemente dal fatto che questa sia dovuta all'eliminazione della condizione, o dal suo mancamento.

⁴³ G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, op. cit., 852, secondo il quale, infatti, il negozio modificativo "non ha vita autonoma e non può funzionalmente sorreggersi se non in quanto innestato nel rapporto principale e dalla sua vitalità effettivamente sorretto".

siderazione. Una volta venuta meno la precarietà della fase di pendenza, sia se riteniamo che la proprietà risolubile si estingua, sia nel caso contrario, in cui riteniamo che la proprietà risolubile possa permanere in capo al compratore anche dopo l'eliminazione della condizione, in entrambi i casi, il raggiungimento della proprietà piena necessita di un ulteriore trasferimento.

La tesi che si propone è quella per cui la proprietà risolubile non possa sussistere come posizione autonoma, dopo l'eliminazione della condizione: se infatti questo fosse possibile, allora bisognerebbe ammettere che la proprietà risolubile possa costituire una situazione stabile, ma sarebbe una contraddizione rispetto alla ricostruzione della proprietà risolubile come situazione precaria e non definitiva.

Si conferma, in tal modo, la necessità di ricorrere ad un ulteriore trasferimento e quindi l'impossibilità di realizzare il passaggio della piena proprietà attraverso un contratto modificativo.

Al termine di questa analisi, possiamo quindi concludere che l'operazione di eliminazione della condizione non è sufficiente a produrre gli effetti definitivi cui mirano le parti, ma, per consentire al compratore di raggiungere una situazione di titolarità piena, sarà necessario ricorrere ad un ulteriore trasferimento. Quest'ultimo si rende necessario per il fatto che il contratto originario, dopo essere stato privato della clausola condizionale, non è più in grado di completare il trasferimento del diritto nella sua forma piena, come sarebbe avvenuto se, ad esempio, non si fosse verificato l'evento e la condizione risolutiva fosse quindi mancata. La presenza stessa della condizione determina una particolare modalità di trasmissione del diritto, che consente il passaggio della proprietà in due momenti: questo, però, non costituisce uno schema generale di trasferimento della proprietà, ma trova applicazione solo là dove la vicenda condizionale possa seguire il proprio corso, dando come esito il mancamento o il verificarsi dell'evento.

Eliminando la condizione, le parti hanno invece deciso di abbandonare la logica e gli schemi che regolano il contratto condizionato, per cui il contratto, così decurtato della condizione, non sarà più in grado di produrre effetti. Sarebbe, quindi, inutile intervenire sul contratto originario attraverso un atto modificativo⁴⁴, che presuppone invece la capacità del regolamento iniziale di costituire la fonte di ogni ulteriore effetto⁴⁵. La produzione degli effetti sarà quindi affidata

⁴⁴ N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 42, definisce la funzione della dichiarazione modificativa nell'effetto di alterare gli effetti del negozio originario, mentre la esclude quando gli effetti giuridici siano da ricollegare al negozio nuovo risultante dalla modifica.

⁴⁵ Si rinvia a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 360 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2000; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; F. P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, Nuova Giurisprudenza Civile

ad un nuovo trasferimento, che consentirà alle parti di raggiungere una situazione di titolarità definitiva.

4. L'eliminazione della condizione sospensiva nei contratti traslativi

4.1 Il passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena come autonoma vicenda circolatoria

Anche in caso di condizione sospensiva, la decisione di eliminare la clausola condizionale esprime la volontà delle parti di modificare la disciplina impressa originariamente al negozio, azzerando il rischio che questo possa rimanere improduttivo. In tal modo, si esce dal contesto di precarietà proprio della fase di pendenza, e si stabilisce un nuovo assetto caratterizzato da interessi definitivi. L'obiettivo dell'indagine sarà quello di capire come avviene il passaggio dalla fase di precarietà a quella definitiva, una volta eliminata la condizione sospensiva in un contratto ad effetti traslativi: su questo elemento si misura infatti la possibilità di configurare l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo oppure come un diverso atto negoziale.

Assumere una prospettiva in divenire, che tenga conto anche degli effetti finali del contratto, è giustificato dal fatto che le parti, che si apprestano ad eliminare la condizione, non hanno di mira, come risultato in sé, quello di ottenere un contratto decurtato, privo di un elemento di cui il negozio era provvisto in origine; il loro intento è piuttosto quello di raggiungere quegli effetti definitivi che il contratto condizionato non riesce a realizzare senza costringere le parti a restare in balia dell'incertezza collegata alle sorti di un evento.

L'analisi sarà quindi incentrata sullo schema di trasferimento⁴⁶ del diritto che consente di raggiungere una fase di titolarità piena a partire da una situazione di aspettativa⁴⁷ e sarà proprio dallo studio di quest'ultima che bisogna par-

Commentata, 2013, 210 ss.

⁴⁶ Sulla necessità di ripensare il concetto di circolazione dell'aspettativa si rinvia a G. AMADIO, *La monografia sulla condizione e la teorica degli elementi dell'atto giuridico*, *Rivista di Diritto Civile*, 2017, 4, 1028.

⁴⁷ Per il concetto di aspettativa si rimanda a D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 302 "L'aspettativa, dunque, è un *quid* che sorge durante il processo di formazione della fattispecie (e si riferisce agli effetti definitivi vantaggiosi, che si produrranno al completarsi della fattispecie.) Ma non qualsiasi stadio di formazione della fattispecie è sufficiente perché sorga un'aspettativa, distinta da una mera speranza non particolarmente qualificata: non basta, cioè, che sia realizzato un qualsiasi elemento della fattispecie. L'aspettativa si riferisce agli effetti definitivi [...]". Si rimanda anche a R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 226; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, Napoli, 1961, 101.

tire per comprendere l'evoluzione della vicenda in esame. Sono due i profili che si rivelano fondamentali per proseguire l'indagine. Il primo è relativo al fatto che, a differenza del diritto risolubile, l'aspettativa⁴⁸ esprime una relazione con il bene in termini non di appartenenza, ma di tutela⁴⁹; il secondo aspetto, che discende direttamente dal primo, è che essa non rappresenta un modo di essere del diritto di proprietà⁵⁰, quanto piuttosto un modo di atteggiarsi del compratore in conseguenza della particolare configurazione assunta dal contratto.

Quanto al primo profilo, possiamo osservare che l'aspettativa⁵¹ non instaura una relazione di appartenenza con il bene, dal momento che non è attribuibile ad essa un contenuto riconducibile al diritto di proprietà o, più in generale, ai diritti reali⁵². Questa figura esprime soltanto una posizione con facoltà limitate

⁴⁸ D. BARBERO, voce *Condizione*, op. cit., 1104: "Se la condizione è sospensiva, non essendosi ancora realizzato l'evento reso decisivo per la produzione degli effetti negoziali, questi effetti sono appunto quelli che rimangono sospesi: il che vuol dire che non sono ancora una realtà, ma tuttavia devono considerarsi una possibilità. [...] Dal fatto peraltro che debba considerarsi una possibilità deriva la necessità di una sua tutela: la possibilità crea un'aspettativa che non può essere lasciata in balia delle parti, ma deve essere presa sotto la protezione della legge perché non sia impunemente frustrata a danno della parte (e nei contratti possono essere entrambe) che ha interesse al suo realizzarsi. Il contenuto di questa aspettativa valutato in termini giuridici si esprime sostanzialmente in una serie di effetti giuridici, che non potendo essere gli effetti *negoziali*, cioè perseguiti dalle parti e indirizzati dalla legge a realizzare il loro intento, rientrano nella sfera di quelli che la dottrina ha identificato come effetti *preliminari* del negozio giuridico: effetti caratterizzati dalla loro destinazione non a realizzare l'intento (che è ancora *sub condicione*) ma a conservarne la realizzabilità per l'ipotesi di avveramento dell'evento condizionante"; sempre sull'aspettativa si veda P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 797 "L'aspettativa è qualcosa di più di un mero potere di fatto e non è ancora il pieno diritto soggettivo. Con linguaggio immaginoso, ma di discutibile rigore, si parla di diritti in germe, di diritti embrionali, con riguardo alla fase di efficacia intermedia o intercalare o intermistica [...]". Si rinvia anche a G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 643 ss.

⁴⁹ Si richiama G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, op. cit., 48 "Per aspettativa di diritto s'intende infatti, generalmente, la situazione giuridica, autonoma seppur strumentale, costituita dal complesso di effetti che l'ordinamento predispone a tutela del soggetto in cui favore viene maturando un diritto a séguito del progressivo svolgimento della fattispecie idonea ad introdurre un nuovo assetto definitivo di interessi".

⁵⁰ In tal senso, anche A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 237 "[...] verosimilmente va escluso che abbia natura di diritto reale di godimento la vera e propria "aspettativa".

⁵¹ S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999, 66, analizza le molteplici definizioni attribuite al concetto di aspettativa, testimoniando la difficoltà di darle una collocazione precisa che "Se, infatti, una parte della dottrina propende per ricondurla alla categoria del diritto soggettivo – e preferisce parlare direttamente di "diritto di aspettativa", salvo poi nuovamente dividersi là dove si tratta di stabilire a quale tipologia di diritto soggettivo essa possa essere ascritta (tra i diritti potestativi, i diritti di credito, i diritti reali, ecc.) –, altri autori sottolineano l'autonomia concettuale che caratterizzerebbe questa particolare situazione di vantaggio rispetto alla figura del diritto soggettivo e si spingono fino a costruire attorno ad essa una nuova categoria a sé stante di situazioni giuridiche soggettive attive."

⁵² D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, op. cit., si distanzia in particolare dalla dottrina tedesca che costruisce l'aspettativa come diritto soggettivo, e commenta, p. 318 che tale dottrina "si è ovviamente trovata di fronte al problema della collocazione sistematica di un tale

alla tutela del diritto oggetto del contratto, ossia alla tutela della posizione di una parte nei confronti dell'altra, quando il rapporto non ha ancora raggiunto un assetto definitivo, ma si trova in una fase soggetta a cambiamenti. Troviamo conferma di questa impostazione nel fatto che l'acquirente sotto condizione sospensiva non ha un rapporto con il bene che gli consente di esercitare il diritto, ma può solo limitarsi al compimento di atti conservativi, secondo quanto previsto dall'art. 1356 c.c.

Quanto appena osservato ci conduce al secondo profilo, relativo al fatto che l'aspettativa rappresenta una forma di tutela della parte intesa come acquirente, non come proprietario, dato che infatti non può ancora dirsi tale, e, da questo punto di vista, sembra più corretto affermare che non è il diritto a costituire un'aspettativa, ma è il compratore ad essere in una posizione di aspettativa⁵³. Ne segue che quest'ultima rappresenta una situazione⁵⁴ che sorge in capo al compratore a séguito della particolare conformazione che si è scelto di dare al contratto, ma non proviene da un trasferimento posto in essere dal venditore. L'aspettativa non viene trasmessa dal venditore al compratore, dal momento che, prima della stipulazione del contratto condizionato, non sussiste in capo al venditore una posizione analoga all'aspettativa, che egli possa trasferire ad altri.

A questa ricostruzione si potrebbe però obiettare che, in conseguenza di una vendita sospensivamente condizionata, il venditore rinuncia a qualcosa, dal momento che il compratore può legittimamente limitare le facoltà e i poteri del venditore, che è infatti tenuto a comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni di controparte (art. 1358 c.c.): si nega comunemente, ad

diritto di fronte alle varie categorie di diritti subiettivi". Secondo l'A., invece, 317 "[...] l'aspettativa designa il semplice complesso degli effetti preliminari singoli disposti in favore di un subbietto, cioè il complesso dei rapporti preliminari in cui un subbietto interviene nel termine attivo; e riteniamo che questo complesso non costituisce, a sua volta, un effetto giuridico per sé stante, sovraordinato ai rapporti singoli che lo compongono, ma si risolve in questi rapporti, e solo sta ad indicare la connessione tra essi esistente. Le varie questioni, in cui la costruzione dell'aspettativa come diritto subiettivo assumerebbe un interesse pratico, possono venire prospettate e risolte con esclusivo riferimento agli effetti preliminari singoli e, eventualmente, alla connessione fra essi esistente."

⁵³ P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 797, citando H. WÜRDINGER, *Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff*, München, 1928, riporta la definizione di aspettativa come la "concreta relazione, del soggetto in attesa, rispetto alla norma, in virtù della quale relazione la conseguenza della norma non è ancora a sua disposizione, ma tuttavia, sino a un certo punto, gliene è garantita l'applicazione. [...] L'aspettativa non conclude la fattispecie, ma ne rappresenta uno stadio intermedio".

⁵⁴ Si condivide la riflessione di S. TROIANO, *La cessione di crediti futuri*, op. cit., 74 che afferma "L'aspettativa rappresenta, dunque, la proiezione sul piano formale della tutela che la legge offre a tale interesse individualizzato [i.e. l'interesse dell'acquirente sotto condizione]. Come questa posizione giuridica debba essere qualificata è invece questione di natura, in definitiva, esclusivamente nominale, una volta che si concordi sul fatto che essa esiste come entità giuridica, sorge per effetto immediato del contratto ed ha il contenuto desumibile dalle norme sulla pendenza della condizione."

esempio, che il venditore possa distruggere il bene, o comunque disporne con quell'ampiezza di poteri e facoltà di cui ancora godrebbe, se conservasse intatta la piena proprietà. A questa obiezione si risponde osservando che le limitazioni imposte al venditore non sono dovute al fatto che egli si sia privato in qualche misura di quel diritto di proprietà, di cui in precedenza poteva vantare la piena titolarità, come se ne avesse trasmesso al compratore una parte coincidente all'aspettativa. Al contrario, si deve ritenere che le limitazioni del venditore derivino dal contratto stesso di vendita, così come è stato previsto dalle parti: stipulando il contratto condizionato, il venditore si impegna a conservare integro il bene nell'eventualità che questo possa trasferirsi al compratore. Si conferma quindi che l'aspettativa non è un *quid* esistente prima del contratto condizionato, come se fosse ricompreso nel diritto di proprietà, e di cui il proprietario si possa privare, per trasmetterlo al compratore: prima del contratto condizionato, non esiste alcuna aspettativa, la quale sorgerà in capo al compratore solo a seguito della stipulazione.

L'analisi di questi due profili ci consente di raggiungere una conclusione in merito alla modalità di trasferimento del diritto che si realizza in sede di passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena. Abbiamo escluso, infatti, che l'aspettativa possa costituire oggetto di un trasferimento dal venditore al compratore⁵⁵: al contrario, si deve sostenere che, durante il periodo di incertezza, non si verifica alcun trasferimento, il quale si realizzerà, in un'unica soluzione, al momento del passaggio della proprietà piena in capo al compratore.

Emerge, così, con tutta evidenza, la differenza tra le vicende circolatorie che operano in caso di passaggio, rispettivamente dalla aspettativa o dalla proprietà risolubile, alla proprietà piena: il motivo di questa distinzione risiede proprio nella diversa natura delle due figure, accomunate solo dal fatto di rappresentare situazioni di precarietà. Mentre la proprietà risolubile può infatti essere vista come un trasferimento della proprietà che si realizza in due momenti, non è invece possibile applicare lo stesso schema nel caso di aspettativa, che abbiamo invece ricostruito come una posizione non riconducibile al diritto di proprietà, e che sorge in capo al compratore in modo autonomo, senza che sia necessario un comportamento da parte del venditore.

⁵⁵ Questo non esclude, però, che l'aspettativa condizionale possa formare oggetto di trasferimento dal compratore ad un terzo. Sul punto si rinvia a G. PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile*, op. cit., 165. Si veda anche S. MAIORCA, voce *Condizione*, op. cit., 309, che, a proposito del potere di trasferimento dell'aspettativa, afferma: "[...] più che una «distribuzione», o «scissione», del potere dispositivo, ovvero una «anticipazione» di tale potere, in vista dell'eventuale verificarsi dell'evento condizionale, dovrebbe individuarsi la presenza di una situazione fornita della stessa natura della situazione cui inerisce: e poiché tale situazione è una semplice aspettativa, anche la sua disponibilità dovrebbe non esprimersi se non come mera disponibilità di una aspettativa." Si segnala anche P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 783 e 797, secondo il quale il concetto comunemente accolto dalla dottrina è oggi quello della «trasferibilità» della aspettativa, al pari del diritto risolubile.

4.2 La riproduzione di uno schema di trasferimento del diritto valido anche al di fuori della logica condizionale

Resta da capire se il contratto non più condizionato sospensivamente sia in grado di riprodurre lo schema di trasferimento del diritto che conduce il compratore ad ottenere la titolarità della piena proprietà. Possiamo osservare che il passaggio dalla situazione di aspettativa alla proprietà piena, che si realizza, ad esempio, in caso di verifica della condizione sospensiva, non è legato al meccanismo condizionale, perché lo troviamo operante anche in un contesto estraneo alla logica della condizionalità e, precisamente, nel contratto a termine iniziale.

Si cercherà quindi di dimostrare che il contratto a termine iniziale presenta uno schema di trasferimento del diritto analogo a quello del contratto sospensivamente condizionato.

Si propone di seguito un parallelismo tra il contratto a termine e il contratto sospensivamente condizionato⁵⁶ esclusivamente dal punto di vista dei meccanismi di trasmissione del diritto, senza coinvolgere altri aspetti e senza voler forzare il dato normativo nel tentativo di avvicinare le due figure, che mantengono notevoli differenze non riducibili ad unità: per tutte, si pensi, ad esempio, al differente operare del rischio nella fase di pendenza. Con questa precisazione, è possibile procedere all'indagine.

Il contratto sospensivamente condizionato presenta uno schema di trasferimento del diritto così sintetizzabile: 1) unica iniziale manifestazione di volontà, prestata al momento di conclusione del contratto; 2) momento traslativo differito nel tempo rispetto al perfezionamento del contratto; 3) trasferimento del diritto che avviene in un unico momento.

Queste identiche caratteristiche si ritrovano anche nel caso di contratto a termine iniziale, nel quale è la volontà stessa delle parti a programmare un contratto che abbia effetto dal sopraggiungere del termine in poi, mentre, per il

⁵⁶ Il confronto tra condizione sospensiva e termine è svolto da numerosi autori con riguardo allo stato di aspettativa. In particolare, si richiama D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, op. cit., 107 "Diciamo che gli effetti, i quali sorgono durante la pendenza di una condizione sospensiva o durante il decorso di un termine iniziale, sono effetti preliminari in senso tecnico (cioè effetti che si producono prima della nascita dell'effetto definitivo), e rientrano pertanto in una categoria unitaria con quegli effetti preliminari, che sorgono mentre ancora manchi un elemento tipico della fattispecie. Diciamo questo perché riteniamo che, tanto in un negozio sottoposto a condizione sospensiva quanto in un negozio sottoposto a termine iniziale, gli effetti definitivi sorgono solo al verificarsi della condizione o allo scadere del termine". Si veda ad esempio anche A. C. PELOSI, *La proprietà risolubile*, op. cit., 313, secondo il quale la clausola condizionale risolutiva e il relativo evento svolgono una funzione analoga al termine finale, in presenza del quale si producono degli effetti temporanei, che si risolveranno alla scadenza. In particolare, per l'aspettativa derivante dal negozio a termine si rimanda a G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, op. cit., 227.

periodo precedente, il compratore si trova in una fase di aspettativa del tutto simile a quella in cui si trova il compratore di una vendita sottoposta a condizione sospensiva. In entrambi i casi, al compratore è attribuita un'identica⁵⁷ possibilità di tutelare la propria pretesa nei confronti del venditore nell'attesa che si verifichi, in un caso, l'evento⁵⁸, nell'altro caso, il decorso del termine.

Se identica è l'aspettativa, diversa è però la situazione di sospensione che dovrebbe costituire il presupposto per attribuire al compratore questi poteri di tutela, fintanto che il contratto non produca effetti. Mentre nel caso della condizione sospensiva, la fase di pendenza si caratterizza per essere una situazione di precarietà, ossia di incertezza riguardo all'esito finale della vicenda; nel caso di contratto a termine, la fase di sospensione non è incerta, ma solo futura. Di fatto, però, la sospensione legittima in entrambi i casi il compratore (futuro, in un caso, e probabile, nell'altro) a porsi in un'identica situazione di tutela rispetto al bene, la quale risulta motivata non tanto dall'incertezza del risultato finale, quanto piuttosto dall'esistenza di uno iato tra il momento della conclusione del contratto e quello del compimento degli effetti.⁵⁹

Posta quindi l'identità dello schema di trasferimento nel caso di contratto a termine e di contratto sospensivamente condizionato, perché in entrambi i casi la trasmissione del diritto avviene in un unico passaggio, dopo un iniziale periodo di aspettativa, si può ulteriormente osservare che la piena coincidenza tra gli schemi di trasferimento si instaura con l'ipotesi di contratto sospensivamente condizionato nel quale sia stata stabilita la irretroattività degli effetti. In entrambi questi due ultimi casi, il periodo di aspettativa precedente non viene, per così dire, assorbito o inglobato retroattivamente dal sopraggiungere della situazione definitiva.

La conclusione così raggiunta ci permette di affermare che, anche in un contesto estraneo alla logica della condizionalità, come è appunto il contratto a

⁵⁷ Così M. FACCIOLI, *I doveri preparatori della prestazione dovuta sotto condizione, Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4, 348, dove ricostruisce i doveri preparatori derivanti dall'obbligazione contratta sotto condizione sospensiva negli stessi termini in cui vengono generalmente intesi i doveri preparatori che gravano su chi si è posto nella posizione di debitore nel contesto di un rapporto obbligatorio sottoposto a termine di scadenza.

⁵⁸ D. BARBERO - A. LISERRE - G. FLORIDIA, *Il sistema del diritto privato*, Torino, 2001, 265.

⁵⁹ A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 204, a proposito dell'aspettativa afferma che "L'aspettativa - che sorge ogni qual volta le conseguenze giuridiche di un atto risultano sospese in rapporto ad un coelemento futuro- si specifica poi come aspettativa condizionale, quando sulla situazione di attesa grava l'incertezza circa il futuro subentrare degli effetti sospesi: vale a dire quando la sospensione della efficacia è dovuta alla necessità di un coelemento futuro ed incerto". Prosegue poi, nella nota n. 191, precisando che "L'aspettativa dell'atto condizionale deriva invero dal carattere del coelemento come futuro, e non già da quello della incertezza. Quest'ultimo serve unicamente a distinguere l'aspettativa derivante dal meccanismo della condizione da quella derivante dal meccanismo del termine: serve cioè a distinguere l'aspettativa condizionale da quella temporale."

termine iniziale, è possibile individuare uno schema di trasferimento del diritto che consente il passaggio dalla fase di aspettativa al raggiungimento della titolarità piena. Questa osservazione ci permette di dimostrare che tale schema di trasferimento del diritto può essere riprodotto anche al di fuori del meccanismo della condizione, potendo quindi trovare applicazione anche al caso di eliminazione della condizione sospensiva.

La rimozione della condizione sospensiva, infatti, interrompe la fase di pendenza, durante la quale il diritto di proprietà non è stato ancora trasferito, ma è sorta in capo al compratore una posizione di aspettativa⁶⁰, del tutto analoga a quella che abbiamo visto esserci in capo al compratore di una vendita a termine iniziale⁶¹. Poiché quindi il venditore ha ancora la piena proprietà del bene, questa potrà essere trasmessa al compratore, a séguito dell'eliminazione della condizione, che ostacolava l'immediata produzione degli effetti traslativi.

Alla luce di queste osservazioni possiamo quindi affermare che l'ipotesi di eliminazione della condizione sospensiva segue uno schema di trasferimento del diritto analogo a quello che opera in caso di verifica della condizione o –essendo lo stesso– in caso di contratto a termine, dove è possibile individuare le seguenti fasi: 1) la sussistenza di una semplice posizione di aspettativa in capo al compratore; 2) il trasferimento del diritto è differito rispetto al perfezionamento del contratto; 3) il trasferimento della proprietà piena avviene in un unico momento, e non contempla il precedente passaggio della proprietà risolubile.

4.3 La possibilità di produrre effetti definitivi consente di configurare un contratto modificativo

Lo schema di trasferimento così individuato ci fornisce tutti gli elementi utili per rispondere alla domanda posta all'inizio della nostra indagine, dove abbiamo ipotizzato che la possibilità di costruire l'eliminazione della condizione come un contratto modificativo si misuri proprio sul fatto che sia il contratto iniziale a consentire la produzione degli effetti definitivi.

A tal proposito, si rivela decisivo instaurare un parallelismo tra l'ipotesi di verifica ed eliminazione della condizione sospensiva. Abbiamo già osser-

⁶⁰ P. RESCIGNO, voce *Condizione*, op. cit., 762; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1970, 228.

⁶¹ A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, 194 “[...] anche il negozio traslativo sub die, al pari di quello sottoposto a condizione, è produttivo di uno stato di pendenza (die Schwebestand) e che medio tempore il destinatario dell'acquisto (e sia esso l'acquirente a termine sospensivo o l'alienante a termine risolutivo) sarà titolare di una mera “aspettativa” (Anwartschaft), destinata a convertirsi in “effetto pieno”(Vollwirkung) solo alla scadenza del termine, aspettativa tutelata con gli stessi rimedi che si danno per il negozio sottoposto a condizione.”

vato che, nell'uno e nell'altro caso, opera lo stesso schema di trasferimento del diritto che consente il passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena. Resta da dimostrare che questo tipo di vicenda circolatoria si attiva per effetto di quell'unica, iniziale, manifestazione di volontà, prestata al momento della conclusione del contratto.

Si anticipa, fin da subito, una possibile obiezione: è vero che nel caso di eliminazione della condizione le parti esprimono una seconda manifestazione di volontà, ma questa è diretta nel senso di rimuovere l'elemento di incertezza rappresentato dalla stessa condizione, mentre non è necessaria per consentire la produzione degli effetti traslativi. Questo è possibile perché le parti hanno a disposizione un contratto che, anche senza la clausola condizionale, si rivela comunque in grado di produrre gli effetti definitivi per cui era stato predisposto.

Possiamo infatti osservare che il contratto sospensivamente condizionato è un contratto già programmato⁶² per produrre effetti differiti rispetto alla sua conclusione, a partire dal momento in cui si pone fine alla precarietà e si raggiunge un assetto di interessi definitivo. Se pensiamo che anche la rimozione della clausola condizionale comporta la fine dello stato di pendenza, possiamo concludere che, limitatamente a questo aspetto, parrebbe non esserci differenza se l'esaurirsi dell'incertezza sia determinato da un fatto (il verificarsi dell'evento) previsto nel contratto fin dall'inizio, oppure se venga meno a seguito di un altro fatto (l'eliminazione della condizione) non originariamente previsto dal contratto. In entrambi i casi, si arriva allo stesso risultato di eliminazione della precarietà, a seguito della quale il contratto potrà iniziare a produrre gli effetti, che sono stati sospesi durante la pendenza della condizione. In altre parole, possiamo sostenere che, in un contratto sospensivamente condizionato, la clausola condizionale opera come elemento impeditivo⁶³ rispetto alla produzione degli effetti⁶⁴, ragione per cui, una volta rimossa, viene ristabilita la possibilità del contratto di realizzare il trasferimento del diritto.

Se quindi l'atto traslativo trova la sua fonte nel contratto originario, non necessitando di nuove manifestazioni di volontà o di ulteriori atti di trasferi-

⁶² Si veda A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 81, che, in relazione al funzionamento della condizione sospensiva, descrive un meccanismo nel quale è "statuita la perfezione giuridica dell'atto al momento in cui viene posto in essere, e disposta la sospensione degli effetti (quindi venire sospesa la realizzazione degli interessi interni) fino al realizzarsi della situazione favorevole alla efficacia del negozio."

⁶³ R. CALVO, *Situazioni di appartenenza e garanzia nella riserva di proprietà*, *Rivista di Diritto Civile*, 2015, 863 "la condizione sospensiva opera all'interno dell'atto riverberandosi sui suoi effetti (eventuali), i quali si realizzano se, grazie al sopravvenire dell'accadimento condizionante, venga integrato l'elemento cui le parti hanno volontariamente riconosciuto efficacia costitutiva degli spostamenti patrimoniali (altrimenti la condizione rileverà quale mero fatto impeditivo assoluto)".

⁶⁴ Obbligatorio anche il rinvio a A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, op. cit., 240.

mento, allora si può concludere che l'eliminazione della condizione agisce come un contratto modificativo, che altera la struttura contrattuale originaria con la rimozione di un elemento, ma lasciando al contratto originario la possibilità di produrre gli effetti finali voluti dalle parti⁶⁵.

Rispetto a tale conclusione, si vuole prevenire una possibile obiezione, ponendo una precisazione con riguardo al caso di eliminazione della condizione risolutiva. Si potrebbe infatti dubitare del fatto che l'eliminazione della condizione, se sospensiva, possa essere realizzata con un contratto modificativo, mentre, se risolutiva, si debba ricorrere ad un altro contratto per la produzione degli effetti. In entrambi i casi, abbiamo visto che l'eliminazione della condizione produce il medesimo effetto di rimuovere l'incertezza e porre fine allo stato di precarietà: si deve quindi chiarire da cosa dipenda il diverso esito cui giungono i due tipi di condizione.

La differenza è dovuta al fatto che sono diversi non solo gli schemi di trasferimento del diritto che conducono al conseguimento della proprietà piena, ma anche le situazioni giuridiche soggettive di partenza, che abbiamo visto essere la proprietà risolubile e l'aspettativa.

Questo fa sì che, in caso di condizione risolutiva, il contratto che residua a seguito dell'eliminazione della clausola condizionale non sia più in grado di produrre l'effetto traslativo del diritto, ma sia necessaria una nuova ed ulteriore manifestazione di volontà delle parti. Secondo l'impostazione da noi proposta, è l'esistenza della condizione risolutiva che predispone una particolare modalità di trasferimento del diritto, che si realizza in più momenti: tale caratteristica non è riproducibile al di fuori del meccanismo condizionale, tolto il quale, il trasferimento della piena proprietà richiede una nuova prestazione di consenso. Si compromette, così, definitivamente la possibilità di ricostruire la vicenda come un contratto modificativo, che dovrebbe, invece, consentire al contratto originario, seppur modificato, di produrre gli effetti definitivi voluti dalle parti.

Diversamente, è possibile riconoscere un contratto modificativo nell'ipotesi di condizione sospensiva, la cui rimozione non impedisce al contratto originario di imporsi come unica fonte⁶⁶ del momento traslativo. Il contratto sospensivamente condizionato è un contratto che è stato programmato⁶⁷ per produrre effetti in modo differito, a partire dal momento in cui si esaurisce l'in-

⁶⁵ Nel senso di interpretare come modificativo la rinuncia alla condizione, si veda S. PIRAS, *Appunti sulla novazione*, Sassari, 1948, 41 in nota, secondo il quale essa non dà luogo ad una estinzione, bensì ad una "modifica oggettiva qualitativa nel contenuto del rapporto o posizione giuridica in questione, mantenendosi questa in vita nonostante la detta vicenda".

⁶⁶ Il contratto modificativo non sostituisce la fonte regolatrice del rapporto, che resta quella originaria: si veda N. IRTI, *La ripetizione*, op. cit., 145 "[...] i negozi modificativi non generano né regolano il rapporto, ma si limitano a restringere o ad ampliare il contenuto del negozio anteriore".

⁶⁷ A. FALZEA, voce *Condizione*, op. cit., 2.

certezza della fase di pendenza: l'eliminazione della condizione rimuove tale incertezza e consente al contratto originario di produrre gli effetti per il quale era stato concluso. Questo risultato non si contraddice con la volontà delle parti di uscire dalla logica della condizionalità, perché tale schema di passaggio dall'aspettativa alla proprietà piena non è legato all'esistenza della condizione, ma è riproducibile anche in contesti del tutto distinti, come, ad esempio, nel contratto a termine iniziale.

5. L'eliminazione della condizione nei contratti ad effetti obbligatori

Le conclusioni così raggiunte non possono essere riproposte per i contratti ad effetti obbligatori, per i quali, come è noto, non trovano applicazione i concetti di proprietà risolubile o di aspettativa. Il dato che colpisce risiede piuttosto nel fatto che, in questa tipologia contrattuale, è la stessa apposizione della condizione che viene ad assumere un significato peculiare⁶⁸.

Se iniziamo l'analisi prendendo a modello la condizione risolutiva, si può notare che la sua eliminazione andrebbe ad operare su un contratto che, durante la pendenza della condizione, non solo ha già prodotto effetti, ma ha visto il rapporto stesso ormai esaurirsi⁶⁹. L'esecuzione del contratto durante la fase di pendenza paralizza il meccanismo condizionale, rendendolo inutilizzabile, dal momento che l'adempimento porta ad estinguere l'obbligazione. Da ciò è giustificato concludere che l'adempimento, se avviene prima del verificarsi dell'evento, va a frustrare la stessa funzione della condizione risolutiva, in quanto il

⁶⁸ M. ALLARA, *Contributo alla teoria della novazione condizionale nel diritto civile italiano*, *Rivista di Diritto Civile*, 1926, 313.

⁶⁹ In senso analogo si richiama M. COSTANZA, Art. 1360 c.c., Commentario del Codice Civile, a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna, 1997, 130 "Le considerazioni svolte in relazione alla c.d. proprietà risolubile non sono, però, suscettibili di generalizzazione e, soprattutto, di estensione alle situazioni creditorie, che si estinguono con l'esecuzione della prestazione. Rispetto ai contratti ad effetti obbligatori e ad esecuzione istantanea l'avveramento della condizione risolutiva non può determinare la caducazione di un rapporto che si è ormai esaurito, con l'adempimento. L'efficacia immediata dell'atto sottoposto a condizione risolutiva comporta l'esigibilità della prestazione e quindi l'obbligo di attuare gli impegni assunti. Se interviene la risoluzione, la prestazione non può essere eliminata; essa, al più, può essere restituita perché viene meno la sua ragione giustificativa. Ma l'insussistenza della causa giustificativa non può che essere riferita al momento dell'avveramento." L'A. prosegue prendendo una posizione rispetto alla quale, come si vedrà, ci si discosta "Perché possa sussistere una condizione risolutiva, occorre, perciò, che il rapporto contrattuale sia destinato a durare nel tempo. Se questa è la sola situazione che connota la condizione risolutiva, viene meno ogni problema di retroattività. Il secondo comma della norma in esame stabilisce espressamente che nei contratti di durata l'avveramento della condizione risolutiva non intacca le prestazioni svolte. Si può quindi affermare che la condizione risolutiva e non la sua efficacia retroattiva, trovano un limite operativo nel caso di contratti obbligatori non di durata."

rapporto si è già estinto, e non può essere più risolto successivamente⁷⁰.

In questa ipotesi, l'adempimento, che si realizza prima del verificarsi della condizione, mal si concilia con lo stesso meccanismo condizionale, perché va a togliere rilevanza all'evento; inoltre, dal punto di vista strutturale, lascia aperto un interrogativo, che è quello di domandarsi come possa un'obbligazione, che si è estinta mediante l'adempimento, continuare ad essere considerata come suscettibile di risoluzione qualora si verificasse l'evento dedotto in condizione.

Quello che viene in questione è la stessa funzione assunta dalla condizione, che, come abbiamo visto, serve per consentire alle parti di esprimere lo stato di incertezza in cui si trovano rispetto alla futura spettanza del diritto: se, però, durante il periodo di pendenza, il credito è non solo esistente, ma anche esigibile, allora viene a mancare la stessa necessità di tutelare una situazione di precarietà che, nei fatti, non sussiste. Durante la pendenza della condizione, il creditore può esigere l'adempimento e quindi non ha più senso parlare di incertezza riguardo alla posizione assunta dal debitore, se a quest'ultimo può essere richiesto comunque di adempiere. L'unico modo per superare queste difficoltà è quello di considerare la condizione operante solo rispetto ad un rapporto non ancora esaurito⁷¹: non importa quindi se il rapporto obbligatorio sia istantaneo o di durata, ma è necessario invece che l'adempimento non si sia ancora realizzato⁷².

Questa conclusione trova conferma nel fatto che la disciplina generale della condizione difficilmente è operante rispetto ai contratti obbligatori: si pensi, ad esempio, alle norme previste in merito all'esercizio del diritto e al comportamento delle parti nello stato di pendenza (artt. 1356 e 1358 c.c.), che incontrano un ostacolo proprio in relazione al principale modo di esercizio del diritto di credito, ossia l'adempimento. Se, infatti, il debitore offre di adempiere un credito sottoposto a condizione risolutiva, e il creditore accetta, ci si domanda come sia possibile accettare l'adempimento e, allo stesso tempo, "conservare integre le ragioni dell'altra parte" (art. 1358 c.c.). A questa domanda si deve rispondere che l'adempimento, anche se si svolge durante la fase di pendenza della condizione, è pienamente idoneo a condurre il rapporto alla sua estinzione, negandosi in radice la possibilità di configurare un "adempimento precario"⁷³. Si conferma,

⁷⁰ Si veda F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, 273, nota n.184.

⁷¹ Si segnala la vicinanza del tema rispetto al recesso convenzionale, in relazione al quale "la stessa norma generale dell'art. 1373 c.c. preveda, nell'ultimo comma, la possibilità di pattuire l'esercizio del recesso *re non integra*, anche dopo, cioè, che il contratto abbia avuto compiuta esecuzione": la citazione è di G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, op. cit., 94. È comunque da rilevare la differenza che intercorre tra il contratto che abbia avuto un principio di esecuzione e quello invece che sia stato adempiuto.

⁷² Questa conclusione trova conferma nella disciplina prevista all'art. 1360 c.c. per i rapporti di durata, rispetto ai quali la condizione non opera per le prestazioni che sono già state eseguite.

⁷³ A tal proposito, si può osservare che il fatto che in caso di condizione risolutiva si ritenga

quindi, anche da questo profilo, l'inconciliabilità tra esecuzione del contratto nello stato di pendenza, e permanenza del congegno condizionale.

Passando ora alla condizione sospensiva, vedremo che essa, come noto, determina l'inesistenza dell'obbligazione e del corrispondente diritto di credito durante lo stato di pendenza⁷⁴, motivo per cui si è affermato che il credito sottoposto a condizione sospensiva non è né esigibile⁷⁵ né compensabile, in quanto è inesistente, o, più correttamente, è incerto⁷⁶. L'eliminazione della condizione sospensiva assume perciò la funzione di attribuire certezza al rapporto creditore, considerandolo come definitivamente sorto ed esigibile.

Possiamo quindi concludere con un'osservazione comune ai contratti obbligatori, relativa al fatto che la condizione ivi apposta, sia essa sospensiva o risolutiva, impedisce in ogni caso la produzione degli effetti nello stato di pendenza, ragion per cui l'adempimento del contratto *medio tempore* assume il significato di eliminare la condizione. L'esecuzione del contratto, infatti, esprime la volontà delle parti di produrre gli effetti e di renderli definitivi, ossia di considerare il contratto come se non fosse più condizionato.

Nella condizione risolutiva, sebbene il credito sia esistente ed esigibile, si deve considerare che, se le parti vogliono che il contratto si risolva a seguito del verificarsi dell'evento condizionale, allora è logico che non potranno eliminare il rapporto mediante il suo adempimento. Se vogliono far sì che la sorte del contratto dipenda dalla condizione, dovranno astenersi dall' eseguire il contratto⁷⁷, finché l'evento non sia verificato o mancato.

ammissibile la disciplina dell'indebito, non inficia la validità dell'adempimento ad estinguere l'obbligazione, ma rivela piuttosto un'incongruenza, che consiste nel consentire al meccanismo condizionale di funzionare anche quando l'obbligazione, cui è apposta la condizione, è stata estinta per adempimento. Non si può, peraltro, fare a meno di notare che la disciplina dell'indebito non è prevista dal codice in materia di condizione, per cui il ricorso all'indebito altro non sarebbe che un'applicazione alla condizione risolutiva della disciplina prevista per il caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) che, come noto, non è invece applicabile alla risoluzione per inadempimento. Questo rilievo contribuisce a rafforzare i dubbi in merito alla possibilità di applicare la disciplina dell'indebito in caso di condizione risolutiva.

⁷⁴ Si veda G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, op. cit., p. 462.

⁷⁵ Non è esigibile, ma comunque consente al probabile creditore di tutelare la propria posizione, come se il credito fosse già certo. Si pensi alla possibilità di esercitare l'azione revocatoria anche per un credito sospensivamente condizionato, in tal modo consentendo al futuro e probabile creditore di anticipare la tutela che spetta a chi è già titolare del diritto. Per una maggiore disamina degli atti conservativi a disposizione del creditore condizionale si rimanda a M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, op. cit., 141.

⁷⁶ C. M. BIANCA, *Le obbligazioni*, Milano, 1990, 484, parla di incertezza del credito, più che di inesistenza: "il credito incerto è solo quello sottoposto a condizione sospensiva. La condizione risolutiva invece non influisce sulla certezza attuale, ma casomai solo sulla sua certezza futura".

⁷⁷ Abbiamo visto però che la condizione risolutiva non impedisce di porre in essere atti di disposizione del diritto, che non implicano però la sua esecuzione, come la cessione.

La stessa considerazione vale per il caso di condizione sospensiva⁷⁸, dove, durante la sua pendenza, il vincolo è da ritenere inesistente⁷⁹ e il credito è inesigibile⁸⁰, finché non si avvera la condizione: se, però, *medio tempore*, il credito viene comunque adempiuto⁸¹, viene meno anche il nesso condizionale che lega la sorte del contratto al verificarsi o meno dell'evento.

Abbiamo così dimostrato che, in entrambi i casi, sarà possibile eliminare la condizione per fatti concludenti⁸², semplicemente attraverso l'esecuzione del contratto⁸³.

6. Uno sguardo comparatistico tra Francia e Germania

L'eliminazione della condizione non trova una specifica disciplina nemmeno negli ordinamenti più vicini al nostro: potrebbe essere questa la ragione per cui i pochi autori che se ne sono occupati pervengono spesso a soluzioni contrapposte.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, è stato affermato che l'introduzione o la soppressione di una condizione provochi la novazione dell'obbligazione: "en effet, la modification ne saurait détruire le lien de droit dans lequel elle intervient: l'introduction d'une condition suspensive par exemple, alors que la

⁷⁸ A. ALAMANNI, *La modifica del contratto, l'identità e gli effetti*, op. cit., 220, in cui segnala che "in giurisprudenza è stato affermato il principio di diritto per cui la condizione sospensiva viene sempre meno qualora, prima del suo avveramento, le parti diano al contratto 'completa e spontanea esecuzione'. Detto adempimento in un tempo anteriore al verificarsi dell'evento impedirebbe alla condizione- sempre e comunque- di conservare la propria efficacia, derivandone l'ulteriore e indiretta conseguenza della perdita di rilevanza del fatto dedotto rispetto al proseguo del rapporto".

⁷⁹ Così anche secondo R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, op. cit., 227: "L'effetto della condizione è di sospendere l'obbligazione fino a tanto che la condizione sia adempiuta, o si reputi adempiuta. Nulla è dovuto fino a quell'epoca, e non vi è che la semplice speranza del debito futuro: *Pendente conditione nondum debetur, sed spes est debitum iri*."

⁸⁰ Si veda V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, op. cit., 159, che mostra come, anche nelle fonti romane, non fosse possibile per il creditore sotto condizione domandare il pagamento. L'A. analizza anche l'ipotesi in cui il debitore paghi per errore il debito sotto condizione sospensiva, credendolo puro e semplice: in tal caso, il debitore avrà a disposizione la ripetizione dell'indebito, ma è evidente la lontananza dall'ipotesi da noi considerata: nell'eliminazione della condizione non c'è traccia di errore, ma, al contrario, si manifesta la volontà dei contraenti di uscire dalla logica condizionale.

⁸¹ B. COLOSIMO, *Adempimento in pendenza di condizione e negozio modificativo*, *Obbligazioni e Contratti*, 2011, 3, 178.

⁸² La possibilità di una modifica tacita in caso di "esecuzione di una obbligazione inefficace perché sottoposta a condizione" è confermata da A. ALAMANNI, *La modifica del contratto, l'identità e gli effetti*, op. cit., 222.

⁸³ A. M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, *Rassegna di Diritto Civile*, 1994, 526.

transformation d'une obligation sous condition suspensive en obligation pure et simple déboucherait plus précisément sur une véritable création puisque le lien originaire n'existe pas 'pendante conditione'⁸⁴.

Di diversa opinione, invece, è la dottrina tradizionale, secondo la quale non è possibile configurare una novazione, laddove l'*aliquid novi* ricada su di un elemento accessorio⁸⁵ e non vi è dubbio che la condizione rientri in tale ultima categoria. Nonostante queste differenti prese di posizione sulla natura giuridica dell'operazione di cui trattiamo, anche la giurisprudenza⁸⁶ d'Oltralpe ha riconosciuto la possibilità per le parti di rinunciare alla condizione prima che si sia avverata⁸⁷: rinuncia che in tal caso coincide con l'ipotesi qui esaminata di eliminazione della condizione.

Anche in Germania troviamo spunti interessanti sempre con riguardo al caso di rinuncia⁸⁸ della condizione, la cui ricostruzione dogmatica si rivela non priva di contraddizioni⁸⁹, ma alla quale è pacificamente riconosciuta la natura di negozio modificativo⁹⁰. Possiamo ritenere che anche la diversa ipotesi di eliminazione della condizione sarebbe da ricondurre al contratto modificativo, in ragione del generale ricorso a questo negozio, che è in grado di mantenere l'identità e il medesimo scopo economico dell'accordo originario⁹¹, preferendolo rispetto a soluzioni che prevedono l'estinzione e la creazione di un nuovo accordo.

⁸⁴ Così A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, op. cit., 132.

⁸⁵ P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Droit des obligations*, Paris, 2018, 693.

⁸⁶ Così Ordonnance 10.02.2016, commentata da P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Droit des obligations*, op. cit., 738.

⁸⁷ P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Droit des obligations*, op. cit., 738 "une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli, c'est-à-dire tant que l'incertitude n'a pas été dissipée".

⁸⁸ Lo si deduce da S. LORENZ - V. EICHHORN, *Grundwissen – Zivilrecht: Bedingung und Befristung, Jus*, 2017, 393 "[...] Die Schwebelage, in der sich ein bedingtes Rechtsgeschäft befindet kann jedoch nicht nur durch den Eintritt oder Ausfall einer Bedingung, sondern auch durch den einseitigen Verzicht desjenigen beendet werden, zu dessen Gunsten die Bedingung vereinbart war."

⁸⁹ Si veda S. A. E. MARTENS, *Grundfälle zu Bedingung und Befristung*, Jus, 2010, 481: "Der 'Verzicht' auf eine Bedingung wirft einige dogmatische Probleme auf, denn es lässt sich schon nicht genau fassen, wer hier auf was genau 'verzichtet'. Eine Bedingung ist kein subjektives Recht, sondern regelt das Bestehen von Rechtswirkungen."

⁹⁰ Si rinvia a H. P. WESTERMANN, *Eintritt und Ausfall der Bedingung, Verzicht auf die Bedingung, Münchener Kommentar, BGB § 158*, Munich, 2018, 44: "Verzicht auf eine Bedingung ist Abänderung des Rechtsgeschäfts, einseitig also nur möglich, wenn der Verzichtende allein über das ihm durch die Bedingung vorbehaltenen Recht verfügen kann."

⁹¹ Così K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, 1, Allgemeiner Teil*, Munich, 1987, 91 "Die Identität des Schuldverhältnisses kann sich also entweder daraus ergeben, daß die geschuldete Leistung dieselbe bleibt, oder das, trotz einer Änderung des Leistungsgegenstandes, der wirtschaftliche Zweck beider Vertragspartner der gleiche geblieben ist."

Il diritto tedesco dedica, infatti, al negozio modificativo una precisa disciplina positiva, collocandola al paragrafo 311 del BGB⁹², e conferendogli una preferenza⁹³ a discapito della novazione⁹⁴, che invece non compare più all'interno del Codice civile riformato. La ragione di questa scelta è stata ricondotta a motivi di opportunità⁹⁵, dal momento che è possibile raggiungere gli stessi obiettivi, cui mira la novazione, attraverso altri strumenti giuridici, primo tra tutti, l'Änderungsvertrag.

7. Note conclusive sul rapporto tra contratto modificativo ed eliminazione della clausola condizionale

Al termine dell'indagine, possiamo concludere che non sempre l'operazione di eliminazione della condizione di un contratto può essere posta in essere con un contratto modificativo. I motivi che hanno condotto a questa conclusione derivano dal fatto che il risultato cui mirano le parti non si riduce alla sola caducazione della clausola condizionale inizialmente apposta al contratto, ma consiste nell'ottenimento di quegli effetti definitivi, che il contratto condizionato, durante tutta la fase di pendenza, non è in grado di realizzare.

Nei contratti ad effetti traslativi, la configurazione di un contratto modificativo dipende direttamente dal fatto che il contratto originario possa costituire la fonte degli effetti definitivi, anche a seguito dell'eliminazione della condizione.

Nei contratti ad effetti obbligatori, invece, se la produzione degli effetti definitivi è posta in essere direttamente dalle parti mediante l'esecuzione del contratto già durante la fase di pendenza, viene frustrata la stessa funzione della condizione, dal momento che gli effetti sono stati già prodotti, senza attendere il verificarsi o meno dell'evento.

In tutti i tipi di contratto che abbiamo analizzato, l'eliminazione della condizione assume senza dubbio il significato di modificare il regolamento inizialmente predisposto con l'apposizione della condizione, che imponeva al contratto la cifra della precarietà, durante tutta la fase di pendenza. L'eliminazione della condizione esprime così la volontà di uscire dalla logica della condizionalità e dall'incertezza rispetto alle sorti del contratto, dimostrando il raggiungimento

⁹² Per una disamina del negozio modificativo nel diritto tedesco si rinvia a R. SCHULZE, *BGB* § 311, *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*, Munich, 2019.

⁹³ Si veda A. ZACCARIA, voce *Novazione*, *Digesto discipline Privatistiche*, Milano, 1995, 23.

⁹⁴ O. JAUERNIG - A. STADLER, *Änderungs- und Aufhebungsverträge*, BGB § 311, *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*, Munich, 2018.

⁹⁵ A. ZACCARIA, voce *Novazione*, op. cit., la ritiene piuttosto una "valutazione di pratica inutilità".

di interessi definitivi che si rispecchiano nella volontà che il contratto inizi anch'esso a produrre effetti certi e non più precari.

Ad un comune intento modificativo o, più precisamente, regolamentare⁹⁶ del rapporto, non corrisponde, però, sempre un contratto modificativo, perché tale modifica può essere realizzata anche con altri strumenti⁹⁷, che abbiamo visto essere o la conclusione di un nuovo contratto, dal contenuto identico ma privo della condizione, oppure la stessa esecuzione del contratto⁹⁸. Possiamo quindi rilevare, in conclusione, che sotto il nome di modifica del negozio trovano spazio numerosi strumenti giuridici, non necessariamente riconducibili al contratto modificativo.

⁹⁶ Sui contratti regolamentari si rinvia a F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, *Rivista di Diritto civile*, 1963, 1, 388.

⁹⁷ G. GORLA, *Quid dei pacta adiecta ex intervallo spunti per una ricerca comparatistica*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1966, 265.

⁹⁸ In tal senso anche R. SACCO, *Il contratto*, 2, *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 11 “[...] ‘regolamentare’ è termine più ampio di ‘modificazione’ [...] la vita di un rapporto è ampiamente influenzata da una serie di cause capaci di modificarlo”.

Il rapporto di lavoro nella Pubblica Amministrazione. Un tentativo di ricostruzione civilistica

Giovanna Pistore

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Diligenza e adempimento dell'obbligazione del pubblico impiegato – 3. I limiti ai poteri datoriali – 4. Interesse, causa e tipo nel contratto di lavoro del pubblico impiegato.

1. Premessa

La ricostruzione civilistica del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione resta ancor oggi tema quanto mai attuale e dibattuto. Questo accade, non occorre dirlo, per la peculiare caratteristica del datore di lavoro coinvolto, latore di un interesse generale difficilmente inquadrabile nel quadro formalmente paritario proprio dell'autonomia negoziale.

Già dalla c.d. prima privatizzazione¹ ci si è chiesti cosa fosse cambiato nel passaggio da moduli autoritativi alle categorie di diritto comune e se davvero fosse cambiato qualcosa, in particolare per quanto concerne la presenza o meno

¹ È nota, nella dottrina italiana, la diatriba esistente sull'uso del termine "privatizzazione" o "contrattualizzazione". Se M. D'Antona, padre della seconda fase delle riforme italiane, propugnava l'uso del termine "contrattualizzazione", poiché altrimenti "rischia di restare in ombra (...) che l'applicabilità del diritto privato è l'effetto e non la causa del cambiamento di regime giuridico", di diverso avviso sono altri Autori, che invece prediligono il termine "privatizzazione": il termine "contrattualizzazione" sarebbe riduttivo, poiché non renderebbe conto della più vasta portata della riforma, ossia il venir meno del potere unilaterale autoritario dell'Amministrazione. Ad avviso di chi scrive questa diatriba sembra una sorta di "uovo di Colombo", per cui – come peraltro fa la Consulta - nel prosieguo della trattazione utilizzeremo, alternativamente, questi due termini. Si veda F. CARINCI, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *WP CSDLE D'Antona.IT*, n. 80/2008.

dell'interesse pubblico nella struttura contrattuale. Data la natura specifica di tale interesse, tradizionalmente sovraordinato rispetto a quelli privati, la dottrina ha cercato a più riprese di capire come fosse possibile collocarlo nel rapporto di scambio, che dovrebbe riguardare, invece, interessi di pari livello.

Sono note le principali posizioni in materia. La prima, espressa principalmente dalla dottrina amministrativistica, ritiene che il rapporto del pubblico dipendente debba necessariamente esplicitarsi attraverso moduli pubblicistici, vista l'ontologica funzionalizzazione dell'Amministrazione al perseguimento dell'interesse generale². A questa si contrappone la visione – propria della dottrina giuslavoristica maggioritaria – per cui l'interesse pubblico generale è estromesso dal contratto lasciando spazio, non diversamente da quanto avviene per il settore privato, ad altro tipo di interesse, quello “organizzatorio” relativo alla prestazione di lavoro³. Infine, c'è chi⁴ ritiene che l'art. 97 Cost. non sottenda alcuna qualificazione del rapporto di lavoro pubblico, ben potendo gli interessi

² Consiglio di Stato 31 agosto 1992, n. 146 in *Foro It.*, 1993, III, p. 4 ss. Secondo il Consiglio di Stato, tra pubblico impiego e lavoro privato sussiste una diversità ontologica consistente nel fatto che, il più delle volte, il pubblico impiegato svolge una prestazione lavorativa consistente nell'esercizio di pubbliche funzioni. Motivo per cui “pare impossibile ridurre la posizione soggettiva della Pubblica Amministrazione ad un mero interesse economico-privatistico a conseguire l'effettuazione della prestazione lavorativa da parte del dipendente; laddove è preminente l'interesse, pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni a vantaggio della collettività”. Inoltre, quand'anche il dipendente non eserciti delle pubbliche funzioni, l'Amministrazione comunque opera per il raggiungimento di interessi che trascendono le persone fisiche che ne hanno la rappresentanza e che sono indisponibili anche per l'Amministrazione stessa. Altre, inoltre, erano le criticità rilevate. Sul fronte della contrattazione collettiva, il Consiglio paventava la possibilità (in effetti poi realizzatasi) che una pubblica amministrazione “privatizzata” fosse incapace di resistere alle spinte della controparte negoziale, volte a massimizzare il proprio profitto, con una conseguente incontrollata crescita della spesa pubblica. Inoltre, la natura pubblica del datore di lavoro avrebbe richiesto la necessità di tradurre i contenuti negoziali in una fonte regolamentare, onde assicurare l'efficacia *erga omnes* non presente nel settore privato a causa della mancata attuazione dell'art. 39 Cost.

³ Tra i molti F. PANARIELLO, *La flessibilità delle mansioni tra potere datoriale e controllo sindacale*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Lo spazio negoziale nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, 1995, p. 157; A. MARESCA, *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 205; F. LISO, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI – M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, p. 177 ss. Variante di questa posizione è quella espressa da A. RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, Vol. 1, Bari, 2011, per cui la regolamentazione privatistica del rapporto di lavoro, attraverso norme di relazione, implicherebbe anche un mutamento sostanziale dell'interesse dedotto nel contratto di lavoro, che non sarebbe più pubblico ma privato. Cfr. M. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni*, relazione tenuta al Congresso AIDLaSS 2018, che può essere letta all'indirizzo aidlass.it, anche per una puntuale ricognizione delle varie tesi in materia.

⁴ C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Vol. V, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI), Torino, 2004, p. 96 ss.

generali essere perseguiti attraverso una relazione lavorativa pubblicistica o di diritto privato.

Il quadro a ben vedere è composito e lontano dal raggiungimento di un approdo condiviso: tuttora continuiamo a chiederci come conciliare in modo coerente la struttura civilistica del contratto con la particolare natura della Pubblica Amministrazione in veste di datore di lavoro.

Decifrare questo complesso mosaico richiede un passo indietro, e in particolare una rilettura senza pregiudizi dei principi e delle categorie dogmatiche inerenti alla struttura del contratto di lavoro, per verificare il modo in cui le stesse si atteggiino e trovino applicazione al rapporto di pubblico impiego privatizzato. È necessario quindi cominciare con l'analizzare le norme civilistiche per capire se l'utilizzo delle stesse comporta, necessariamente, un mutamento qualitativo dell'interesse perseguito dalla Pubblica Amministrazione nelle vesti di privato datore di lavoro.

In proposito, secondo i principi generali in materia ogni soggetto dotato di capacità (e quindi di soggettività) giuridica nell'ordinamento costituisce un autonomo potenziale di interessi e, pertanto, integra il "punto di collegamento di tutte quelle norme del sistema che disciplinano quegli interessi"⁵. La soggettività non è mera nozione statica, ma si svolge in via dinamica nella capacità di agire, intesa come "il soggetto per la possibilità che il diritto gli riconosce, di rivelare nel mondo giuridico e fare in esso valere interessi: perché dunque è in grado di determinare, con i propri comportamenti, l'applicazione delle norme e l'insorgere degli effetti da essere predisposte"⁶. E pertanto, attraverso la capacità di agire, si esplica "l'idoneità a svolgere l'attività giuridica che riguarda la sfera d'interessi propria della persona"⁷, cioè l'acquisto di diritti o l'assunzione di obblighi. In altre parole, la capacità di agire esprime il punto di tangenza tra l'interesse e la sua concretizzazione nell'ordinamento: il soggetto esplicita gli interessi pratici previsti dal diritto o incide su di essi, attivando i meccanismi previsti dalla legge per la loro tutela, così cooperando alla formazione delle fattispecie concrete.

Nel caso delle persone giuridiche, e quindi anche della Pubblica Amministrazione, questa capacità trova svolgimento attraverso gli organi dell'ente. Per-

⁵ A. FALZEA, *Capacità* (teoria generale), voce in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 13. Si ritiene, peraltro, che la capacità d'agire, in quanto situazione trasversale, debba estendersi anche ai casi in il soggetto non agisca attraverso una diretta assunzione del comportamento, ma riceva un atto o una dichiarazione altrui, come nell'ipotesi del pagamento al creditore e, più in generale, della cooperazione dello stesso all'attività solutori del debitore. Sul concetto di capacità giuridica e di agire, cfr. anche P. RESCIGNO, *Capacità giuridica (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 873.

⁶ A. FALZEA, *op. cit.*

⁷ P. RESCIGNO, *op. cit.*

tanto, in modo non dissimile dall'individuo, anche la persona giuridica esercita tramite la capacità di agire i poteri conferiti dall'ordinamento giuridico per la tutela dei propri interessi, esprimendo così *la propria* soggettività⁸ e facendo emergere i propri interessi⁹. Al riguardo, quindi, si può dire che gli effetti ricondotti dall'ordinamento al soggetto in forza della sua capacità giuridica presuppongono l'esistenza di un movente da cui sono condizionati, caratterizzando la costruzione delle norme attributive del potere. Nelle stesse, infatti, è rinvenibile un trinomio dato da interesse tutelato – soggetto titolare dell'interesse – soggetto tenuto ad un determinato comportamento per l'attuazione di quell'interesse.

Con riferimento all'obbligazione lavorativa si dice tradizionalmente che, in quanto obbligazione di mezzi¹⁰, essa sottenda due tipi di interesse in capo al creditore – datore di lavoro. Uno è l'interesse strumentale (o secondario) al coordinamento dell'attività del lavoratore, cioè quello “organizzatorio” traslato nell'organizzazione di lavoro, in relazione al quale viene commisurato l'adempimento del prestatore. L'altro, invece, è l'interesse primario al risultato dell'organizzazione di lavoro complessivamente considerata, che consiste nel “dover avere” del datore e, benché esorbitante l'area debitoria, costituisce la base che ha determinato *ex latere creditoris* il sorgere del vincolo obbligatorio. Eppure, considerando l'assetto degli interessi in gioco nell'adempimento, vediamo come tale distinzione sia destinata a sfumare progressivamente, inducendo a mettere in discussione l'assioma che espunge l'interesse finale dall'area debitoria. L'interesse organizzatorio, quale interesse strumentale, e l'interesse finale inerente al risultato produttivo risultano inscindibilmente legati, concorrendo entrambi alla determinazione del debito del prestatore di lavoro¹¹.

⁸ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, anche se non tutti sono concordi sul punto (A. FALZEA, *op. cit.*, p. 17)

⁹ Infatti, come rileva A. FALZEA, *op. cit.*, p. 19, “la capacità di agire è legata principalmente agli interessi del soggetto che agisce, anche se possa essere posta a servizio di altri soggetti, e perciò non ha ragione di essere per quelle persone che il diritto rifiuta di riconoscere come potenziali di interessi giuridici”.

¹⁰ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, vol. I, p. 58, per cui è la stessa organizzazione aziendale che “diviene il soggetto determinato portatore dell'interesse che la condotta imposta dall'obbligo di lavoro è destinata a soddisfare”. Sulla struttura dell'obbligazione lavorativa quale obbligazione di contegno, ID, *op. cit.* p. 77 ss. Si veda anche M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 135 e p. 266. Tali Autori, tuttavia, rifiutano la distinzione tra interesse strumentale e finale sostenuta da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 192 ss. ritenendo, attraverso una restrizione del concetto di prestazione dovuta, che nelle obbligazioni sussista un unico interesse creditorio: “gli interessi avvertiti da un soggetto ben possono trovarsi tra loro in una relazione di mezzo a risultato, ma questa constatazione è valida solo sul piano metagiuridico. Con la costituzione del rapporto obbligatorio soltanto un interesse del creditore assume rilevanza giuridica e protezione formale, restando irrilevanti gli interessi ulteriori rispetto a quello che ha ad oggetto il risultato che deve essere fornito dal comportamento del debitore” (M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 136).

¹¹ P. PIZZUTI, *Interesse dell'impresa e prestazione lavorativa*, Torino, 2017, p. 88, sottolinea che

Senza arrivare a dire che “nel caso in cui tra la condotta del soggetto obbligato e la realizzazione del risultato utile per il creditore intercorra un nesso di causalità non sufficiente, la prestazione dedotta nel rapporto è rappresentata dal conseguimento del bene dovuto”¹², è innegabile tuttavia che l’interesse a questa utilità finale determini comunque il contenuto del risultato parziale cui è tenuto il debitore. La realizzazione del risultato produttivo conferma non solo l’organizzazione di lavoro, che dev’essere idonea al raggiungimento del risultato a cui l’ha deputata il datore di lavoro¹³, ma anche, inevitabilmente, plasma lo stesso contenuto della prestazione resa dal singolo lavoratore. Infatti, se viene richiesta una prestazione che sia utilizzabile in vista del prodotto finale, la organizzabilità di essa assume un significato più pregnante rispetto a quello comunemente inteso perché la prestazione deve essere essa stessa funzionale al risultato cui l’organizzazione è preordinata. D’altronde, la radicata esclusione dell’interesse datoriale primario dall’area del debito lavorativo poggia sulla conclamata necessità di non allargare eccessivamente la responsabilità del prestatore; ciò però svislaccia la portata dell’interesse creditorio finale, ignorandone le ricadute sulla natura dello sforzo richiesto al debitore¹⁴.

“l’interesse creditorio è unico e si realizza soltanto se l’organizzazione è efficiente. Ciò sembra dimostrare che l’utilità del risultato rilevante sul piano contrattuale non è individuabile se non in relazione all’organizzazione complessiva del datore di lavoro, e, d’altro canto, conferma anche il fatto che l’interesse del datore di lavoro destinato ad essere soddisfatto con l’adempimento dell’obbligazione di lavorare presuppone, oltre alla disponibilità al lavoro del dipendente, anche la possibilità oggettiva del coordinamento della prestazione con gli altri fattori produttivi”. Scopo della pattuizione è infatti il conseguimento, da parte del creditore, di una determinata utilità e, a tal fine, è determinante vedere il senso che alla prestazione hanno attribuito le parti nel loro regolamento contrattuale. È bene notare, peraltro, come l’adempimento dell’obbligazione non sia necessariamente indirizzato al soddisfacimento di un unico bisogno, ma sia idoneo a rispondere a più bisogni, «siano questi da concepire l’uno accanto all’altro oppure in ordine successivo, nel senso, cioè, che la soddisfazione del primo sia strumento per l’appagamento di un secondo» (così G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in Riv. dir. civ., 1968, I, p. 197 ss.). La dottrina però assume posizioni diverse: cfr. L. ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, p. 269; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 289.

¹² P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1959, p. 1290.

¹³ Infatti, E. MENEGATTI, *L’obbligo di diligenza*, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, tomo I (a cura di M. MARTONE), Padova, 2012, pp. 907 – 958, rileva che «l’interesse del creditore ad un risultato utile prodotto dalla prestazione è, dunque, sempre presente in ogni rapporto obbligatorio, ed è presente tanto come oggetto della pretesa creditoria, quanto come oggetto dell’obbligazione del debitore. La sua realizzazione costituisce, pertanto, parte del contenuto della prestazione, tanto da potersi ritenere che oggetto dell’obbligazione sia sempre il comportamento (attivo od omissivo) che il debitore deve tenere in funzione della realizzazione dell’interesse del creditore; interesse del creditore che sarà, quindi, specularmente quello di vedere il debitore utilizzare i mezzi necessari per raggiungere il risultato sperato, ovvero, nel caso delle obbligazioni di risultato, il raggiungimento del risultato sperato».

¹⁴ A. VISCOMI, *L’adempimento dell’obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in DLRI, 2010, p. 595 ss. e in particolare p. 615.

Si può di conseguenza osservare che l'apporto lavorativo partecipa al risultato dell'organizzazione con ciò realizzando, sia pure in modo parcellizzato, proprio l'interesse finale che ha determinato il creditore alla stipulazione del contratto¹⁵. Di contro, l'esclusione dell'interesse primario, o meglio l'appiattimento dell'interesse del creditore su un mero interesse "organizzatorio", riduce l'obbligo debitorio ad un mero dovere di sforzo dimentico dell'utilità attesa perseguita dal datore di lavoro nella stipulazione del contratto.

Applichiamo quindi questo ragionamento al pubblico impiego. A ben vedere, seguendo le coordinate testé enucleate, non è da escludersi a priori la deducibilità nel regolamento contrattuale anche dell'interesse pubblico finale.

Andiamo con ordine.

La Pubblica Amministrazione, quando assume le vesti del datore di lavoro, non differisce da alcun soggetto dell'ordinamento, manifestandosi quale centro di interessi. E, al fine di perseguire tali interessi, affianca all'azione autoritativa pubblicistica l'utilizzo di strumenti privatistici: in particolare, per quanto concerne il rapporto di lavoro, veicola i propri interessi attraverso l'esercizio della sua capacità di agire ad opera della dirigenza. D'altronde, l'adozione di moduli privatistici o pubblicistici non sottende una necessaria qualificazione dell'interesse delle parti in gioco: si tratta di una qualificazione che rileva a monte ed è strettamente connessa alla natura della persona giuridica latrice dell'interesse, per cui se un soggetto è pubblico esprimerà necessariamente un interesse pubblico¹⁶.

A margine e per completezza risulta opportuno precisare che non esiste di per sé *l'interesse pubblico*, ma troviamo invece una molteplicità di pubblici inte-

¹⁵F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957 p. 23, rileva come la prestazione venga «organizzata, pianificata dalla controparte nel perseguimento del proprio interesse primario (...) La prestazione di lavoro, nonostante sia la meno immediatamente strumentale rispetto al risultato definitivo, appunto per l'imponenza delle condizioni esteriori che concorrono a determinarlo, è, allo stesso tempo, la sola nei cui confronti, quanto meno per il modo del suo adempimento (subordinazione), tale risultato e il corrispondente interesse del creditore esercitino un influsso così intenso e decisivo».

¹⁶Come rileva M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. I, p. 84, "l'amministrazione è sempre cura di interessi concreti, trattisi di amministrazioni pubbliche o private, interne o internazionali, religiose o laiche, e così via; dire che gli interessi sono 'pubblici' non è altro che riferire all'attività del soggetto un carattere del soggetto stesso". Infatti, la pubblicità dell'interesse non è nient'altro che un riflesso delle peculiari caratteristiche del soggetto imprenditoriale che ne è portatore, pertanto "la pubblica amministrazione continua a distinguersi dall'impresa perché, a differenza di questa, ha una missione che trova nella legge il suo fondamento" (così M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «Leggi Bassanini»*, in *LPA*, 1998, p. 41). Se, peraltro, l'Amministrazione è sempre latrice di istanze pubblicistiche, non vale invece l'affermazione contraria: a volte, infatti, l'ordinamento può attribuire ad un privato il perseguimento di interessi pubblicistici, sia pure attraverso moduli privatistici (si pensi ai concessionari di servizi pubblici).

ressi¹⁷: la formula, usata al singolare, si risolve in un concetto sintetico che non risponde però ad una realtà definibile in modo univoco e inequivoco, sottintendendo a seconda dei casi “l’insieme degli interessi pubblici oppure quello fra essi che può o deve essere curato nella fattispecie”¹⁸. Questi interessi, appare quasi superfluo rilevarlo, sono rapportabili ad una determinata comunità e pertanto nell’ordinamento si ravvisa una pluralità di interessi pubblici concreti i quali, in quanto settoriali, in nulla differiscono da quelli privati se non per la qualifica pubblicistica della figura soggettiva che ne è portatrice¹⁹. L’interesse pubblico astratto quindi funge da “strumento giuridico” a cui si ricorre per modulare gli interessi pubblici concreti i quali sì, invece, sono veri e propri interessi confrontabili con quelli privati.

Tornando al nostro ragionamento circa il rapporto tra interesse creditorio finale e organizzabilità della prestazione, si può affermare che l’attività di organizzazione e gestione “risulta intimamente collegata alle forme e alle determinazioni assunte dall’indirizzo, in quanto servente rispetto all’attività amministrativa che deve realizzarlo”²⁰. L’organizzazione dei singoli apporti non è infatti attività autoreferenziale e a sé stante, ma risponde al conseguimento dello speciale risultato produttivo dell’Amministrazione pubblica, ossia la cura degli interessi che le sono affidati.

In questo quadro, pertanto, il pubblico interesse perseguito da ciascuna unità amministrativa assume la natura di interesse primario alla base dell’obbligazione, mentre quello del datore di lavoro pubblico all’organizzabilità dei singoli apporti costituisce l’interesse strumentale del cui soddisfacimento risponde il dipendente in quanto risultato parziale atteso. Abbiamo rilevato, però, la difficoltà di affermare che interesse primario e strumentale integrino due compartimenti stagni: se l’organizzazione produttiva deve rendere un determinato

¹⁷ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 111, per cui “il mondo degli interessi di cui sono portatori soggetti pubblici si presenta oggi identico al mondo degli interessi di cui sono portatori soggetti privati (...). Oggi la realtà ci mostra che anche gli interessi della sfera pubblica sono eterogenei”.

¹⁸ A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1972, p. 58 ss. e in particolare p. 68.

¹⁹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 113. Spetta al singolo ente pubblico, e in particolare agli organi di indirizzo politico, l’individuazione dell’interesse perseguito, attraverso i moduli tipici dell’azione amministrativa, con riflessi inevitabili sul rapporto di lavoro. L’interesse può essere identificato contestualmente alla formazione dell’atto, determinato in precedenza attraverso altri atti o fatti giuridici e, infine, l’atto stesso può individuare specifici interessi pubblici da soddisfare successivamente mediante distinte attività; in via generale, tale definizione può avvenire recependo le indicazioni derivanti dalla individuazione già compiuta attraverso precedenti atti o fatti giuridici e/o dalla valutazione *hic et nunc* del problema concreto. Quindi, da un lato opera interpretativa dell’esperienza giuridica anteriore, dall’altro un’attività che si risolve in una valutazione di opportunità che può estrinsecarsi in valutazioni tecniche e/o in un giudizio di valore.

²⁰ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Milano, 2002, p. 17.

risultato, al quale mira l'imprenditore, è evidente che tale organizzazione debba essere conformata in modo da poter garantire quel risultato e che tale conformazione abbia a sua volta influenza sulle singole prestazioni, specificando se e come le stesse possano ritenersi utilizzabili. Per cui nel pubblico impiego la cura dell'interesse pubblico, che è lo scopo "produttivo" dell'attività amministrativa, si riverbera sulla stessa organizzazione che deve garantire tale attività e, indirettamente, incide sulla prestazione del dipendente pubblico.

A conferma, si può infatti notare che una funzionalizzazione dell'organizzazione emerge da molteplici dati normativi, risultando immanente al sistema. Ad esempio, nel d. lgs. n. 165/2001, le Amministrazioni Pubbliche devono definire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici "secondo principi generali fissati da disposizioni di legge" (art. 2, c. 1, T.U.P.I.), ispirandosi, tra l'altro, al criterio di "funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità" (art. 2, c. 1, lett. a) T.U.P.I.) e a quello di "garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa" (art. 2, c. 1, lett. g) T.U.P.I.). E, si ribadisce, esse "assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa" (art. 5, c. 1, T.U.P.I.), benché in quest'ambito "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" siano "assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro" (art. 5, c. 2, T.U.P.I.).

Tanto precisato, andiamo a vedere come in concreto si atteggi l'interesse pubblico nel contratto, guardando ai due principali indici che segnano il punto di emergenza degli interessi contrattuali: l'adempimento, sotto il profilo della diligenza, e i limiti all'esercizio dei poteri datoriali.

2. Diligenza e adempimento dell'obbligazione del pubblico impiegato.

Cominciamo dal tema dell'adempimento, considerato sotto il profilo della diligenza nell'esecuzione del contratto.

Individuare in cosa consista concretamente la diligenza è questione non facile. Il Codice civile non ne contiene una nozione espressa, né tanto meno questo concetto è esplicitato nella specifica norma lavoristica di cui all'art. 2104 c.c., che si limita unicamente ad indicare il modo d'uso della diligenza. Analogamente, nella norma generale di cui all'art. 1176 c.c. si demanda al debitore quella del buon padre di famiglia (c. 1) e, nell'esercizio di un'attività professionale, quella richiesta dalla natura dell'attività esercitata, senza però indicare cosa integrino effettivamente tali nozioni.

Riassumendo un dibattito molto articolato, il canone di diligenza assume diverse sfaccettature, rilevando sia come misura qualitativa della prestazione dovuta (diligenza in senso stretto), sia come criterio di determinazione della stessa²¹ che, infine, quale modo di conservazione della possibilità di adempiere, e indica ciò che ragionevolmente il creditore può aspettarsi secondo un modello astratto di debitore²². Ad ogni buon conto, con questa formula il legislatore ha voluto riassumere la misura dello sforzo richiesto al debitore per assicurare al creditore l'esecuzione della prestazione in modo esatto ed idoneo a realizzarne l'interesse. La prestazione dovuta, quindi, è quella diligente, la quale costituisce adempimento dell'obbligazione assunta e soddisfa l'interesse creditorio.

Fissati i confini della nozione, occorre chiedersi come declinarla nel pubblico impiego. Specificamente, se nel caso del dipendente pubblico "l'azione diligente trasforma il semplice avere in attività poietica suscettibile di soddisfare l'interesse creditorio"²³, qual è l'interesse che rileva e quindi può ritenersi soddisfatto attraverso il fare diligente del lavoratore? Qual è la prestazione che può considerarsi diligente adempimento dell'obbligazione lavorativa?

In proposito il Codice di comportamento per i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni - la cui violazione comporta responsabilità disciplinare, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del Testo Unico del Pubblico Impiego - evidenzia una nozione di diligenza rafforzata, che viene accostata ai doveri di "lealtà, imparzialità e buona condotta" (art. 1 d.P.R. 16 aprile 2013, n. 262). Il pubblico dipendente, infatti, "osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; (...) svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare" ed "esercita i propri compiti orientando l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia" (art. 3 d.P.R. n. 262/2013).

Di conseguenza, benché il legislatore contempra una serie di doveri, principi etici e regole di condotta autonome, tutte queste previsioni non sono nient'altro che riconducibili alla nozione di diligenza, risultando la specificazione di quei

²¹ L. MENGONI, *op. cit.*, per cui nel caso dell'obbligazione lavorativa l'agire diligentemente non indica più lo sforzo in funzione dell'adempimento, ma connota l'adempimento stesso, stabilendo se l'attività di prestazione corrisponda all'esatto adempimento dell'obbligazione.

²² In questo il canone di diligenza si distingue dalle regole di correttezza e buona fede. La buona fede impone al debitore di salvaguardare l'utilità creditoria esterna al contratto, sempreché questo non comporti un apprezzabile sacrificio per il debitore; la diligenza, invece, postula l'attuazione diretta dell'interesse creditorio, questo sì dedotto nel contratto in quanto scopo in vista del quale è sorta l'obbligazione.

²³ L. MENGONI, *op. cit.* Si veda anche P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 1278, per cui "solo muovendo dalla concezione che nel rapporto obbligatorio è necessariamente prevista una condotta dell'obbligato come mezzo per il soddisfacimento dell'interesse del creditore, si spiega (...) la determinazione del grado di diligenza che il debitore deve usare nell'adempire".

comportamenti che rendono la prestazione del pubblico impiegato diligente in quanto utile nella complessiva organizzazione dell'impresa – Pubblica Amministrazione. Invero, si può addirittura affermare che queste specificazioni risultano per certi versi superflue: considerando che il parametro a cui commisurare la diligenza resta inevitabilmente l'interesse espresso dal contesto tecnico – organizzativo in cui si svolge la prestazione²⁴, l'apporto del pubblico impiegato, per poter essere utile e quindi utilizzabile nell'Amministrazione – apparato, deve necessariamente conformarsi all'interesse generale perseguito dallo stesso. Vediamo quindi che, in quanto criterio di organizzabilità dei singoli apporti, il pubblico interesse conforma la prestazione dovuta incidendo sull'ampiezza della diligenza del lavoratore. Il riferimento al buon andamento, e ai suoi corollari di efficienza ed efficacia, indicano chiaramente una tensione verso il risultato utile nel criterio di valutazione dell'adempimento del pubblico impiegato.

D'altro canto, sul piano speculare della valutazione del pubblico impiegato, notiamo che il referente adottato dal legislatore resti sempre l'interesse pubblico. Così, nel d. lgs. n. 150/2009, nonostante l'adozione ad effetto di termini afferenti alla realtà aziendale privata, viene indicato quale fine della valutazione della performance “miglioramento della qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche” (art. 3 c. 1 d. lgs. n. 150/2009), attraverso la fissazione di obiettivi – da parte degli organi di indirizzo politico-amministrativo – “rilevanti e pertinenti rispetto ai bisogni della collettività, alla missione istituzionale, alle priorità politiche ed alle strategie dell'amministrazione”.

In quanto criterio di organizzabilità dei singoli apporti, il pubblico interesse conforma quindi la prestazione stessa incidendo sull'ampiezza della diligenza del lavoratore. Anzi, in linea con quanto rilevato sopra (v. par. 1), possiamo affermare che lo stesso interesse all'organizzabilità della prestazione resti, comunque, pubblico, risultando un *minus* che partecipa dell'interesse amministrativo presupposto dall'obbligazione di lavoro.

Tirando le fila del nostro ragionamento, la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego non comporta un mutamento dell'interesse creditorio dedotto nel rapporto. Quello che cambia sono le coordinate di realizzazione dell'interesse e di conseguenza il sostrato della sua collocazione nelle reciproche relazioni tra le parti, che da un rapporto amministrativo entrano in una dinamica negoziale. Diversamente dal sistema pubblicistico, in cui la posizione del dipendente era relegata a mero interesse legittimo suscettibile di tutela mediata, è ormai acclarato che l'interesse pubblico non sia più in una posizione sovraordinata. Ma, per questo, tale interesse datoriale non cessa di avere come referente il buon esito dell'azione amministrativa, assumendo diverse e (a no-

²⁴ A. VISCOMI, *op. cit.*, p. 204: “I tipi reali di comportamento diligente sono legalmente correlati alla natura della prestazione dovuta e all'interesse dell'impresa”.

stro dire) artificiose colorazioni. La prestazione, benché inerente ad un rapporto contrattuale, continua a conservare la propria destinazione soggettiva pubblica: il pubblico impiegato continua a spiegare pur sempre un'attività legata, direttamente o strumentalmente, ai fini istituzionali dell'ente. Quindi, l'articolarsi del rapporto di lavoro attraverso formule privatistiche non implica un venir meno, in tale ambito, dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità declinati dall'art. 97 Cost.: mentre nel regime pubblicistico tali principi assumono il duplice ruolo di canoni dell'azione amministrativa e di "valutazione dell'azione come risultato"²⁵, sul piano del rapporto privatizzato questi parametri colorano l'adempimento del pubblico impiegato diventando criteri di conformazione qualitativa della prestazione dovuta specificati nella diligenza richiesta al lavoratore.

Semmai in questo quadro, che vede contrapposti interesse pubblico dell'Amministrazione ed interesse privatistico dei lavoratori, si inserisce il *proprium* del rapporto di lavoro, ossia l'essere strumento di correzione dell'endemica debolezza del lavoratore. È vero che l'Amministrazione non agisce più nell'ambito di uno schema autoritativo caratterizzato dal binomio supremazia speciale/interesse legittimo, ponendosi su un piano di parità negoziale, ma questa parità resta di fatto formale perché, come noto, la posizione del datore di lavoro è comunque caratterizzata da una supremazia privatistica. Proprio per delimitare degli argini di questa supremazia, nel diritto privato del lavoro sono state affinate delle tecniche garantistiche le quali introducessero dei limiti al dispiegarsi dei poteri imprenditoriali, attraverso le disposizioni inderogabili di legge e la contrattazione collettiva (v. infra, par. 3).

3. I limiti ai poteri datoriali

È stato rilevato come il mutamento di paradigma nell'azione datoriale dell'Amministrazione non implichi altresì un cambio nell'interesse sotteso che resta, pur sempre, quello pubblico, determinato in astratto dalla legge e perseguito dalla singola unità amministrativa.

È necessario ora un passo ulteriore. Si è dato conto del fatto che poteri giuridici e interessi non sono entità autonome ma vasi comunicanti e che tra gli stessi sussiste un rapporto di strumentalità. Così, visto il nuovo quadro privatistico in cui si svolge l'azione del datore pubblico, è ora di vagliare questo intreccio per capire come, in relazione all'interesse generale cui tende l'Amministrazione, si svolgano i poteri connessi al rapporto di lavoro. Non sono poche

²⁵ L'espressione è di A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, p. 25.

infatti le domande che restano insolute. Dal punto di vista strutturale, è cambiato qualcosa? E davvero non è possibile, attraverso gli strumenti privatistici, perseguire l'interesse pubblico in modo analogo alle vie autoritative del diritto amministrativo?

L'analisi che segue toccherà due punti. Dapprima esamineremo lo spazio di libera volizione della Pubblica Amministrazione, per vedere come nel mutato contesto normativo trovino espressione i differenti interessi. Quindi, cercheremo di capire come si atteggiino gli strumenti privatistici in relazione all'interesse pubblico.

Nel diritto civile, è l'autonomia privata a segnare il libero spazio lasciato dalla legge alla volontà delle parti. Autonomia che indica non una mera libertà di agire nell'ambito del lecito giuridico, ma una "manifestazione di potere, e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche"²⁶. L'autonomia quindi consiste nella possibilità, riconosciuta dall'ordinamento ai soggetti, di auto-disciplinare quegli interessi, propri o altrui, in relazione ai quali lo Stato non assume per se stesso o impone ad altri la tutela²⁷.

Infatti, è vero che la scelta del fine dell'agire è rimessa esclusivamente al soggetto che esercita il potere, ma non possiamo affermare che tale scelta risulti completamente libera. L'autonomia privata è un potere derivato riconosciuto dall'ordinamento e, quindi, può sussistere ed esplicarsi nei limiti previsti dalla disposizione attributiva del potere. Pertanto, affermare che questa situazione privatistica si traduca in un ambito di libera volizione non significa che i poteri connessi possano svolgersi in modo arbitrario né, tanto meno, che la scelta degli interessi perseguibili sia completamente scevra da vincoli.

Non si può negare, infatti, che sia insita nel sistema l'idea di una corrispondenza oggettiva tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio del potere, tale per cui "l'esercizio del diritto soggettivo non si ricollega più alla attuazione di un potere assoluto e imprescindibile ma presuppone un'autonomia, libera, comunque collegata alla cura di interessi (...)"²⁸. Di conseguenza, analogamente alla discrezionalità amministrativa, la volontà dei privati non può muoversi a proprio piacimento, ma secondo delle specifiche coordinate. Nello specifico, mentre nella discrezionalità amministrativa si guarda al principio di legalità e ai parametri di ragionevolezza predicati dall'art. 97 Cost., l'autonomia privata risulta indirizzata dai canoni della buona fede e della correttezza (artt. 1175, 1337, 1338, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c.), della liceità (art. 1343 c.c.), e della meritevolezza degli interessi dedotti nel contratto (art. 1322 c.c.). Da

²⁶ L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 133.

²⁷ L. FERRI, *op. cit.*, p. 136.

²⁸ G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto*, Milano, 2010, p. 13. Si veda anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2015, p. 55.

quanto detto possiamo fissare due punti fermi, utili per il prosieguo del nostro lavoro: a) l'autonomia privata è libera solo nella scelta di quei fini ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento; b) i poteri non possono svolgersi liberamente, ma secondo dei canoni di intrinseca coerenza che li rendano conformi ai valori perseguiti dal sistema.

Anche sul piano del rapporto di lavoro, l'espletarsi del potere nella sua dimensione relazionale richiama il problema dei limiti, intesi quali meccanismi che, riequilibrando le posizioni delle parti, modulano l'esercizio dei poteri datoriali. Tali vincoli, infatti, segnano il punto di emersione dei diversi interessi dedotti nell'obbligazione di lavoro che, ricondotti ad unità nell'atto costitutivo del rapporto, si esplicano così nel momento dinamico dello stesso. In questa prospettiva convergono due aspetti nettamente opposti e confliggenti: da un lato, le esigenze di salvaguardia del contraente debole, dall'altro il nucleo intangibile della libertà economica, refrattario ad ogni forma di intromissione esterna ad opera della legge. Le prerogative "imprenditoriali" sono destinate, anche se in via mediata, ad incidere sui contrapposti interessi dei lavoratori: pertanto, per effetto di disposizioni di legge, di autonomia collettiva o individuale, vengono predisposti vincoli e condizionamenti che risultano espressione dell'interesse sociale a che le scelte del datore si svolgano tenendo conto delle specifiche istanze coinvolte. Potere direttivo ed oggetto del contratto sono infatti strettamente interrelati: il potere di conformazione è funzionalizzato al perseguimento dell'interesse creditorio dedotto nel regolamento negoziale. Ove mancassero siffatti limiti, il lavoro subordinato si tradurrebbe in un generico vincolo personale, che travalicherebbe l'oggetto del contratto ampliando a dismisura la sfera debitoria del lavoratore.

I limiti ai poteri datoriali segnano quindi il punto di emersione dei diversi interessi dedotti nell'obbligazione di lavoro che, ricondotti ad unità nell'atto costitutivo del rapporto, si svolgono così nel momento dinamico dello stesso. Tali vincoli, introdotti attraverso la legge o la contrattazione collettiva, possono esplicarsi secondo due modalità principali: attraverso l'imposizione di moduli procedurali all'esercizio del potere o tramite vincoli di carattere sostanziale, che subordinino l'adozione di determinate scelte a precisi presupposti di fatto e/o diritto, oppure non permettano l'esercizio del potere oltre un certo segno. Ogni limite sottende un interesse: la distinzione tradizionale è tra limiti esterni²⁹, che veicolano un interesse ultroneo e se vogliamo antagonista rispetto quello del titolare dell'atto, indicando "quali effetti giuridici l'imprenditore, esercitando il potere, ha la possibilità di produrre nella sfera giuridica del prestatore di lavoro

²⁹ Cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, p. 153 ss.

e questi ha l'impossibilità di evitare che si producano³⁰ e limiti interni, che derivano dall'oggetto dell'obbligazione principale assunta dal lavoratore, "inerenti alla intrinseca destinazione del potere e da considerarsi illegittimamente valicati ogniqualvolta l'atto di esercizio del potere, pur senza eccedere l'ambito degli effetti perseguibili, realizzi una distorsione della funzione per la quale il potere è attribuito"³¹.

Analizzando senza pretesa di esaustività i limiti imposti ai poteri datoriali della Pubblica Amministrazione, per individuare quale sia l'interesse alla base degli stessi, è agevole osservare come esso resti sempre quello pubblico finale. Ne è esempio l'esercizio dell'azione disciplinare, che ai sensi dell'art. 55 del Testo Unico, è obbligatorio e sorretto da norma imperativa la cui violazione importa varie sanzioni ai sensi degli artt. 55-*bis*, c. 7 e 55-*sexies* d. lgs. n. 165/2001.

Così pure il principio di parità di trattamento stabilito dall'art. 45 T.U.P.I., con una regola nettamente diversa rispetto a quella propria del lavoro privato.

E in questo senso si esplica anche il canone della buona fede, che pur veicolando in astratto un interesse opposto a quello del titolare del potere, viene utilizzato per esplicitare nel contratto gli obblighi previsti per il potere amministrativo ai sensi dell'art. 97 della Carta. Infatti, in alcune pronunce della Suprema Corte – seppur secondo un indirizzo non del tutto consolidato – la buona fede della P.A. come datrice di lavoro non viene intesa quale declinazione del regolamento negoziale, ma come emanazione dei principi applicabili all'attività della P.A. ai sensi dell'art. 97 Cost.³².

Ad esempio, in un caso relativo al conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali, la Cassazione ha ritenuto che, nonostante gli atti di conferimento fossero espressione di autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione, "gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (correttezza e buona fede), applicabili alla stregua dei

³⁰ G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, vol. II, Padova, 1963, p. 75.

³¹ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, p. 75.

³² In senso contrario, A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, p. 218. Peraltro, è opportuno sottolineare come vi sia un'apertura verso l'utilizzo della buona fede anche ad opera della giurisprudenza amministrativa, in cui tale regola risulta conseguenza applicativa dei principi costituzionali sull'amministrazione (A. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 224; si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2002, n. 4009; Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 1997, n. 625); motivo per cui tale canone risulta applicabile sia al sindacato sul potere che a quello sul rapporto. Rileva invece C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, n. 5/2017, p. 1130 ss., che "l'innesto della normativa costituzionale nel codice civile, cioè dei valori costituzionali nel sistema di rapporti costituito dal codice civile richiede una doppia verifica di compatibilità. La prima circa la possibilità tecnica di applicare il principio costituzionale dal punto di vista della Costituzione, cioè della struttura della norma e/o della indicazione che la stessa abbia fatto dei destinatari della sua implementazione e dei relativi diritti (il che spiega la ragione della su menzionata inattuabilità diretta, nella più parte dei casi, degli artt. 41 e 42). La seconda circa la possibilità di inserire il principio nel tessuto ordinamentale, dal punto di vista del codice civile".

principi di imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost.", obbligassero "la P.A. a valutazioni anche comparative, all'adozione di adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte, sicché ove l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento circa i criteri e le motivazioni seguiti nella scelta dei dirigenti ritenuti maggiormente idonei agli incarichi da conferire, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile"³³.

Analogamente, in materia di scorrimento di graduatorie, è stata ritenuta contraria a buona fede e correttezza la mancata motivazione, da parte della P.A., circa le circostanze di fatto o le ragioni di interesse pubblico che avessero l'avesse indotta ad avvalersi di criteri diversi rispetto all'utilizzazione delle graduatorie secondo il criterio cronologico, cioè a partire da quella di data anteriore, destinata a scadere per prima³⁴.

Oppure, in una decisione che concerneva la revoca del provvedimento di orario part-time, si è ritenuto che, oltre alla sussistenza di obiettive esigenze funzionali e di una reale ponderazione degli interessi coinvolti, fosse necessaria anche un'adeguata motivazione delle ragioni che avevano determinato l'esercizio del potere; la motivazione, infatti, costituiva un onere imposto dai precetti di correttezza e buona fede, la cui assenza precludeva al lavoratore di verificare la sussistenza dei presupposti di legge nonché di poter predisporre un'adeguata tutela, col pericolo quindi di un esercizio arbitrario o abusivo del potere³⁵.

Ancora, è stata ritenuta contraria a buona fede e correttezza la revoca di un'autorizzazione a svolgere un incarico extraistituzionale sprovvista di un'adeguata indicazione degli elementi posti alla base della decisione, benché tale revoca, dapprima concessa, fosse stata successivamente ritenuta dall'Amministrazione contraria alle finalità di buon andamento e imparzialità cui è funzionalizzato l'apparato pubblico³⁶.

Quindi, attraverso la creazione di una norma del caso concreto di origine complessa, cioè formata da significati desunti tanto dalla legge ordinaria che dalla Costituzione, la buona fede viene utilizzata per mediare, concretizzandoli, i valori che la Costituzione riferisce all'attività amministrativa, incanalando

³³ Cass. civ. sez. lav. 27 settembre 2013, n. 21700 in cui, tra l'altro, si configura la situazione giuridica soggettiva del dipendente che aspiri ad un incarico dirigenziale quale interesse legittimo di diritto privato. In senso analogo, Trib. Aquila, 9 marzo 2011, Est. TRACANNA, in *Lav. Giur.* 2011, p. 638.

³⁴ Cass. civ. sez. lav. 12 maggio 2016, n. 280.

³⁵ Trib. Modica, 17 dicembre 2011, Est. FIORENTINO, in *Lav. Giur.* 2012, p. 315. In senso contrario, Trib. Firenze 7 marzo 2011, Est. RIZZO, in *RIDL*, 2012, p. 458 con nota di A. VENTURA, *Il ripensamento del datore di lavoro pubblico: prime pronunce giurisprudenziali sul diritto di revoca del part-time già autorizzato*, sentenza la quale però considera che l'atto di revoca, benché carente di motivazione formale, sia legittimo se sorretto da reali ragioni di pubblico interesse.

³⁶ Trib. Pisa 15 aprile 2006, Est. TARQUINI.

l'azione discrezionale dell'Amministrazione, non più secondo moduli amministrativi ma di diritto privato.

4. Interesse, causa e tipo nel contratto di lavoro del pubblico impiegato

È emerso che l'interesse pubblico, determinando una qualità della prestazione, conforma la prestazione del dipendente e implica inadempimento dovuto a colpevolezza, sanzionabile disciplinarmente (v. sopra, par. 2). La realizzazione dei fini ultimi dell'Amministrazione non dipende dalle contingenze economiche "di contorno", ma è immanente a ciascun rapporto e costituisce tassello del mosaico più ampio del buon andamento predicato dall'art. 97 della Carta.

L'interesse pubblico non è quindi qualcosa di esterno e superiore al regolamento negoziale ma integra lo stesso interesse creditorio dedotto nel contratto. Questo ha innegabili riflessi anche sulla causa del contratto di lavoro quale contratto di scambio, sia che la causa venga intesa nella sua accezione oggettiva, quale funzione economico-sociale, sia che la stessa venga interpretata come causa concreta perseguita dalle parti, segnando quindi una differenza rispetto a quella del contratto di lavoro privato³⁷. Mentre infatti, seppur con diverse modulazioni, si ritiene che nel lavoro privato l'interesse datoriale sia quello all'organizzabilità della prestazione (ma v. sopra, par. 1) e che l'interesse al profitto sia qualcosa di esterno al contratto, non si può dire che questo assioma trovi indefettibilmente applicazione anche al rapporto di pubblico impiego.

L'interesse della Pubblica Amministrazione – "imprenditrice" alla produzione di beni e servizi non è indifferenziato, essendo rivolto alla produzione di determinati beni qualitativamente caratterizzati: il c.d. "risultato produttivo" della Pubblica Amministrazione, a fronte del quale l'obbligazione lavorativa può

³⁷ Non è questa la sede per ripercorrere un dibattito articolato e tuttora lontano da esiti condivisi. Addirittura, in tema di causa, c'è chi ritiene che questa nozione sia una «sovrastuttura dogmatica» (v. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012). Orientamento, questo, che non viene condiviso da chi scrive. Sappiamo infatti che un fondamento giustificativo è immanente a qualsiasi azione umana la quale abbia una pretesa di giuridicità (premessa maggiore) e che l'ordinamento impone ad ogni azione giuridica un canone di ragionevolezza e aderenza ai propri valori (premessa minore): pertanto, ogni azione è permeata da un necessario fondamento causale sul quale deve poter svolgersi un vaglio di conformità da parte dell'ordinamento.

Ad ogni buon conto, preme sottolineare che nessuna teoria, in materia di causa, è esente da critiche. La teoria della causa quale funzione economico sociale (di cui il capostipite è E. BETTI, nelle sue due opere *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1994, e nella voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss Dig. It.*, III, Torino 1957, 32 ss.) viene accusata di irrigidirsi nell'identificare la causa con il tipo, sottraendo i contratti nominati a qualsiasi vaglio di conformità rispetto all'ordinamento; mentre la teoria della causa concreta presta il fianco alla possibile confusione tra causa, presupposizione e motivi (per una disamina, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, n. 4/2013, p. 957 ss.

ritenersi adempiuta, è costituito dalla realizzazione del pubblico interesse il quale entra anche in ciascun rapporto. Il contratto risulta “dal punto di vista dell’ordinamento ‘strumento’, volto a “realizzare — con il concorso di altre innovazioni — le condizioni per un miglior funzionamento della macchina amministrativa nel suo insieme”³⁸.

In effetti ciò viene confermato ove si consideri la funzione interpretativa e adeguatrice della causa del contratto³⁹, dato che nel rapporto di pubblico impiego la determinazione dei reciproci obblighi e doveri passa proprio attraverso l’interesse generale. Ad esempio, è questa la lente che concretizza le clausole generali di oggettività, imparzialità, etc. che informano la condotta del pubblico dipendente⁴⁰, come d’altro canto è sempre l’interesse generale a fungere da parametro di adeguamento del contratto: si pensi a tutti i casi in cui, ad esempio, i vincoli di finanza pubblica comportano la riduzione o il congelamento di determinati emolumenti contrattuali. Si precisa che per tale via non si intende inferire una causa contrattuale di tipo associativo, che accomuni le parti dello scambio nel perseguimento di uno scopo comune, né intendere l’interesse pubblico come un interesse a cui è funzionalizzato il contratto, oppure tornare al vecchio postulato dell’assorbimento dell’interesse del dipendente in quello pubblico perseguito dall’amministrazione. Come in ogni schema commutativo resta la contrapposizione tra le parti, anche se questo non toglie che la prestazione lavorativa sia finalizzata al perseguimento dell’interesse creditorio che, nel caso della pubblica amministrazione, è l’interesse pubblico.

Tirando le fila del nostro ragionamento, la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego non comporta un mutamento dell’interesse della P.A. dedotto nel rapporto. Quello che cambia sono le coordinate giuridiche della sua realizzazione e di conseguenza il sostrato della sua collocazione nelle reciproche relazioni tra le parti, che da un rapporto amministrativo entrano in una dinamica negoziale⁴¹. La prestazione, benché inerente ad un rapporto contrattuale, continua a conservare la propria destinazione pubblica: il pubblico impiegato svolge pur sempre un’attività legata, direttamente o strumentalmente, ai fini istituzionali dell’ente. Semmai in questo quadro, che vede contrapposti interesse pubblico dell’Amministrazione ed interesse privatistico dei lavoratori, si inserisce il proprio del rapporto di lavoro, ossia l’essere strumento di correzione della

³⁸ A. PILEGGI, *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Roma, 2004, p. 42.

³⁹ Per una interessante ricostruzione del tema si veda D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 1/2017, p. 37.

⁴⁰ Sulle clausole generali, si veda M. T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010*, in *WP CSDLE.IT*, n. 114/2011; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 5 ss.

⁴¹ Tant’è vero che, in caso di lacuna normativa, si applica la disciplina lavoristica generale e non quella amministrativa.

tipica debolezza del lavoratore.

Tanto detto, resta da chiedersi se sia possibile compiere un passo ulteriore, considerando le interconnessioni presenti tra causa e tipo negoziale nella costruzione civilistica del contratto, considerando sia le teorie sulla causa concreta che quelle sulla causa astratta.

Nella teoria della causa concreta, il tipo generale “contratto di lavoro” viene declinato a seconda degli specifici interessi dedotti in una determinata operazione. Quindi, un unico tipo e molteplici presupposti concreti. Ma nel momento in cui la Pubblica Amministrazione conclude un determinato contratto, l’interesse generale non è un *quid* specifico che si esaurisce in un singolo rapporto, ricorrendo invece in tutti i rapporti conclusi dagli enti pubblici.

Così, l’interesse pubblico non resta un dato contingente alla singola operazione, ma la trascende presentandosi come elemento sussistente in ciascun contratto, quale esigenza costante e normale connessa al tipo riconducibile anche alla nozione di causa in senso oggettivo, quale “funzione economico-sociale”.

Osservazione, quest’ultima, che apre ad una domanda senz’altro scomoda. Qualunque prospettiva venga accolta, la nozione di tipo contrattuale implica la ricorrenza di un determinato schema funzionale. Poi, se nelle teorie oggettive lo schema causale esaurisce il tipo, in quelle soggettive al tipo si affiancano gli specifici moventi che hanno determinato la conclusione di un determinato negozio.

Tuttavia, ove una determinata natura dello scopo ricorra costantemente nello schema di un atto, e da questo scopo, come nel caso del contratto di pubblico impiego, venga fatta discendere l’applicazione di una disciplina speciale, non ci troviamo di fronte ad altro tipo negoziale o comunque ad un sottotipo, distinto dal generale contratto di lavoro?

Forse, a questo riguardo, si potrebbe azzardare una risposta positiva. Secondo la dottrina, la tipicità implica “un modello di operazione economica, attuata mediante contratto, nota e diffusa nella vita di relazione”, e il suo senso fondamentale risiede “nel determinare le regole contrattuali applicabili ai rapporti contrattuali applicabili al tipo”⁴². Nel rapporto di pubblico impiego l’interesse generale, quale elemento della funzione, determina l’applicazione di regole diverse e specifiche che si sommano e prevalgono sulla disciplina del rapporto privato, dando vita a un tipo o sottotipo speciale rispetto a quelle del generale “contratto di lavoro”.

⁴² V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 398.

Prospettive del contratto collettivo decentrato nel sistema contrattuale e nel sistema legale

Angela Rampazzo

SOMMARIO: Introduzione – 1. La revisione degli assetti contrattuali nel sistema confederale. 1.1. *Il riconoscimento del ruolo del contratto collettivo decentrato nel sistema confederale degli assetti contrattuali: l'Accordo Quadro 22 gennaio 2009 e l'Accordo interconfederale per il settore industriale 15 aprile 2009* – 1.2. *La “vicenda Fiat”: prove di forza della contrattazione collettiva aziendale* – 1.3. *Il consolidamento del ruolo del contratto collettivo aziendale nel sistema confederale: l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, le Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia del 21 novembre 2012 ed Il Testo Unico sulla Rappresentanza del gennaio 2014* – 2. Il contratto aziendale quale nuovo referente privilegiato per il legislatore: l'art. 8 d.l. n. 138/2011 – 3. Banchi di prova (falliti) per il contratto aziendale “in deroga” del sistema confederale – 4. Un nuovo modello di interazione tra legge e autonomia collettiva: l'art. 51 d.lgs. n. 81/2015 – 5. Ritorno al sistema confederale: prospettive del contratto collettivo decentrato.

Introduzione

Molteplici fattori, negli ultimi anni, hanno reso urgente procedere ad una revisione dell'organizzazione del lavoro in azienda: in risposta alla crisi economico-finanziaria del 2008, le aziende hanno ricercato forme e strumenti per accrescere velocemente la propria produttività.

Decentramento produttivo, revisione della disciplina dell'orario di lavoro ai fini di combattere l'assenteismo e raggiungere la saturazione degli impianti, revisione del sistema retributivo premiale hanno, spesso, rappresentato le strade più frequentemente battute per attutire l'impatto della crisi economica.

In tale quadro, anche le regole che presiedevano da decenni le relazioni industriali italiane non hanno potuto sottrarsi ad un progressivo processo di “adattamento” alle esigenze, rapidamente emerse, degli agenti industriali di maggiore flessibilità.

In un contesto di crisi economica-industriale e di disgregazione dei fattori che avevano caratterizzato le relazioni collettive nei decenni precedenti¹, quali sopra tutti l’unità di azione sindacale ed una funzione precipuamente acquisitiva della contrattazione collettiva, il contratto di livello aziendale, o comunque decentrato, è stato sfruttato dagli operatori nonché da alcune parti sociali quale strumento che più agevolmente consentiva di incidere, con maggiore efficacia ed appropriatezza rispetto al contratto nazionale, sull’organizzazione del lavoro nelle singole realtà aziendali o territoriali, pur nel costante rischio (talvolta concretizzatosi) di diminuzione delle tutele dei lavoratori a fronte di rassicurazioni della stabilità occupazione. Di contro, il contratto collettivo nazionale ha inevitabilmente perso smalto e forza anche nella funzione che gli è geneticamente propria, ossia la “sottrazione del salario alla competitività”: negli ultimi anni, infatti, si è registrata una preoccupante proliferazione dei contratti collettivi nazionali con organizzazioni minori, i quali prevedono, principalmente, livelli retributivi inferiori rispetto al tradizionale contratto di categoria e maggiore flessibilità oraria.

In seno all’impianto del sistema confederale è stata, dunque, ineludibile la formalizzazione di una revisione del tradizionale rapporto tra i livelli della contrattazione collettiva (dagli Accordi Interconfederali del 2009, all’Accordo del giugno 2011 poi trasfuso nel Testo Unico del 2014, al recente Patto per la Fabbrica del febbraio 2018), revisione che pur nel riconoscimento di più ampie prerogative, sia quanto a capacità regolativa (anche in deroga al contratto nazionale) sia quanto ad ampiezza dei contenuti, ha sempre confermato il “controllo” centralizzato del contratto di categoria sulle sedi di regolazione periferica.

L’attitudine della sede di normazione collettiva decentrata ad una regolamentazione dell’organizzazione del lavoro immediatamente “calata” nella realtà produttiva e la disponibilità se non propensione, soprattutto del fronte datoriale, a farvi ricorso non è sfuggita al legislatore italiano, in linea con la maggior parte degli Stati membri dell’Unione europea². Dapprima con la previsione dell’art. 8 d.l. n. 138/2011, poi convertito in l. n. 148/2011, in seguito con l’art. 51 d.lgs. n. 81/2015, il legislatore si è rivolto direttamente (anche) al contratto decentrato

¹ R. DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 278.

² S. BOLOGNA, *Il contratto aziendale in tempi di crisi. Esperienze euro-mediterranee a confronto*, Torino, 2017, p. 36; M. MAGNANI, *Aspetti istituzionali e prassi della contrattazione collettiva tra rinnovamento e tradizione. Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2017 p. 4; T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 371.

quale destinatario di funzioni normative delegate dalla legge o, addirittura, di facoltà di deroga alle disposizioni legislative.

Il presente approfondimento si propone di ripercorrere i passaggi significativi dei processi sopra descritti, i quali appaiono integrare tappe di un percorso orientato ad una nuova valorizzazione del contratto decentrato, sempre più emancipato dal ruolo subalterno assegnatogli dall'autonomia collettiva e candidatosi a svolgere una funzione di regolazione "complementare" ed "equivalente"³ rispetto al contratto nazionale, facoltizzata dalla libertà sindacale sancita dall'art. 39 Cost.

Va sin d'ora osservato, peraltro, come tale percorso non possa comunque dirsi, oggi, giunto ad un esito stabilizzato. Rimane, infatti, attuale la necessità di definire maggiormente, seguendo le tracce (e al contempo evitando esiti distorti della contrattazione) delle sperimentazioni già effettuate, il ruolo della contrattazione decentrata rispetto al contratto di categoria: tanto nella ripartizione di competenze normative tra i due livelli contrattuali, momento che porta necessariamente il livello decentrato a misurarsi con la connotazione accentratrice, soprattutto in materia salariale, che le parti sociali sono ferme nell'attribuire al confronto in sede nazionale; quanto nel coordinamento con il contratto nazionale nel riscontro ai rinvii legislativi, ultimamente formulati in termini generali e rivolti indistintamente a qualsiasi livello in cui l'autonomia collettiva possa esplicarsi. Utile (o secondo alcuni Autori necessario⁴) potrebbe essere un intervento legislativo. Ricavare un ruolo specifico per il livello decentrato nella dinamica della contrattazione nazionale, tradizionalmente articolata in un livello centrale ed uno periferico, costituisce, infatti, una significativa occasione per consentire la conservazione della struttura fondamentale del sistema delle relazioni collettive ed, in particolare, la sopravvivenza del livello nazionale di contrattazione, sottoposto negli ultimi anni a ripetute prove di tenuta.

³ T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., 2018, p. 375.

⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni del diritto sindacale italiano: è tempo di regolamentazione legislativa*, cit., p. 278; F. DI NOIA, *Sul "ritrovato" dinamismo del sistema di relazioni industriali: rappresentatività e assetti contrattuali dopo l'accordo interconfederale 28.2.2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1269.

1. La revisione degli assetti contrattuali nel sistema confederale

1.1. Il riconoscimento del ruolo del contratto collettivo decentrato nel sistema confederale degli assetti contrattuali: l'Accordo Quadro 22 gennaio 2009 e l'Accordo interconfederale per il settore industriale 15 aprile 2009

L'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 costituisce l'esito, non sottoscritto dalla Confederazione della Cgil, del negoziato tra le parti sociali avviato nell'autunno del 2007, sviluppando le indicazioni di cui alla proposta del Libro bianco del 2001 e, prima ancora, della Relazione finale della Commissione Giugni del 1997-98⁵. La prospettiva seguita era quella di decentramento del sistema contrattuale, attraverso il depotenziamento del tradizionale ruolo del contratto nazionale e l'incentivo alla diffusione della negoziazione di secondo livello. In particolare: il contratto di categoria conservava la funzione di sottrarre i salari dalla competitività e di adeguamento del potere di acquisto all'inflazione, mentre il contratto decentrato, specie aziendale, assumeva l'onere di redistribuire la ricchezza generata dalla maggior produttività; il rapporto tra i due livelli di contrattazione rimaneva comunque gerarchico, sebbene fosse riconosciuta, dalla c.d. clausole di uscita, la facoltà di deroga al contratto nazionale da parte del livello decentrato⁶. Nonostante tutte le storiche Confederazioni rappresentanti i lavoratori avessero firmato l'Ipotesi di Accordo del 12 settembre 2008, il definitivo Accordo di revisione degli assetti contrattuali del successivo gennaio 2009 era sottoscritto solo da Cisl e Uil⁷.

⁵ *Relazione finale della Commissione per la verifica del Protocollo del 23 luglio 1993*, presieduta da G. GIUGNI, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, punto 19, p. 578.

⁶ Sulle posizioni emerse e gli sviluppi della negoziazione delle parti sociali cfr. L. MARIUCCI, *Il sistema contrattuale: ricostruire più che riformare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 281; R. SCOGNAMIGLIO, *Il pendolo tra centralismo e decentramento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 296; P. ICHINO, *Cosa non funziona nella centralizzazione della contrattazione collettiva*, in *Dir. relind.*, 2006, 4, p. 955; P. ICHINO, *A cosa serve il sindacato?*, Milano, 2005; cfr. anche confronto tra P. ICHINO e E. SCALFARI, *La riforma della contrattazione collettiva*, testo disponibile su www.lavoce.info; L. BELLARDI, *Le relazioni industriali in transizione: nodi critici e ipotesi di riforma*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 3, p. 395 e 396; I. REGALIA, *Tendenze al decentramento contrattuale, tra esigenze di competitività delle imprese, tutela del lavoro, coordinamento degli esiti*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 3, p. 435; M. NAPOLI, *La riforma della struttura della contrattazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 3, p. 359; A. PIZZO FERRATO, *Il contratto collettivo di secondo livello come espressione di una cultura cooperativa e partecipativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 434; O. MAZZOTTA, *La democrazia industriali e le regole del gioco*, in *Riv. dir. lav.*, 2006, I, p. 432; A. TURSI, *E' davvero necessaria una «rivoluzione maggioritaria»?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 304; V. A. VALLEBONA, *Dimensione degli interessi e decentramento regolativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, p. 446; G. FERRARO, *La riforma del sistema contrattuale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 48.

⁷ L'incertezza sulla funzione del contratto nazionale alla funzione di realizzazione dell'obiettivo della tutela del salario minimo determinò il fermo dissenso della Cgil.

L'accordo quadro era seguito da ulteriori accordi interconfederali, per vari settori produttivi, che declinavano le direttive del gennaio 2009 in modo non del tutto uniforme; se l'accordo del 15 aprile per il settore industriale era, forse, il più significativo, quello concluso per il settore agricolo e dei servizi⁸ dimostravano maggior completezza e, per certi versi, più chiare scelte strutturali nell'attribuire le funzioni di ciascun livello di contrattazione.

Le intese interconfederali del 2009⁹, sia quella "quadro" che quelle adottate negli diversi settori merceologici, non supportate da un effettivo sostegno del Governo di natura normativa e/o economica, realizzavano un compromesso tra opposte istanze delle parti sociali, con esiti inevitabilmente cauti nell'apertura al decentramento normativo, ma comunque significativi nell'espresso riconoscimento di un ruolo della contrattazione decentrata¹⁰ che non poteva più essere sottaciuto, anche in deroga alla disciplina nazionale della categoria. Nel complesso, si dava continuità alla ripartizione delle competenze di regolamentazione tra contratto nazionale, preposto alla difesa del potere di acquisto, e contratto decentrato aziendale, destinato alla valorizzazione retributiva della produttività aziendale (par. 2 dell'a. q. gennaio 2009, punto 2.2 dell'accordo interconfederale per il sistema industriale del successivo aprile 2009), peraltro esclusivamente nelle forme che consentissero "l'applicazione dei particolari trattamenti contributivi e fiscali previsti dalla normativa di legge" (par. 13 dell'a.q. gennaio 2009), così che sembrava addirittura veicolarsi l'idea che la maggior produttività aziendale fosse condizionata esclusivamente dal costo del lavoro. Nulla, infat-

⁸ Accordo interconfederale per l'industria 15.04.2009, tra CONFINDUSTRIA e CISL e UIL; Protocollo d'intesa sugli assetti contrattuali tra CONFAGRICOLTURA, COLDIRETTI, C.I.A.A., FLAI-CGLI, FAI-CISL, UILA-UIL; Accordo interconfederale 18.11.209 tra CONFESERVIZI e CISL e UIL; si segnala altresì l'intesa sull'applicazione dell'Accordo quadro ai comparti contrattuali del settore pubblico del 30.04.2009 sottoscritta con CISL, UIL, CIDA, CISAL, CONFISAL, UGL e USAE. Tutti i testi reperibili su www.cnel.it.

⁹ Sul tema, cfr. in particolare: M. RICCI, *L'Accordo quadro e l'Accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 3, p. 359; F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 86/2009, p. 2; L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *Riv. giur. lav.*, 2009 I, p. 450; M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni sindacali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *Arg. dir. lav.*, I, 2009, p. 1279; R. ROMEI, *Non è solo l'ennesimo strappo*, testo disponibile su www.nelmerito.com, p.1; F. CARINCI, *Se quarant'anni vi sembrano pochi: dallo Statuto dei lavoratori all'Accordo di Pomigliano*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 108/2010, p. 11; L. BELLARDI, *L'attuazione dell'Accordo quadro: pluralità di sistemi contrattuali ed eterogenesi dei fini. Alcune note di sintesi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 2, p. 395; P. ICHINO, *Note tecniche sull'Accordo interconfederale del 22 gennaio*, testo disponibile su www.lavoce.info; F. ZOLI, *Contrattazione in deroga*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Milano, 2011, p. 45; R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 2, p. 328; G. SANTORO-PASSERELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 3, p. 494.

¹⁰ F. OLIVELLI, *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Milano, 2016, p. 126.

ti, era disposto al fine di rafforzare gli strumenti di democrazia sindacale (ad es. obblighi di trasparenza, esame congiunto dei bilanci, obblighi informativi e consultivi), confermandosi meramente gli strumenti già acquisiti (ad es. esame congiunto delle condizioni produttive ed occupazionali anche in relazione alla produttività e redditività dell'impresa)¹¹.

Se da un lato, le potenzialità della contrattazione collettiva di livello decentrato apparivano fortemente ridotte dalla "clausola di non ripetibilità" (par. 11 dell'a.q. gennaio 2009, punto 3.2. dell'a.i. industria 2009), per cui l'autonomia collettiva non era abilitata a ridiscutere e a rivedere in sede decentrata quanto già concordato a livello nazionale, dall'altro la volontà delle parti sociali di sperimentare il decentramento contrattuale trovava conferma nel riconoscimento di una facoltà di deroga, in sede decentrata, alla disciplina normativa prevista nell'accordo di categoria, facoltà, non del tutto sconosciuta alle parti sociali¹² e sempre affermata dalla giurisprudenza¹³, la cui formalizzazione e generalizzazione era percepita anche quale segnale della gravità del momento¹⁴ che imponeva rivisitazioni della tradizione impostazione del rapporto tra livelli di contrattazione collettiva.

La c.d. "clausola d'uscita" (par. 16 a.q. gennaio 2009, punto 5 dell'a.i. aprile 2009), nella specie, riconosceva quale presupposto della facoltà di deroga la maggior attitudine e flessibilità della contrattazione decentrata alla gestione di momenti di crisi aziendale, tanto che negli Accordi del gennaio ed aprile 2009 le intese "in deroga" erano consentite in specifiche fattispecie ("per governare in azienda [...] situazione di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale") e con determinati contenuti ("potranno definire apposite procedure, modalità e condizioni per modificare in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici e normativi dei contratti nazionali di categoria").

Nel settore industriale, in particolare, l'accordo interconfederale specificava come le intese per essere efficaci fossero tenute all'osservanza di "parametri

¹¹ SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, testo disponibile all'indirizzo www.fiomitalia.it, p. 1; P. ICHINO, *Note tecniche sull'Accordo interconfederale del 22 gennaio*, testo disponibile su www.lavoce.info.it.

¹² La legittimità di accordi in deroga al contratto nazionale era già stata anticipata dall'intesa del 29.6.2007 nel settore chimico ed ancor prima nel Ccnl 5.6.1999 Alimentaristi in materia di orario di lavoro. Cfr. B. GRANDI, *I contratti aziendali in deroga: il caso del settore chimico-farmaceutico*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p. 1230; F. LAURIA, *La "derogabilità" del contratto nazionale*, in V. BERTI (a cura di), *La riforma degli assetti contrattuali*, Dossier Adapt n. 5/2009, testo disponibile su www.adapt.it, p. 13.

¹³ In dottrina cfr. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 3, p. 367 e, soprattutto, p. 375.

¹⁴ R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 2, p. 328.

oggettivi individuati” nel contratto di nazionale e dovessero “essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata” (punto 5.1. dell’a.i.). La clausola d’uscita nel settore metalmeccanico non trovava recepimento immediato, nel primo rinnovo del contratto di categoria successivo all’accordo interconfederale del 15.10.2009, bensì nell’accordo integrativo, a firma separata, del 29.9.2010¹⁵.

1.2. La “vicenda Fiat”: prove di forza della contrattazione collettiva aziendale

Risulterebbe eccessivamente dispersivo e non del tutto rilevante nel presente percorso di approfondimento ripercorrere nel dettaglio gli sviluppi delle relazioni tra le parti sociali e Fiat con riferimento agli stabilimenti di Pomigliano d’Arco e Mirafiori, tra il giugno ed il dicembre 2010, e gli esiti negoziali che ne sono scaturiti, già attentamente esaminati dalla dottrina¹⁶. Di seguito si riassu-

¹⁵ L’art. 4bis dell’intesa integrativa, tuttavia, procedimentalizzava la deroga del contratto collettivo decentrato rispetto al nazionale in modo non del tutto conforme alle indicazioni dell’accordo interconfederale (non erano prescritti “i parametri oggettivi” che l’intesa in deroga doveva rispettare; si sostituiva la “preventiva autorizzazione” del contratto di categoria con il meccanismo del silenzio assenso). E’ noto come la disposizione si spieghi nel contesto del disconoscimento da parte di Fiat del sistema confederale, consumatosi attraverso la sottoscrizione degli accordi aziendali in deroga per gli stabilimenti di Pomigliano d’Arco e Mirafiori e nella definitiva uscita dell’azienda torinese da Confindustria. L’intesa integrativa, in sostanza, tentava ex post di legittimare la contrattazione “in deroga” effettuata da Fiat per lo stabilimento di Pomigliano d’Arco nel giugno 2010, così da trattenere Fiat nel sistema confederale, tentativo che si rivelerà comunque inutile.

¹⁶ Solo a titolo esemplificativo, si ricordano: F. CARINCI, *Se quarant’anni vi sembrano pochi: dallo Statuto dei lavoratori all’accordo di Pomigliano*, WP CSDLE “Massimo D’Antona” n. 108/2010; F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, WP CSDLE “Massimo D’Antona” n. 113/2011; E. MASSAGLI, M. TIRABOSCHI, (a cura di), *Pomigliano d’Arco, un accordo che fa discutere. Farà anche scuola?*, Bollettino speciale Adapt, n. 23/2010, testo disponibile su www.bollettinoadapt.it; F. BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in *Dir. lav. rel ind.*, 2011; A. BELLAVISTA, *Contrattazione separata*, in F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori...*, cit.; P. TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *Arg. dir. lav.*, 2010; R. PESSI, *La contrattazione in deroga: il «caso» Pomigliano*, in *Arg. dir. lav.*, 2010; BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell’«archetipo» Fiat di Pomigliano d’Arco*, in *Quad. rass. sind.*, 2010; R. DE LUCA TAMAJO, *L’accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *Arg. dir. lav.*, 2010; MAIO, *Struttura ed articolazione...*, cit., p. 63 ss; S. LIEBMAN, *Sistema sindacale “di fatto” efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *Arg. dir. lav.*, 2011; G. BIANCHI, *Il contratto unico della Fiat*, Nota ISRL on line n. 29/2015, testo disponibile su www.isrl.it; F. SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, testo disponibile su www.fiomaprilia.it; M. MISCIONE, *Metodi e contenuti del contratto collettivo (la teoria del contratto collettivo dopo Pomigliano d’Arco)*, in *Lav. nella giur.*, 2010; P. ICHINO, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, testo disponibile su www.lavoce.info; D. GAROFALO, *Il contrasto all’assenteismo negli Accordi Fiat di Pomigliano d’Arco e di Mirafiori*, in *Arg. dir. lav.*, 2011; F. LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *Dir. lav. rel ind.*, 2011, 2, p. 339; R. DE LUCA TAMAJO,

mono, dunque, sinteticamente gli snodi principali delle trattative, costituiti dai tre accordi del 15.6.2010 di Pomigliano d'Arco e del 23.12.2010 di Mirafiori e del 29.12.2010 (ancora) di Pomigliano d'Arco, al fine di mettere a fuoco le attitudini regolative che può dimostrare un accordo collettivo che insiste su una specifica realtà produttiva, anche prescindendo dal *corpus* normativo generale vigente per categoria di riferimento senza, per questo, ledere i principi dell'ordinamento che presiedono all'esercizio dell'autonomia collettiva. Tanto, anche per meglio comprendere i successivi sviluppi delle regole del sistema confederale (Accordo interconfederale 28 giugno 2011), nonché l'attuale attestarsi del rapporto sia tra diversi livelli contrattuali che tra l'autonomia collettiva e la legge.

Al fine di evitare la chiusura dello stabilimento di Pomigliano d'Arco e la decentralizzazione produttiva in Polonia, Fiat procedeva nel 2010 ad una profonda revisione dell'organizzazione del lavoro, resa necessaria anche da patologici livelli di assenteismo, presso alcuni stabilimenti con l'obiettivo di raggiungere la saturazione produttiva degli impianti. Nel concreto, era avviata una negoziazione con le parti sociali, rappresentate dalle strutture sindacali sia aziendali sia territoriali¹⁷, di deroghe alle disposizioni del contratto nazionale metalmeccanici in materia, principalmente, di orario di lavoro, turnistica, pausa mensa, assenze e revisione di alcuni emolumenti salariali.

Il primo prodotto contrattuale era costituito dall'accordo aziendale per lo stabilimento di Pomigliano d'Arco del 15.6.2010. L'accordo si collocava (ancora) nel sistema confederale, sebbene i suoi contenuti derogassero alla regolamentazione sancita dal contratto nazionale di categoria dei metalmeccanici, in assenza di una disciplina "d'uscita" nel Ccnl metalmeccanici, rinnovato nel 2009, sfruttando il solo par. 5 dell'Intesa interconfederale dell'aprile 2009. L'assenza di una preventiva autorizzazione del contratto nazionale alla deroga sarebbe stata supplita con l'intesa integrativa dell'ottobre 2010, adottata dalle parti sociali, come esaminato (cfr. nota 15), al fine di "sanare" l'accordo di Pomigliano del giugno alla luce delle regole del sistema confederale.

Seguivano gli accordi di Mirafiori del 23.12.2010 e di Pomigliano d'Arco del 29.12.2010, del tutto estranei al sistema confederale¹⁸. Essi si configuravano

Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010; CG. P. ELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011; S. SCIARRA, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011; G. P. CELLA, *Verso una destrutturazione del sistema di contrattazione collettiva?*, in *Dir. rel. ind.*, 2011; M. MAGNANI, *Le relazioni industriali dopo Pomigliano e Mirafiori. Opinioni a confronto*, in *Dir. rel. ind.*, 2011.

¹⁷ Unione degli industriali di Torino e Napoli, Fim, Uilm e Fismic nazionali e di Napoli.

¹⁸ Fiat, infatti, fuoriusciva da Confindustria scindendo l'originario gruppo aziendale in realtà societarie (NewCo) cessionarie degli stabilimenti di Pomigliano e Mirafiori, da ritenere autonome rispetto ai preesistenti assetti contrattuali, poiché non aderenti a Confindustria. Si legge, infatti, nel contratto stipulato per lo stabilimento di Mirafiori, il 23 dicembre 2012: «*la Join Venture*,

quali “contratti di unico livello”, ossia quale unica fonte collettiva di disciplina sia dei rapporti individuali di lavoro che dei rapporti con le parti sociali con riferimento agli stabilimenti produttivi interessati. Era esplicito sul punto il testo contrattuale per Pomigliano, che si presentava l'accordo quale “Contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello” (CCSL) e forniva una disciplina comune per le imprese del gruppo Fiat, suscettibile di integrazione e specificazione per ciascun stabilimento¹⁹, inaugurando così una struttura contrattuale, seppur non del tutto inedita nell'esperienza nazionale²⁰, specificatamente calibrata per la regolazione di una determinata realtà produttiva o comunque di realtà produttive assimilabili perché funzionalmente legate tra loro, autosufficiente e, secondo l'interpretazione di alcuni, autoreferenziale²¹.

Sebbene gli esiti di regolamentazione contrattuale cui ha condotto la vicenda Fiat siano rimasti “un caso”²² nell'evoluzione delle relazioni industriali in Italia, anche in ragione degli importanti costi richiesti dall'ampio perimetro dei contenuti della negoziazione, fattore che da sempre frena la diffusione della contrattazione decentrata, lo sforzo interpretativo compiuto nell'esaminarli consente oggi di giungere ad alcune osservazioni.

In primo luogo, non può negarsi, da un punto d'osservazione esterno alle regole del sistema confederale, l'ipotesi di un contratto collettivo che si candidi a regolamentare in modo compiuto una specifica realtà produttiva, che non necessariamente si identifica con l'azienda in senso tradizionale, ma può rintracciarsi in più aziende tra loro legate o per vincoli funzionali, ossia per legami

*che non aderirà al sistema confindustriale, applicherà un contratto collettivo specifico di primo livello che includerà quanto convenuto con la presente intesa», rinviando, per quanto invece non disciplinato alla stesura «di un contratto collettivo specifico»; nel contratto «di primo livello» per lo stabilimento di Pomigliano, del 29 dicembre 2010: «Fabbrica Italia Pomigliano, non aderendo al sistema confindustriale, non applica la contrattualistica definita nell'ambito dello stesso». Per un esame dettagliato dell'intera operazione compiuta da Fiat cfr. V. DI MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Padova, 2013, p. 61, nota 162.*

¹⁹ Tanto che nel febbraio 2011 sarà sottoscritto il contratto collettivo aziendale di secondo livello proprio per lo stabilimento di Pomigliano.

²⁰ Si ricordi il contratto collettivo di Poste Italiane S.p.a. del 26.11.1994. Tale contratto (ancora definito Ccnl) è stato successivamente integrato dal contratto del 23.05.1995. Anche qui si tratta di contratti previsti per una sola azienda con articolazioni nazionali, definiti «contrattazione aziendale e “di categoria” composta da un'unica impresa che prevede una disciplina completa dei rapporti di lavoro», cfr. P. TOSI, *Gli assetti contrattuali...*, cit., p. 522. E' da rilevare l'essenziale differenza che intercorre tra il contratto collettivo Poste e quello di Pomigliano: il primo si inserisce nel sistema confederale, alla luce del richiamo in premessa: «Il presente contratto collettivo ... si ispira ... ai principi previsti nel Protocollo d'intesa, tra Governo e Sindacati, del 23 luglio 1993» differentemente dal contratto di Pomigliano. Cfr. testo del Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti dell'E.P.I., sottoscritto da Poste Italiane S.p.a., in persona dell'allora Presidente, prof. E. Cardi, e dalle sigle FEDERAZIONE PT/SLP-CISL, UIL-POST, FILPT-CGIL, SINDIP, disponibile su www.failplazio.it.

²¹ V. MAIO, *Struttura ed articolazione...*, cit., p. 63

²² V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali ...*, cit., p. 337.

organizzativi-produttivi, (filiere, siti o distretti produttivi) o per assetti proprietari (gruppi di imprese)²³. Tale prodotto dell'autonomia collettiva deve ritenersi connotato dalla medesima "licenza costituzionale"²⁴ del contratto di categoria: poiché alla contrattazione collettiva l'art. 39 Cost. rimette il compito di elaborare una disciplina "intermedia", tra legge e contrattazione individuale, dell'interesse "professionale", funzione questa propria della contrattazione collettiva a qualsiasi livello essa si svolga, così che laddove e fintanto che la contrattazione aziendale (in senso lato) partecipa al perseguimento di tali finalità, essa è senz'altro riconducibile al sistema delineato dall'art. 39 Cost.²⁵.

L'equiparazione tra i vari livelli contrattuali e, dunque, tra i relativi accordi negoziali perché comunque tutti atti di autonomia privata è, peraltro, sempre stata affermata dalla giurisprudenza²⁶ che riconosce la prevalenza del contratto aziendale, anche se peggiorativo, sul contratto nazionale, prescindendo dalla struttura confederale costruita dalle parti sociali e dal rapporto gerarchico tra i livelli contrattuali da queste voluto, tanto che non si legge mai nelle pronunce un percorso di effettiva indagine sul sistema di riserve e rinvii stabiliti dalla contrattazione di categoria. Proprio nell'ambito della vicenda Fiat, infatti, il Tribunale di Torino (sentenza n. 2583/2011) ha riconosciuto l'idoneità del contratto collettivo "di primo livello" a sostituirsi al contratto di categoria quale "contratto del medesimo livello" ai fini dell'art. 2112, co. 3, c.c.²⁷.

Quanto ai contenuti del contratto decentrato, è altresì innegabile che l'esempio degli accordi Fiat abbia dato una spinta importante all'abbandono del principio del *favor*, ossia ad una negoziazione periferica principalmente orientata ad una contrattazione acquisitiva per i lavoratori. Conferma ne sia che le parti

²³ V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un'indagine territoriale)*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 16-17.

²⁴ L. LAZZERONI, *La regolazione per legge del contratto collettivo aziendale alla luce del sistema costituzionale*, Torino, 2017, p. 94.

²⁵ L. LAZZERONI, *La regolazione...*, p. 57-58.

²⁶ Recentemente Cass. 4.7.2018, n. 17421 in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 979, con nota di F. Fusco *I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello. Problemi aperti* che richiama Cass. 18.9.2007, n. 19351; Cass. 15.9.2014, n. 19396; Cass. n. 18.5.2010, n. 12098; Cass. 9.7.2018, n. 17966; Cass. ord. 6.4.2017, n. 8892; Cass. ordd. nn. 27396, 27397; Cass. ordd. 23.12.2016 nn. 27973, 26974, 26975.

²⁷ "Sono legittimi, in quanto non contrastanti con il disposto dell'art. 2112 c.c., né in frode al medesimo, i contratti collettivi aziendali stipulati tra Fiat s.p.a., Fabbrica Italia s.p.a. e le oo.ss., che prevedono la costituzione di nuovi rapporti di lavoro tra i dipendenti di Fiat Group Automobiles s.p.a., occupati presso lo stabilimento Gianbattista Vico di Pomigliano d'Arco, e Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a., nuovo gestore del complesso aziendale. Un contratto aziendale che definisce ogni aspetto dei rapporti di lavoro con i dipendenti deve considerarsi contratto "di primo livello", idoneo a sostituire, ex art. 2112, comma 3, c.c., il previgente c.c.n.l.". Il testo della sentenza è disponibile su www.dirittisocialiecittadinanza.org e in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1421, con nota di R. DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla «sentenza Fiat»* e in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 121 ss, con nota di A. TURSI, *Contratti collettivi "separati", rappresentanza sindacale in azienda e condotta antisindacale: il "caso Fiat di Pomigliano*.

sociali hanno rapidamente consolidato, nell'Accordo interconfederale del giugno 2011, le aperture alla facoltà dell'autonomia collettiva di derogare, in sede periferica, al contratto nazionale, cautamente manifestate nell'accordo quadro del gennaio 2009, acquisendo definitivamente all'ordinamento sindacale il potere, procedimentalizzato, di deroga *in pejus* del contratto decentrato rispetto a quello di categoria.

Né può negarsi che la vicenda Fiat abbia rivelato una portata del contratto decentrato tale da indurre il legislatore a rivedere il rapporto tra legge ed autonomia collettiva, con valorizzazione del ruolo delle parti sociali e della negoziazione a livello periferico dell'organizzazione del lavoro, anche in assenza di momenti di crisi produttiva ed occupazionale (presupposto dei tradizionali contratti gestionali di cui per esempio all'art. 4 l. n. 223/1991). Ne sono indici il riconoscimento, fortemente discusso, al contratto decentrato di poteri funzionalizzati di deroga, non solo al contratto collettivo di categoria ma anche, alla legge (art. 8 d.l. n. 138/2011) e, più recentemente, il rinvio indistinto all'autonomia collettiva, a qualsiasi livello essa si espliciti, per l'integrazione di disposizioni generali di legge (art. 51 d.lgs. n. 81/2015).

1.3. Il consolidamento del ruolo del contratto collettivo aziendale nel sistema confederale: l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, le Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia del 21 novembre 2012 ed Il Testo Unico sulla Rappresentanza del gennaio 2014

Nel giugno del 2011 le parti sociali sembrano volersi riappropriare della potestà di regolazione del sistema confederale²⁸: le tre storiche Confederazioni, in ritrovata unità, e Confindustria sottoscrivono, allertate dalle vicende negoziali Fiat, un Accordo interconfederale, nato dall'esigenza di garantire "un sistema di relazioni sindacale e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva, ma anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole stabilite", che raccoglie i contributi offerti dagli Accordi del 2009 e segna un'evoluzione fondamentale dell'ordinamento intersindacale nella promozione della contrattazione aziendale. Emerge dall'Accordo del giugno 2011, la cui regolamentazione confluirà senza evoluzioni significative nel c.d. Testo Unico sulla Rappresentanza del 2014, un modello contrattuale di "decentramento organizzato" ovvero con-

²⁸ Sulle ragioni che spingono al recupero dell'unità sindacale cfr. F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, *Arg. dir. lav.*, 2011, 3, p. 10; M. RICCI, *Dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 all'art. 8 d.l. n. 138/2011*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2012, pp.78-79.

trollato dal centro. Ferma l'opzione a favore della centralità della contrattazione nazionale, cui è riservata in via esclusiva la "funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale" (punto 2), a dimostrazione della presa di coscienza della principale funzione che il contratto collettivo nazionale può efficacemente garantire²⁹ (sebbene anche quest'ultima, oggi, mostri i propri limiti), le parti sociali assegnano al contratto collettivo decentrato un ruolo specifico nelle dinamiche della contrattazione collettiva, ripensandolo, non più quale "via di fuga" dal regolamento nazionale bensì, quale strumento preposto alla soddisfazione di esigenze differenti rispetto al contratto di categoria³⁰, ossia a "favorire le diversità della qualità del prodotto e quindi la competitività dell'impresa" ed a "raggiungere risultati funzionali all'attività delle imprese e alla crescita di un'occupazione stabile e tutelata", ed orientato "ad una politica di sviluppo adeguata alle differenti necessità produttive" (cfr. punti nn. 3, 5 e 8 dell'Accordo).

Le parti sociali aprono, dunque, importanti spazi alla contrattazione aziendale, con superamento dell'assetto di cui all'Accordo del 2009: sia incentivando l'attitudine alla "adattabilità" della contrattazione aziendale a specifici contesti economici e produttivi³¹, accrescendo la consueta funzione di integrazione della disciplina nazionale nelle materie che il contratto di settore non regola, rimettendone la definizione al livello decentrato ("si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di categoria o dalla legge" cfr. punto 3); sia soprattutto riconoscendo la facoltà dei contratti decentrati di "attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze di specifici contesti produttivi. I contratti aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro" (punto 7, 1a parte). Al fine di assicurare l'immediata spendibilità della clausola di uscita, l'Accordo detta, altresì, una disciplina transitoria "Ove non previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro" (punto 7, 2a parte)³².

²⁹ F. OLIVELLI, *La contrattazione collettiva ...*, cit., p. 144.

³⁰ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato e dinamiche contrattuali di tutela*, Padova, 1981, p. 159; G. SANTORO-PASSERELLI, *Derogabilità del contratto collettivo e livelli di contrattazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, p. 640.

³¹ C. ROMEO, *Luci e ombre sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Lav. nella giur.*, 2011, p. 881.

³² Per un esame dettagliato delle condizioni di derogabilità stabilite dal punto 7 dell'Accordo del giugno 2011, si rinvia a G. SANTORO-PASSERELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, p. 1231; V. BAVARO, *Dubbi e certezze sull'accordo del 28 giugno*, p. 3, testo disponibile all'indirizzo www.ildiariodellavoro.it; F. SCARPELLI, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, p. 655; F. LISO, *Osservazioni sull'Accordo*

Un deciso impulso verso una maggior “aziendalizzazione” del sistema confederale era offerto anche nel c.d. Accordo, separato per il dissenso della Cgil, sulla produttività del novembre 2012 dedicato all’individuazione di “Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia”. Se l’Accordo del 2011 riconosceva alla contrattazione aziendale la capacità di dialogare con la contrattazione nazionale, sì sotto una luce positiva, ma pur sempre eccezionale, la volontà delle parti sociali manifestata con l’Accordo dell’anno successivo sembra spingersi oltre, scommettendo su un ruolo sistematico e strutturale del contratto aziendale che sfrutti la capacità dell’autonomia collettiva in sede decentrata di “rappresentare un’alternativa a processi di delocalizzazione, divenire un elemento importante di attrazione di nuovi investimenti anche all’estero, concorrere alla gestione di situazione di crisi per la salvaguardia dell’occupazione, favorire lo sviluppo delle attività esistenti, lo start up di nuove imprese, il mantenimento della competitività”³³. In sostanza, le parti sociali auspicano che attraverso la contrattazione aziendale sia possibile una risposta diversificata e, per questo, appropriata alle molteplici esigenze produttive, in particolare con riferimento alle materie delle mansioni, di modelli organizzativi più flessibili, di orario di lavoro³⁴. Gli obiettivi posti per la contrattazione aziendale, minimizzare i rischi di crisi, fornirvi comunque reazioni tempestive e mirate, incrementare la produttività, non possono essere perseguiti in assenza di sostegno governativo alla diffusione della contrattazione di secondo livello, tant’è che le parti sociali chiedono che essa sia “facilitata da idonee e strutturali politiche fiscali di vantaggio” affinché operi per aumentare la produttività attraverso un miglior impiego dei fattori di produzione e dell’organizzazione del lavoro, correlando con tale aspetto la crescita delle retribuzioni dei lavoratori»³⁵.

interconfederale..., cit., p. 14; F. SANTONI e P. TOSI, *Dall’Accordo interconfederale 28 giugno 2011...*, cit., rispettivamente p. 102 e p. 130; L. BATTISTA, *L’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011: spunti per un riflessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 8/9, p. 578; R. DE LUCA TAMAJO, *Modelli di “auto” ed “etero” regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in AA. Vv., *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Torino, 2013, p. 140; F. CARINCI, *L’Accordo interconfederale 28 giugno...*, cit., p. 477; P. TOSI, *Gli assetti contrattuali...*, cit., p. 532; V. SPEZIALE, *La contrattazione collettiva dopo l’Accordo del 28 giugno 2011*, testo disponibile all’indirizzo www.nelmerito.it, p. 2; F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l’Accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 127/2011, p. 17; V. FERRANTE, *L’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, p. 664.

³³ V. BAVARO, *L’aziendalizzazione nell’ordine giuridico-politico del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 220; A. LASSANDARI, *Divisione sindacale e “crescita di produttività e competitività”*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 254.

³⁴ Per le esperienze negoziali aziendali volte al perseguimento di obiettivi di produttività, precedenti all’Accordo del 2012 (per lo più del 2011) cfr. A. CORVINO, J. TSHOLL (a cura di), *Salari e produttività nelle mani della contrattazione (ed. aggiornata)*, Bollettino speciale Adapt n. 26/2011, disponibile all’indirizzo www.bollettinoadapt.it, sez. “Contrattazione collettiva”.

³⁵ La legge affida la determinazione dell’importo complessivo delle risorse economiche funzionali

Sebbene non valutato con favore da una parte della dottrina, che riteneva controverso lo scambio tra potere contrattuale di “adattamento” delle materie incidenti sull’organizzazione del lavoro e di disciplina di “una quota degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali ... destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi ad incrementi di produttività e redditività” in luogo del contratto di categoria, e aleatorietà dei risultati della produttività aziendale³⁶, l’Accordo del novembre 2012 è comunque significativo della progressiva acquisizione di consapevolezza delle parti sociali in ordine al ruolo positivo che il contratto aziendale può assumere nell’ambito del sistema confederale, grazie all’agilità nella regolamentazione delle specifiche realtà produttive e, pertanto, del dialogo costruttivo che può instaurarsi nel rapporto tra livelli di contrattazione, nonché della consapevolezza che il tema della produttività può essere affrontato efficacemente solo sui luoghi di lavoro³⁷, con potenziale effetto redistributivo all’interno della classe lavoratrice³⁸.

Nessuna significativa innovazione è da segnalare a seguito dell’adozione nel sistema confederale del Testo unico sulla rappresentanza sindacale, adottato nel gennaio del 2014 dalle maggiori Confederazioni dei datori di lavoro (Confindustria, Confeservizi, Confsal) e dalle storiche sigle rappresentanti i lavoratori (Cgil, Cisl. Uil e Ugl)³⁹.

a garantire la decontribuzione fiscale a successivi decreti del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, cfr. per l’anno 2010 D.M. 3 agosto 2011 e successiva Circ. Inps n. 51 del 30.03.2012; per l’anno 2011 D. interministeriale 27 dicembre 2012 e successiva Circ. Inps n. 73 del 3.05.2013; per l’anno 2013 D.I. 14 febbraio 2014 e successiva Circ. Inps n. 78 del 17.06.2014; per l’anno 2014 D.I. 14 febbraio 2014 e successivo Mess. Inps n. 7978/2014; per l’anno 2015 D.I. 8 aprile 2015 e successiva Circ. Inps n. 128 del 26.06.2015, all’indirizzo www.inps.it.

³⁶ In sostanza, una quota parte dell’incremento retributivo, che fino ad allora, era distribuito in sede di rinnovo, transita ora direttamente nella disponibilità dell’accordo aziendale. Questa parte della retribuzione, si è osservato, compresa nella competenza normativa della contrattazione aziendale diviene parte “variabile” e non più “fissa” della retribuzione e, dunque, un incremento aleatorio, finanche inferiore ai minimi tabellari stabiliti dal contratto di categoria (P. CAMPANELLA, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 185/2013, p. 6-7.; A. LASSANDARI, *Divisione sindacale...*, cit., p. 252).

³⁷ G. P. CELLA, *Produttività e relazioni industriali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 289.

³⁸ M. BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 277.

³⁹ Nel panorama dei rinnovi dei contratti di categoria, sembrano aver rimesso alla contrattazione aziendale la disciplina di qualsiasi elemento retributivo “totalmente variabile e non predeterminabile” riferito “agli incrementi di produttività, di redditività, di qualità, di efficienza e di innovazione, anche alternativamente tra loro” il C.c.n.l. 8.04.2014 Lavoratori dei porti (art. 52), C.c.n.l. 28.03.2014 Impianti trasporto a fune (art. 39), C.c.n.l. 10.11.2014 Agenzie di assicurazione a gestione libera (art. 34). Tutti i testi dei contratti collettivi nazionali di lavoro citati sono reperibili all’indirizzo <http://bd40.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow>.

³⁹ La letteratura che esamina il Testo unico del 2014 è vastissima, sebbene, in merito al tema trattato in questa sede, le osservazioni si limitino a prendere atto della conferma delle parti sociali del sistema di contrattazione esistente e definito nei precedenti Accordi. Tra molti, cfr. F. CARINCI (a cura di), *Il Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014*, e-book Adapt n. 26,

Per quanto attiene al ruolo del contratto aziendale, l'intesa, ove si compendiano sia l'Accordo del giugno 2011 sia il successivo Protocollo del maggio 2013, non fa che confermare quanto le parti sociali avevano espresso tre anni prima, riportando, nella Parte terza, dell'Accordo (*Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria ed aziendale*) il contenuto dei punti 3 e 7 dell'intesa del 2011. Rimane, quindi, che "la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge", e non può, altrimenti, intervenire con una disciplina elaborata in autonomia. Ugualmente, negli stessi termini con cui si era espresso l'Accordo del 2011, le parti sociali lasciano nelle disponibilità della contrattazione aziendale la facoltà di stipulare "intese modificative" degli istituti del contratto nazionale, riproponendo la regolamentazione di cui al punto 7 del testo del 2011, ossia sia il regime ordinario sia il regime transitorio prospettato dall'Accordo del 2011 e rimettendo anche in quest'occasione, la specifica disciplina nelle mani dei contratti nazionali⁴⁰. Tale opzione non sembrava, peraltro, revocabile in seguito all'introduzione, nel frattempo intervenuta nell'ordinamento, dell'art. 8 d.l. n. 138/2011, conv. con l. n. 148/2011⁴¹.

Il Testo unico, dunque, prosegue nella medesima direzione dell'Accordo 2011 riconoscendo, in un'ottica di coordinamento, sia la piena legittimità del livello aziendale di contrattazione, sia la diversa funzione svolta da quest'ultimo rispetto alla contrattazione collettiva nazionale⁴².

2. Il contratto aziendale quale nuovo referente privilegiato per il legislatore: l'art. 8 d.l. n. 138/2011

Nel percorso, in esame, di evoluzione delle caratteristiche e dell'attività dell'autonomia collettiva nel segno della progressiva "aziendalizzazione", è di tutta evidenza l'apporto dato dall'art. 8 d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011.

Introdotta all'indomani della vicenda Fiat e dell'Accordo interconfederale del giugno 2011 (quasi a manifestare una perplessità del legislatore sulle garanzie di coordinamento e di effettività che il sistema confederale poteva assicurare al livello di contrattazione aziendale), l'art. 8 d.l. n. 138/2011, prevede, in *Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*, che "i contratti collettivi

disponibile all'indirizzo <http://moodleadaptland.it>; S.B. CARUSO, *Testo Unico sulla Rappresentanza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 226/2014.

⁴⁰ P. LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione...*, cit., p. 249.

⁴¹ A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 16; L. IMBERTI, *A proposito dell'art. 8 della l. n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 11.

⁴² F. OLIVELLI, *La contrattazione collettiva...*, cit., p. 182, in particolare nota n. 204.

sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo del 28 giugno 2011" possano realizzare specifiche intese che "operano anche in deroga alle disposizioni di legge... e alle ... regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro" (co. 2bis). L'introduzione, in sede di conversione, del co. 2bis ha ricollegato alle intese ex art. 8 d.l. n. 138/2011 una potenzialità che non era mai stata riconosciuta prima alla contrattazione collettiva, ovvero quella di derogare alla legge, ed ha altresì recepito quella capacità di derogare al contratto nazionale che la giurisprudenza sosteneva da tempo.

Sono note le acese reazioni con cui la dottrina ha, per lo più, salutato l'introduzione nell'ordinamento dell'art. 8, dai dubbi di costituzionalità, alla revisione del rapporto tra legislatore ed autonomia collettiva, alla giustificabilità degli accordi ai sensi dell'art. 8 nel rapporto con il sistema confederale, ma di certo non è questa la sede per ripercorrerle⁴³.

⁴³ L'art. 8 è stato ed è ancora oggi ampiamente esaminato dalla dottrina, cfr. tra tanti: F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2012, p. 239; M. MISCIONE, *In difesa dei "contratti di prossimità", di competenza esclusiva dello Stato*, nota a Cost. 4.10.2012, n. 221, in *Lav. nella giur.*, 2012, 12, p. 1168; C. ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentanza sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 4-5, p. 865; L. ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Padova, 2014, p. 142; A. VALLEBONA, *Il nuovo sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012 3, p. 162; M. TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, in *Lav. nella giur.*, 2012, 1, p. 21; A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, *Quad. Fondazione Marco Biagi-Saggi*, II del 2011, p. 4; G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *Quad. Fondazione Marco Biagi-Saggi*, VI del 2011, p. 15; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. e dir.*, 2012, 1, p. 47; T. TREU, *L'Accordo del 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, p. 623; F. SCARPELLI, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, p. 656; S. CENTOFANTI, *L'art. 8, d.l. n. 138/2011 convertito in l. n. 148/2011: una norma lesiva dei principi di diritto del lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2011, 11, p. 1081. P. SANDULLI, *Il nuovo sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 3, p. 156. A. GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 486. *L'art. 8 della l. n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, p. 34 e *L'art. 8 del D.L. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Milano, 2012, p. 239; R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, 4, p. 731; P. TOSI, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 3, p. 537; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 19; G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 123; M. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 1, p. 461; A. PERULLI, *La contrattazione collettiva «di prossimità»: teoria, comparazione e prassi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 4, p. 924; G. SANTORO-PASSERELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, p. 1243; M. DEL CONTE, *La riforma della contrattazione*

Ciò che rileva evidenziare è l'innegabile spinta impressa dalla disposizione in esame verso la valorizzazione del contratto aziendale anche nel rapporto tra l'autonomia collettiva ed il legislatore. Seppur in ragione di specifici scopi individuati dalla legge, che secondo alcuni interpreti sono solo pretesi⁴⁴ e comunque di dubbia costituzionalità⁴⁵, il riconoscimento e l'autorizzazione nei confronti del contratto collettivo aziendale del potere normativo di derogare alla legge (oltre che al contratto collettivo) riflettono la valutazione del legislatore di ritenere il livello decentrato di contrattazione sede in cui l'autonomia collettiva può proficuamente operare in composizione degli interessi sia datoriali che dei lavoratori che insistono in un determinato contesto produttivo. L'autonomia collettiva decentrata è, infatti, ritenuta idonea a valutare e all'occorrenza disporre la modifica a disposizioni legislative.

Se è indubbiamente vero che tale facoltà attribuisce una forte capacità di pressione al datore di lavoro in sede di negoziazione, è comunque da riconoscere, soprattutto a distanza di anni dall'introduzione della norma, come il livello di contrattazione decentrata abbia acquisito, in forza dell'art. 8, un deciso impulso verso l'accrescimento del proprio potere normativo. Pur sul presupposto di un confermato rapporto gerarchico tra il contratto aziendale e nazionale, quest'ultimo è comunque connotato, nello schema della norma in esame, da un carattere di cedevolezza rispetto all'accordo di prossimità, così che sembra che l'autonomia collettiva decentrata possa in ogni caso, realizzare più adeguatamente l'interesse collettivo e debba pertanto godere di prevalenza rispetto alla generale disciplina della categoria.

decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 33; R. PESSI, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012; M. MARAZZA, *La contrattazione collettiva di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, 1, p. 44; PAOLITTO, *Il sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità tra la norma inderogabile di legge e le lenti del giudice*, *Quad. Fondazione Marco Biagi-Saggi*, VIII del 2011, p. 9; O. RAZZOLINI, *Limiti al potere derogatorio degli accordi collettivi e controllo giudiziario nell'esperienza comparata*, in M. BARBERA, A. PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Padova, 2014, p. 115; G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, p. 1271; M. MAGNANI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 3. Recentemente: I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Napoli, 2018; F. OLIVELLI, *La contrattazione aziendale dei lavoratori privati*, Milano, 2016.

⁴⁴ A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, *Quad. Fondazione Marco Biagi-Saggi*, II del 2011, p. 4; G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, *Quad. Fondazione Marco Biagi-Saggi*, VI del 2011, p. 15; R. DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. e dir.*, 2012, 1, p. 47; T. TREU, *L'Accordo del 28 giugno 2011 e oltre*, in *Dir. rel. ind.*, p. 623, ritiene l'elenco delle finalità una generica premessa; F. SCARPELLI, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, 3, p. 656, parla di "derogabilità senza limiti né procedure rafforzate";

⁴⁵ C. CESTER, *La norma inderogabile...*, cit., p. 362, per il quale la funzionalizzazione della deroga potrebbe confliggere con il principio di libertà di azione sindacale.

3. Banchi di prova (falliti) per il contratto aziendale “in deroga” del sistema confederale

Alla prova delle relazioni industriali, il ruolo assegnato dalle parti sociali al contratto collettivo aziendale nel sistema confederale, quale fonte normativa funzionale alla declinazione del contratto di categoria nei concreti contesti produttivi nei limiti contenutistici e secondo le condizioni procedurali prescritte a livello centrale, non è stato ritenuto sufficiente dagli operatori economici, in particolare se animati da ambizioni di competitività sovranazionale. Ne sono esempi dimostrativi le vicende degli accordi in deroga di Bridgestone (2015) ed Almagora (2016-2017).

La vertenza sindacale Bridgestone, apertasi a seguito dell’annuncio di chiusura dello stabilimento di Modugno (Bari), unico stabilimento della multinazionale in Italia, si concludeva, nell’ottobre 2015, con la sottoscrizione di uno dei rarissimi casi conosciuti di “intese modificative” riconducibili alla fattispecie di cui al punto 7 dell’Accordo interconfederale del giugno 2011, sebbene con deviazioni rispetto al prototipo pensato per il sistema confederale. Il rinnovo del Ccnl Gomma-plastica dell’8.1.2014 aveva, infatti, ommesso di dare applicazione all’art. 7 dell’a.i. 2011, così che per il settore mancava l’indicazione da parte delle parti sociali delle materie e delle condizioni per cui era consentito un accordo periferico in deroga al nazionale. Le rappresentanze sindacali di categoria acconsentivano dunque alla conclusione di un accordo aziendale “in deroga” rispetto al contratto nazionale di cui erano loro stesse firmatarie, così che, da un lato, esse assumevano la responsabilità⁴⁶ della lacuna regolativa del contratto nazionale, dall’altro veicolavano il principio dell’imprescindibilità della “auto-rizzazione” da parte dei firmatari del Ccnl alla deviazione decentrata rispetto alle regole convenute per la categoria.

L’oggetto dell’accordo, in particolare, verteva su voci retributive fissate dal Ccnl e sull’orario di lavoro (es. maggiorazioni retributive per il lavoro notturno, per il lavoro festivo, scatti di anzianità, ferie, riposti compensativi ed orario di lavoro per i turnisti). La deroga, in sostanza, si traduceva in un risultato di minor costo del lavoro, l’unica condizione alla quale la multinazionale riteneva proficuo proseguire nell’applicazione del Ccnl di categoria Gomma-plastica, dimostrando così gli esiti particolarmente incisivi delle potenzialità riconosciute al contratto aziendale dal punto 7 dell’a.i. 2011.

Era, altresì, significativa la sottoscrizione di una clausola di “prevalenza temporale” dell’intesa modificativa, ossia la puntualizzazione che l’intesa modificativa sarebbe stata vigente per un determinato periodo temporale (1.1.2016-

⁴⁶ L. LAMA, *L’intesa modificativa Bridgestone: modello di deroga al Ccnl o caso emblematico delle difficoltà ancora esistenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, p. 65.

31.12.2018) e sarebbe, in ogni caso, prevalsa sul Ccnl di categoria, anche laddove rinnovato. Tale clausola, pur se espressione della volontà delle rappresentanze sindacali firmatarie di mantenere comunque un collegamento tra l'accordo in deroga ed il contratto nazionale di categoria, sembra capovolgere il rapporto tra i livelli di contrattazione, assegnando una posizione "prioritaria"⁴⁷ al contratto aziendale, autorizzato ad una "deroga stabilizzata" rispetto al contratto di categoria.

La vertenza collettiva di Almagia, azienda che opera offrendo servizi tecnologici a supporto dell'informazione e servizi di *outsourcing*, è stata contrassegnata, diversamente dal caso Bridgestone appena esaminato, da una mancanza di coordinamento tra le parti sociali poco accorta e finanche pregiudizievole per gli interessi dei lavoratori.

Sinteticamente, dopo una prima procedura di licenziamento collettivo avviata nella primavera 2016 ed inizialmente scongiurata, nell'autunno dello stesso Almagia avviava una seconda procedura di licenziamento collettivo, che interessava i lavoratori delle sedi di Roma e Napoli, ritenendo non più rinviabile una riduzione del costo del lavoro e l'attuazione di forme di controllo a distanza dei lavoratori. Fallito inizialmente il dialogo con le rappresentanze sindacali in azienda, la multinazionale proponeva un ulteriore tentativo di mediazione alle segreterie nazionali di Cgil, Cisl e Uil avente ad oggetto l'impegno ad un confronto per l'abbattimento del costo del lavoro, per l'attuazione di forme di controlli a distanza ed il ricorso alla Cassa integrazione straordinaria. I tre segretari nazionali e i rappresentanti nazionali di categoria accoglievano le istanze datoriali e la proposta era sottoposta alla votazione delle rsu della sede di Napoli, che approvava con salvezza di tutti i posti di lavoro, e Roma, che in aperto dissenso con la confederazione e la categoria, rifiutava il progetto datoriale determinando il licenziamento di tutti i dipendenti⁴⁸.

Quanto ai contenuti, l'accordo raggiunto da Almagia per il sito di Napoli si proponeva come obiettivo il miglioramento della qualità del servizio offerto alla clientela e della produttività del personale, anche attraverso l'applicazione di strumenti di misurazione della produttività individuale e della qualità del lavoro svolto, pur se da essi poteva derivare la possibilità di un controllo a distanza (fermo il rispetto dell'art. 4 St.lav.). L'intesa interveniva altresì sul costo del lavoro, ridefinendo il trattamento economico applicabile al personale

⁴⁷ V. BAVARO, *Il contratto Bridgestone in Italia. Il perfezionamento del modello derogatorio*, p. 2, testo disponibile su www.ildiariodellavoro.it.

⁴⁸ Per una ricostruzione dettagliata, cfr. L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 729 ss.; Sforza, *Crisi della rappresentatività del sindacato e contrattazione aziendale: riflessioni sollecitate dal caso Almagia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 925 ss., D. MOSCA, *Almagia, un discutibile accordo in deroga*, bollettino Adapt 24.1.2017, disponibile su www.adapt.it.

di Napoli per tutto il periodo di vigenza dell'accordo in deroga (in particolare: tagli temporaneo degli scatti di anzianità; sospensione degli aumenti periodici di anzianità; modifiche nel computo del Tfr etc.).

Se sotto il profilo dell'efficacia l'accordo, le parti tenevano a precisare che l'accordo era raggiunto "ai sensi e per gli effetti" dell'Accordo interconfederale del giugno 2011⁴⁹, per quanto attiene ai contenuti essi operano, con evidenza, deroghe in materia retributiva, riservata alla contrattazione nazionale (nel caso Ccnl Telecomunicazioni) per tradizione e connotazione genetica del medesimo contratto di categoria.

4. Un nuovo modello di interazione tra legge e autonomia collettiva: l'art. 51 d.lgs. n. 81/2015.

Anche nel rapporto tra legge ed autonomia collettiva, il livello di contrattazione decentrato acquisisce la dignità di ordinaria fonte normativa integrativa del precetto legale, equiparata rispetto al contratto aziendale e, dunque, con le stesse potenzialità regolative: un'acquisizione di competenze, pertanto, accrescitiva del ruolo del contratto aziendale, non più considerato dal legislatore solo in un'ottica di "gestione" della crisi aziendale (art. 4 l. n. 223/1991; art. 47 l. 428/1990), ma in una dimensione di pressoché totale equiparazione al contratto di categoria.

Plurime sono, infatti, le deleghe del legislatore del d.lgs. n. 81/2015 all'autonomia collettiva, ad esempio: in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale (artt. 6, co. 4, 7, co. 2, d.lgs. n. 81), di rapporto di lavoro intermittente (artt. 13, co. 1, 15, co. 2, 16, co. 1), di rapporto di lavoro a tempo determinato (artt. 19, co.5, 23, co.5), di rapporto di somministrazione (art. 31). E' in particolare riconosciuta la facoltà all'autonomia collettiva di individuare ulteriori fattispecie in cui, a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c., sia possibile l'inquadramento del lavoratore in un livello inferiore, al fine di conservare il posto di lavoro. Sono, altresì, riconosciute all'autonomia collettiva facoltà di deroga, per esempio, in materia di contratto a tempo determinato, ove è ammessa la modifica ad opera del contratto collettivo della durata complessiva di 24 mesi (art. 19, co.2), del limite percentuale legale (art. 23, co.1), della disciplina del diritto di precedenza (art. 24, co.1).

L'indice del nuovo sguardo del legislatore verso il livello decentrato di contrattazione emerge dall'art. 51 d.lgs. n. 81, che prevede: "Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali

⁴⁹ L. VALENTE, *I ruoli del sindacato...*, cit., p. 730.

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. Ad eccezione, pertanto, delle fattispecie in cui il rinvio legislativo abilita all’integrazione della disciplina legale unicamente il contratto di categoria (in materia di apprendistato –art. 42, co. 5 e 8; art. 44, co. 2- ed in materia di collaborazioni etero-organizzate –art. 2, co.2, lett. a), il d.lgs. n. 81 equipara i livelli di contrattazione, autorizzando entrambi indistintamente all’interazione con la legge.

Il ruolo che l’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 assegna al contratto decentrato e la prospettiva in cui lo pone, sia rispetto alla legge sia rispetto al contratto collettivo di categoria, segnano un innegabile sviluppo rispetto all’antecedente giuridico costituito dall’art. 8 d.l. n. 138/2011. Quest’ultimo, infatti, nonostante la sua portata dirompente e ampiamente controversa, non può negarsi non abbia inciso sull’ordinario attestarsi dei rapporti tra contratto collettivo aziendale e, da un lato, contratto di categoria, dall’altro legge. Ne è conferma la connotazione di eccezionalità che caratterizzava l’accordo aziendale di prossimità, al quale era sì consentita la deroga alla disciplina di categoria o di legge, ma solo laddove questa potesse giustificarsi alla luce delle finalità prescritte dalla norma, ferma altrimenti la regola legislativa e la prevalenza del contratto di categoria (nella prassi poi sempre negata dalla giurisprudenza).

L’art. 51, invece, imposta una relazione di ordinaria intercambiabilità⁵⁰: tutti i livelli contrattuali sono considerati equivalenti nell’integrare la disciplina legale, così che è riconosciuta pari capacità e legittimità ai prodotti normativi di ciascun livello in cui possa realizzarsi la composizione di interessi collettivi, siano essi ampliamenti appartenenti ad una categoria o propri di una ridotta comunità professionale. E’ innegabile, dunque, l’impulso impresso dal legislatore ad una valorizzazione di una competenza normativa del contratto aziendale del tutto parallela rispetto a quella del contratto nazionale, con l’esito peraltro di porre nel nulla o comunque fortemente ridimensionare se non scoraggiare la rilevanza e l’utilità di ricorso agli accordi di prossimità ex art. 8 d.l. n. 138/2011 (così che la questione in merito all’abrogazione o meno di quest’ultima norma sembra, invero, rimanere sullo sfondo⁵¹).

⁵⁰ T. TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, M. PANDOLFO, A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Torino, 2016, p. 248; S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, Atti delle Giornate di Studio “Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario” Napoli 16-17 giugno 2016, testo disponibile su www.aidlass.it; R. DE LUCA TAMAJO, *La (in)derogabilità” della normativa lavoristica*, cit., p. 324; A. PIZZOFRERATO, *L’autonomia collettiva nel nuovo...*, cit., p. 439.

⁵¹ I. ALVINO, *I rinvii legislativi al contratto collettivo*, Napoli, 2018, p. 136; M. MAGNANI, *Aspetti istituzionali e prassi della contrattazione collettiva tra rinnovamento e tradizione. Il rapporto collettivo tra legge e autonomia collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 3. *Contra* S. SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale e territoriale*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, p.121.

L'omessa previsione da parte del legislatore di un principio di prevalenza tra livelli contrattuali o di un parametro di risoluzione dei conflitti non sembra determinare, ai fini pratici, alcuna problematica. L'interpretazione che vede nell'assenza di tali criteri un atto di rispetto e fiducia nei confronti dell'autonomia collettiva, lasciata quale unico arbitro della funzione di allocazione delle competenze normative⁵², non convince del tutto, in quanto non in linea con il precedente intervento legislativo "a gamba tesa" dell'art. 8 che riconosceva al contratto aziendale la facoltà di derogare a quello di categoria, prescindendo dalle regole degli Accordi interconfederali, specie quello del giugno 2011. Sembra, piuttosto, che il legislatore sia perfettamente consapevole dell'eguale efficacia che i contratti collettivi esplicano, in adesione alla costante interpretazione giurisprudenziale quali contratti di diritto comune⁵³, e, dunque, della prevalenza che sarebbe comunque riconosciuta ad un contratto aziendale stipulato ai sensi dell'art. 51, anche in assenza di coincidenza tra le materie oggetto di rinvio legislativo e le materie delegate dal contratto di categoria a quello decentrato, cioè, in ipotesi di deroga dell'accordo aziendale al contratto collettivo nazionale.

Né l'esito appena esaminato può condurre a ritenere la disposizione dell'art. 51 in violazione del principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39 Cost. Se, infatti, può ritenersi conforme all'art. 39 Cost. la scelta del legislatore di specificare un determinato livello contrattuale quale destinatario del rinvio legislativo⁵⁴, allorquando la scelta del legislatore sia nel senso di valorizzare espressamente in modo egualitario tutte le sedi contrattuali, con ciò autorizzando tutte le espressioni di autonomia collettiva ad una egualmente legittima composizione di interessi, nessuna lesione sembra configurarsi ai danni della libertà sindacale.

Ben può essere, inoltre, che la struttura di rinvio legislativo proposta dall'art. 51 sia adottata anche in futuro quale meccanismo di rimessione dalla legge alla fonte collettiva, quale nuovo modello sistematico di interazione tra legge e contratto collettivo, nonché una chiave interpretativa di rinvii legislativi generici (es. d.lgs. n. 66/2003)⁵⁵. Deporrebbero nel senso di una valenza generale del modello di rinvio di cui all'art. 51 il richiamo di cui all'art. 20 d.lgs. n. 81/2017 nonché il criterio di selezione dei soggetti stipulanti prescritto dall'art. 51.

L'art. 51, dunque, si rivolge indifferentemente sia ai contratti nazionali che ai contratti decentrati, aziendali e territoriali. L'alterazione della gerarchia delle fonti contrattuali, dunque, non solo si pone nel segno di un'ulteriore incentiva-

⁵² D. COMANDÈ, *I contratti collettivi ...*, cit., p. 279; T. TREU, *L'art. 51 del decreto 81/2015: i livelli contrattuali pari sono*, in *G. lav.*, 2015.

⁵³ T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., p. 378.

⁵⁴ L. LAZZERONI, *La regolazione per legge...*, cit., p. pp. 99-100; I. ALVINO, *I rinvii legislativi...*, cit., p. 162.

⁵⁵ S. MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, cit.; I. ALVINO, *I rinvii legislativi ...*, cit., p. 130.

zione del contratto collettivo aziendale, ma sembra, preso atto delle attitudini normative del contratto decentrato, quasi suggerire una revisione del tradizionale rapporto tra il contratto nazionale e quello periferico, di modo che il contratto decentrato possa acquisire un maggiore spazio regolativo con funzione di adattamento non per “delega”, ossia per concessione del contratto nazionale, ma secondo nuovi canali, ossia tramite disposizioni di dettaglio non “autorizzate” dal contratto nazionale, ma complementari ad esso.

5. Ritorno al sistema confederale: prospettive del contratto collettivo decentrato.

Le vicende appena esaminate dimostrano con nettezza come, nonostante gli sforzi di apertura dimostrati dalle parti sociali verso la valorizzazione di un ruolo specifico del contratto aziendale, debba essere il complessivo rapporto tra i livelli di contrattazione a richiedere una profonda revisione, accettata nel sistema confederale.

Sono, infatti, emersi negli ultimi anni, ripetuti segnali di inadeguatezza del ruolo che nel sistema confederale riveste l'autonomia collettiva decentrata, essendo possibile per quest'ultima svolgere un'azione efficace ed adeguata a tutela degli interessi di determinate collettività aziendali, perlomeno laddove la realtà produttiva è strutturata e proiettata anche alla concorrenza sovranazionale, solo nel momento in cui prescinde dai vincoli di coordinamento stabiliti dal contratto nazionale. Sebbene il contratto collettivo decentrato abbia progressivamente acquisito una valorizzazione specifica nel sistema confederale, con funzione di “adattamento” della disciplina di categoria ai concreti contesti produttivi, esso ricopre pur sempre la tradizionale posizione di accordo tenuto a coordinarsi con il contratto di categoria con le modalità e condizioni prescritte dal medesimo contratto nazionale, così che non si può negare come rimanga, allentato ma comunque, fermo un vincolo gerarchico tra i due livelli contrattuali nella volontà delle parti sociali.

Eppure, le vicende delle relazioni industriali degli ultimi anni (Fiat, Bridgestone, Almaviva sono solo alcuni esempi⁵⁶) attestano, alla prova pratica, la capacità dell'autonomia collettiva decentrata di regolare gli istituti dell'organizzazione del lavoro nonché la materia della retribuzione con lungimiranza

⁵⁶ E' il caso di Natuzzi (cfr. V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze...* cit., p. 17), ma anche degli accordi l'accordo Trelleborg Wheel System S.p.a. e Ericsson Telecomunicazioni S.p.a., che hanno introdotto ulteriori profili professionali, in deroga al C.c.n.l., e questi, nell'Accordo Ericsson, sono stati altresì espressamente dichiarati dalle parti sociali “equivalenti con le mansioni attualmente svolte dal personale inquadrato nelle stesse categorie” (punto 4). Testi disponibili all'indirizzo www.dirittisocialitrentino.it.

e pragmatismo, anche riconoscendo, al momento opportuno, come la tutela dell'occupazione nel territorio nazionale possa accettare il costo di deroghe (controllate) alle tutele contrattuali, raggiunte nei precedenti decenni di contrattazione acquisitiva, a livello di categoria. Ed è, peraltro, innegabile che anche lo stesso contratto collettivo nazionale sia indebolito nell'adempimento proprio della tradizionale funzione di "togliere i salari dalla concorrenza", poiché l'integrazione sovra-nazionale dei mercati dei prodotti hanno ridotto l'interesse delle imprese a seguire regole comuni⁵⁷. Ne è conseguita una proliferazione di contratti collettivi di categoria, sia per effetto della sottoscrizione da parte dei sindacati appartenenti alle confederazioni ritenute maggiormente rappresentative di contratti nazionali specificamente rivolti alle piccole imprese, sia in ragione della conclusione di contratti nazionali del tutto nuovi da parte di associazioni di rappresentanza minori, con l'esito ulteriore di indebolire il potere contrattuale dei sindacati più rappresentativi⁵⁸ (risultano depositati presso il CNEL quasi 900 contratti collettivi di settore⁵⁹).

Non è, dunque, possibile sottrarsi alla riflessione che urgentemente pone il contesto in cui si muove l'autonomia collettiva, sia a livello di categoria che a livello decentrato, e che non può non concentrarsi anche sul ripensamento delle modalità di coordinamento tra i livelli di contrattazione.

La riflessione deve, inoltre, svilupparsi nella consapevolezza che le vertenze collettive che hanno contrassegnato gli ultimi anni sono giunte ad incidere la stessa struttura di fonte del contratto collettivo. La portata complessiva dell'attitudine regolativa dimostrata dal livello di contrattazione decentrato si coglie, in particolare, nelle deroghe alla contrattazione nazionale che l'autonomia collettiva ha controllato in sede periferica, così imprimendo al contratto collettivo una funzione che ha individuato nel contratto decentrato, da strumento argine a condizioni peggiorative imposte dal datore di lavoro, una sede adeguata al contenimento nella distribuzione di sacrifici⁶⁰, se non abbandonando quanto meno attenuando fortemente la il caratteristico principio del *favor* distintivo in passato della contrattazione di secondo livello⁶¹, soprattutto in materia retributiva. D'altro canto, l'ampliamento dell'area di intervento dell'autonomia collettiva in sede decentrata altro non integrerebbe se non la dilatazione naturale della

⁵⁷ G. P. CELLA, *Quale futuro per la contrattazione collettiva*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 221.

⁵⁸ F. D'AMURI, R. NIZZI, *I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 582-583.

⁵⁹ Un disegno di legge ne suggerisce l'indicizzazione (ddl n. 1232 del 2019), disponibile su www.adapt.it e www.senato.it.

⁶⁰ D. COMANDÈ, *I contratti collettivi tra inderogabilità e sistema di competenze*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 276.

⁶¹ T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., p. 377.

libertà e del potere di cui all'art. 39 Cost. in un contesto ancor più particolare e, dunque, più esigente rispetto a quello del contratto nazionale⁶².

Tanto, si è visto, non sembra essere sfuggito al legislatore che attraverso il rinvio indistinto a qualsiasi livello della contrattazione disposto dall'art. 51 d.lgs. n. 81/2015 sembra aver stabilizzato la possibilità di integrazione o, comunque, interazione, tra norma legislativa e norma collettiva che può essere, in una dinamica di piena complementarietà, di livello nazionale o decentrato.

Un nuovo coordinamento tra livello centrale e periferico, nonché tra autonomia collettiva e legislatore, potrebbe dunque realizzarsi per mezzo di una ripartizione di competenze parallele, ossia che presupponga un rapporto di “equivalenza” e “complementarietà” tra i livelli contrattuali⁶³. Il “completamento” in sede decentrata dell'azione a tutela degli interessi collettivi, condotta dalle parti sociali a livello nazionale, determinerebbe una più piena realizzazione del precetto costituzionale di cui all'art. 39⁶⁴. Tale prospettazione si pone in coerenza con il nuovo modello di rinvio legislativo ex art. 51 d.lgs. n. 81/2001, ove i livelli contrattuali sono posti sullo stesso piano e con equiparata propensione regolativa. Non è più (solo) il contratto nazionale a disciplinare in modo unitario l'organizzazione del lavoro, salve le concessioni disposte dal centro a favore del contratto collettivo. Sebbene la funzione di disciplina del rapporto di lavoro del contratto di categoria non può affatto essere soppressa e deve, anzi, essere conservata a favore delle aree territoriali non coperte da contrattazione decentrata, laddove quest'ultima è presente ben può essa affiancarsi ed integrarsi con il contratto nazionale. Una regolamentazione collettiva frutto del contratto decentrato, peraltro, non necessariamente produce contenuti peggiorativi rispetto al contratto di categoria, bensì diversi perché diverso è l'interesse collettivo in rilievo e, dunque, differente può essere il bilanciamento raggiunto tra i contrapposti interessi. Tale articolazione dei rapporti tra i livelli contrattuali consentirebbe, anche nel sistema confederale, di non percepire più il contratto aziendale quale propenso a “fuggire” rispetto al nazionale, bensì di collocarlo in una dinamica di coordinamento.

Tuttavia, le parti sociali non sembrano aver proseguito nell'attività di aggiornamento degli assetti contrattuali pensati nel sistema confederale avviata negli anni 2011-2014: il Patto per la fabbrica dell'8.3.2018, infatti, si limita a confermare la prospettazione di cui, per quanto qui interessa, all'a.q. del giugno 2011, se non addirittura regredisce nel riportare al centro delle dinamiche collettive il contratto di categoria⁶⁵, ribadendone le funzioni precipue (punto 5

⁶² L. LAZZERONI, *La regolazione per legge ...*, cit., p. 99.

⁶³ D. COMANDÈ, *I contratti collettivi ...*, cit., p. 278; T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., p. 376

⁶⁴ L. LAZZERONI, *La regolazione per legge...*, cit., p. 100.

⁶⁵ F. DI NOIA, *Sul “ritrovato” dinamismo del sistema di relazioni industriali ...*, cit. p. 1269; P. ICHINO,

Accordo). Tale intesa, peraltro, manca anche un obiettivo che ben poteva essere realizzato, ossia valorizzare il livello territoriale quale alternativa decentrata al contratto aziendale. E', infatti, noto come le medie e piccole dimensioni della maggior parte delle aziende presenti sul territorio nazionale costituisce il principale ostacolo ad una significativa diffusione dell'accordo aziendale quale fonte normativa di immediata regolazione dell'organizzazione del lavoro, per la difficoltà e i costi dell'azione condotta dalle parti sociali a livello nazionale, costi di una negoziazione collettiva in periferia, sebbene negli ultimi anni si sia registrato un aumento di accordi aziendali stipulati⁶⁶ ed una declinazione appropriata ai differenti contesti produttivi (intese intra-gruppo, filiera, stabilimento, sito produttivo etc). La contrattazione territoriale, neppure considerata dall'a.i. del giugno 2011, offrirebbe una dimensione utile per la negoziazione di contenuti contrattuali più specifici rispetto al contratto nazionale, adatti a circoscritte aree territoriali, e solleverebbero i datori di lavoro dalla maggior parte dello sforzo di contrattazione in azienda⁶⁷. Eppure, nel Patto per la fabbrica 2018, le parti sociali hanno optato per la clausola di "congelamento della prassi esistente", per cui il contratto nazionale di categoria deve incentivare lo sviluppo della contrattazione di secondo livello, per mezzo di intese aziendali "ovvero quelle territoriali (laddove esistenti, secondo la prassi in essere) ...verso il riconoscimento di trattamenti economici strettamente legati a reali e concordati obiettivi di crescita della produttività aziendale" (punto 5, co. 3, lett. G).

La sensibilizzazione delle parti sociali ad un ripensamento degli assetti contrattuali, in linea con quanto in atto anche nei principali Paesi europei, in un'ottica di equilibrio paritario tra il contratto collettivo nazionale e quello decentrato da realizzarsi attraverso la distribuzione delle competenze, è dunque un'occasione per la conservazione di un ruolo effettivo del contratto nazionale, a garanzia di regole generali, e l'implementazione del sistema confederale alla rapida e puntuale risposta, sia nelle dinamiche relazionali che nei contenuti, alle specifiche esigenze produttive ed organizzative periferiche. Un sistema, dunque, non tanto decentralizzato quanto soprattutto "ben bilanciato" nel rapporto tra livelli contrattuali, in grado di costruire attorno al nucleo centrale del contratto

Quel patto poco utile per la fabbrica, 10.4.2018, su www.lavoce.info.it

⁶⁶ D. MOSCA, P. TOMASSETTI, *Contenuti e tendenze della contrattazione collettiva aziendale. Anticipazione del III Rapporto Adapt*, p. 2. Testo disponibile su www.adapat.it.

⁶⁷ Ne è esempio il Protocollo d'intesa sulla produttività sottoscritto nel 2012 da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil di Treviso con riferimento a questa provincia. Tale protocollo si connota per costituire la base per la sottoscrizione di contratti provinciali per ciascuna categoria con i quali prevedere indici cui ancorare l'erogazione del premio di produttività. E' uno sviluppo della contrattazione aziendale non più rigida, ma quale opportunità per l'elaborazione di schemi negoziali che le singole aziende (nelle quali manca o è debole la contrattazione aziendale) possono liberamente adottare e adattare. Cfr. V. BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze ...*, cit., *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 14.

collettivo nazionale una raggiera varia ed articolata di esperienze decentrate, territoriali ed aziendali⁶⁸.

Né dovrebbe rimanere necessariamente esclusa da tale dinamica la materia retributiva in generale e la voce dei minimi retributivi. Sul punto si può osservare che le norme contrattuali nazionali non sempre sanciscono l'inderogabilità dei minimi retributivi, anzi, talora, espressamente la ammettono (C.c.n.l. 22.09.2012 Chimici, art. 25) e la giurisprudenza ha in più occasioni ha "salvato" clausole collettive aziendali, che derogavano *in peius* ai minimi fissati nel C.c.n.l., ritenendoli comunque conformi all'art. 36 Cost.⁶⁹, chiarendo (Cass. ss.uu. n. 2360/2015) che "non esiste nel nostro ordinamento un principio di ordine pubblico...che imponga il rispetto assoluto dei minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva nazionale, purché, in base ad una valutazione globale del trattamento riconosciuto al lavoratore, venga assicurata allo stesso una retribuzione sufficiente e proporzionata, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione"⁷⁰. Tale facoltà potrebbe, peraltro, essere esercitata più agevolmente e al contempo più ponderatamente per mezzo di uno scambio compensativo tra modifica dei trattamenti retributivi fissati dal contratto nazionale con emolumenti retributivi collegati alla produttività⁷¹ o condizioni di *welfare*⁷² o, perlomeno, da un maggior grado di sicurezza occupazionale⁷³.

Non è escluso che in tale processo anche il legislatore possa offrire il proprio contributo, con superamento dell'anomia caratteristica del sistema sindacale italiano, intervento peraltro auspicato da una parte della dottrina⁷⁴.

⁶⁸ T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 386/2019, p. 29.

⁶⁹ Cass. 26.03.1998, n. 3218, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 683 ss., con nota di V. Poso; Cass. 27.01.1989, n. 513, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 1.

⁷⁰ Cass., ss. uu., 9.02.2015, n. 2360. Il testo integrale della sentenza è reperibile all'indirizzo <http://bd40.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow>.

⁷¹ C. CESTER, *La norma inderogabile...*, cit., p. 377.

⁷² B. CARUSO, *Recenti sviluppi normativi e contrattuali del welfare aziendale. Nuove strategie di gestione del lavoro o neo-consumismo?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, p. 370 evidenzia lo sviluppo, in contrapposizione al welfare aziendale che rischia di essere ad appannaggio delle sole aziende che hanno un margine di produttività da distribuire, del welfare di settore, gestito dal contratto di categoria quale strumento di redistribuzione della produttività media di settore.

⁷³ Contra M. BIASI, *Retribuzione di produttività...*, cit., p. 340, che riconduce il principio del salario sufficiente di cui all'art. 36 Cost., così come attuato dalla giurisprudenza maggioritaria per mezzo del livello salariale fissato dalla contrattazione collettiva nazionale, tra i principi costituzionali immuni alla contrattazione "di prossimità".

⁷⁴ Recentemente: T. TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, cit., p. 383; R. DE LUCA TAMAJO, *Incertezze e contraddizioni...*, cit., p. 375; F. DI NOIA, *Sul "ritrovato" dinamismo...*, cit., p. 1270; L. LAZZERONI, *La regolazione per legge...*, p. 150; O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, p. 229; M. MAGNANI, *Aspetti istituzionali e prassi ...*, cit., p. 3.

La tutela della retribuzione “sufficiente”: rafforzamento della via negoziale o intervento legale?

Davide Tardivo

SOMMARIO: 1. L’attuale “via italiana” al salario minimo – 2. La crisi del meccanismo di supplenza pretoria – 2.1. Primo fattore endogeno: la cedevolezza dell’art. 36 Cost. – 2.1.1. Art. 36 e 41 Cost.: giusta retribuzione e prerogative organizzative del datore di lavoro – 2.1.2. Art. 36 e 81 - 97 Cost.: giusta retribuzione e vincoli di bilancio – 2.1.3. (segue) Violazione dell’art. 36 Cost. e profili di responsabilità aquiliana dell’unione europea: ipotesi possibile? – 2.2. Secondo fattore endogeno: l’indebolimento del contratto di categoria come parametro – 2.3. Limite esogeno: la riduzione delle tutele contro il licenziamento illegittimo e la leva fiscale a favore della conciliazione stragiudiziale – 3. Quali possibili soluzioni? – 3.1. La via negoziale “rafforzata” – 3.2. L’attuazione dell’art. 39, II parte, Cost. – 3.3. La via legale: il salario minimo “residuale” e “generalizzato” – 4. Considerazioni conclusive.

1. L’attuale “via italiana” al salario minimo

Il diritto del prestatore di ricevere una “giusta retribuzione” trova la sua fonte nell’articolo 36 Cost., che impone alle parti del contratto di informare la clausola retributiva ai requisiti di *proporzionalità* (quantitativa e qualitativa) e *sufficienza*, con quest’ultimo che – individuando una soglia minima incompressibile – funge da correttivo del primo, venendo a sua volta ulteriormente specificato da due “meta-principi”, ossia *libertà e dignità*¹.

¹ L’introduzione di questi criteri è strumentale ad assicurare che il *quantum* incompressibile della retribuzione non garantisca le sole “necessità fondamentali dell’esistenza del singolo e della sua famiglia” (come previsto dalla bozza originaria della disposizione costituzionale), ma consenta al cittadino-lavoratore di essere parte attiva della società e di vivere libero da vincoli di dipendenza economica da altri soggetti, v. Assemblea Costituente, Prima Sottocommissione, seduta 8 ottobre 1946, resoconto stenografico accessibile www.storia.camera.it/lavori/sedute, spec. interventi On.

Per assicurare piena effettività a tale diritto, il Costituente aveva in origine demandato la determinazione della retribuzione conforme all'art. 36 Cost. ai contratti con efficacia *erga omnes* di cui all'art. 39, II parte Cost. Come noto, però, tale progetto non fu mai attuato, benché l'art. 39 Cost. continui ad operare nell'ordinamento come limite “negativo”², capace di vanificare ogni tentativo di estendere l'efficacia soggettiva degli accordi collettivi con meccanismi diversi da quelli prescritti dallo stesso art. 39 Cost.³.

In risposta alla mancata adozione della legge sindacale ed alla pressante questione dei bassi salari⁴, già dagli anni '50 la giurisprudenza iniziò ad assumere il ruolo di “fonte impropria”⁵, inaugurando un meccanismo di determinazione della retribuzione “in ogni caso sufficiente” del tutto atipico rispetto a quelli comunemente adottati nelle esperienze comparate. Come noto, i meccanismi più diffusi (i c.d. “*minimum wage-fixing machineries*”) sono quelli elencati dalle Convenzioni ILO nn. 28 e 131, ossia: (a) salario minimo legale; (b) deliberazione di un'apposita autorità, con o senza l'obbligo di considerare raccomandazioni fornite da altri organismi (es. parti sociali); (c) determinazione ad opera di apposite commissioni amministrative (“*wages boards*” o “*wages councils*”); (d) decisioni di organismi arbitrali; (e) conferimento di efficacia generalizzata alle previsioni della contrattazione collettiva.

Il meccanismo affermatosi in Italia, invece, poggia su un presupposto del tutto difforme, ossia sull'attività d'interpretazione del singolo giudice chiamato a valutare la conformità della clausola negoziale rispetto al dettame costituzionale. La premessa logica è il riconoscimento dell'immediata precettività dell'art.

DOSSETTI, Sull'art. 36 Cost. e sulla portata dei due requisiti di proporzionalità e sufficienza v. G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012, p. 7; v. anche M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna, 1971; L. ZOPPOLI, *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. CARUSO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, pp. 102 ss.; M. DELL'OLIO, *Retribuzione, qualità e quantità del lavoro, qualità di vita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, II, p. 1 ss.; G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996; G. ROMA, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997; L. ANGIELLO, *La retribuzione (articoli 2099-2102)*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003. Più di recente i requisiti di cui all'art. 36 Cost. vengono considerati con riguardo alla loro effettività durante la crisi economica, v. S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Torino, UTET, 2012, pp. 27 ss.; G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino, 2012; M. C. CATAUDELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi. Tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Torino, 2013.

² G. GIUGNI, *Sub Art. 39 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma-Bologna, 1979, p. 288.

³ Sintomatica è la vicenda della c.d. “legge Vigorelli”, su cui F. SANTORO PASSARELLI, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1960, pp. 147 ss.

⁴ M. ROCELLA, *I salari*, Bologna, 1986, pp. 62 ss.; M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Bologna, pp. 45 ss.

⁵ G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, cit., pp. 193 ss. parla di fonte “atipica”.

36 Cost.⁶. Ciò posto, l'operatività di questo meccanismo poggia sul combinato disposto dell'art. 36 Cost. (come detto, immediatamente precettivo) con l'art. 2099, co. 2, cod. civ., in forza del quale, quando in un accordo individuale viene pattuita una retribuzione non conforme all'art. 36 Cost., tale clausola deve considerarsi nulla per contrasto a norma imperativa⁷. La peculiarità sta, però, nel fatto che il giudice non si limita alla declaratoria di nullità della clausola (come accadrebbe nelle ipotesi *ex art.* 1419, co. 1, cod. civ.), ma interviene direttamente sulla quantificazione della retribuzione in forza dell'art. 2099, co. 2 cod. civ., che disciplina il caso in cui le parti non abbiano *ab origine* concordato il corrispettivo per l'attività lavorativa. Per determinare il *quantum*, il giudice deve tenere conto "ove occorra, del parere delle associazioni professionali", che si ritiene trasfuso nelle clausole dei contratti collettivi⁸. Così facendo, l'accordo collettivo diventa il parametro che guida l'attività interpretativa-correctiva del giudice⁹, con l'effetto di indurre i datori a dare applicazione ai contratti-parametro, onde evitare la soccombenza in futuri contenziosi.

Nonostante le numerose criticità applicative a cui nel tempo ha dato adito (ad esempio in punto di scelta del contratto-parametro¹⁰ o degli elementi costituenti il c.d. "minimo costituzionale"¹¹), il meccanismo di "supplenza pretoria" continua a rappresentare a tutt'oggi l'unico presidio che il nostro ordinamento appresta a tutela del diritto ad una retribuzione in ogni caso "sufficiente".

⁶ Tra i primi in tal senso A. CESSARI, *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36, 1° della Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1951, p. 197; G. GIUGNI, *Nullità dell'accordo tra datore e prestatore di lavoro per una retribuzione inadeguata alle mansioni esplicate*, in *Foro Pad.*, 1951, pp. 1009 ss.

⁷ Da ultimo Cass. sent. 20 marzo 2018, n. 6900, anche se in dottrina taluno ritiene sarebbe più opportuno basarsi sul combinato disposto degli artt. 1419 co. 2 e 1339 cod. civ., cfr. S. BELLOMO, *La retribuzione*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale privato e pubblico*, VII ed. Torino, 2017, pp. 930 ss.; L. Nogler, *Sub art. 36 Cost.*, in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV, Padova, 2009, p. 42. Una seconda posizione ritiene possa utilizzarsi l'art. 432 cod. proc. civ., rispetto alla quale si rinvia a Cass. 16 giugno 2009, n. 13953.

⁸ R. VIANELLO, *La retribuzione*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro - Commentario*, II, Torino, 1998, p. 853.

⁹ Inducendo taluno a parlare di una sorta di "estensione soggettiva" degli effetti della contrattazione collettiva, S. PALLADINI, *I principi costituzionali in materia di retribuzione e la loro applicazione giurisprudenziale*, in GRAGNOLI E., PALLADINI S. (a cura di), *La retribuzione*, Torino, 2012, pp. 27 ss., p. 34.

¹⁰ In un regime di libertà sindacale non è, infatti, possibile limitare la scelta del datore del contratto collettivo applicabile. La giurisprudenza ha allora riconosciuto al lavoratore la possibilità invocare come contratto-parametro anche un contratto collettivo diverso da quello di appartenenza, purché deduca che quest'ultimo non sia conforme al dettame dell'art. 36 Cost. rispetto alla prestazione da lui concretamente svolta, v. Cass. sent. 18 dicembre 2014, n. 26742.

¹¹ Mancando una definizione legale della struttura della retribuzione, la giurisprudenza ha individuato il parametro della retribuzione conforme nell'importo contenente i minimi tabellari, l'indennità di contingenza e la tredicesima mensilità, v. rispettivamente Cass. 29 marzo 2010, n. 7528; Cass. 28 MARZO 2000 N. 3749; Cass. 4 dicembre 2013, n. 27138.

Le profonde trasformazioni che hanno interessato e continuano ad interessare il sistema di relazioni industriali, il mercato del lavoro e, più in generale, il panorama economico hanno finito, però, per scuoterne le fondamenta, compromettendone la tenuta. È opinione comune, infatti, che questo meccanismo – nato come transitorio, e poi *de facto* elevato a regola – versi ormai in uno stato di grave crisi¹². Della stessa ci si propone, prima, di investigare le cause, per poi tentare di delineare le possibili soluzioni.

2. La crisi della “via italiana” alla retribuzione sufficiente.

Le ragioni della crisi possono individuarsi in fattori endogeni ed esogeni al meccanismo *ex art.* 36 Cost. ed art. 2099 cod. civ.

Tra i primi si rintracciano (I) la cedevolezza dell’art. 36 Cost. nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti, e (II) l’indebolimento del CCNL come parametro.

Tra quelli esogeni, invece, particolare attenzione sarà dedicata all’effetto congiunto, da un lato, del d.lgs. 23/2015 (in parte confermate anche dal più recente decreto c.d. “dignità”, D.l. 87/2018, conv. con mod. in l. 96/2018) in materia di conciliazione stragiudiziale delle controversie di lavoro; dall’altro, della complessiva riduzione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi.

2.1. Primo fattore endogeno: la cedevolezza dell’art. 36 Cost.

2.1.1. Art. 36 e 41 Cost.: giusta retribuzione e prerogative organizzative del datore di lavoro.

Come noto l’art. 41 Cost. non tutela l’iniziativa economica in senso assoluto, ma nella sola misura in cui questa non si ponga in contrasto con l’utilità sociale e non comprometta la sicurezza, libertà e dignità umana. Quest’ultimo limite determina un immediato collegamento con l’art. 36 Cost.¹³, laddove prescrive che il *quantum* della retribuzione deve essere “in ogni caso” tale da assicurare un’esistenza libera e dignitosa al prestatore ed alla sua famiglia. Il combinato disposto di queste due norme, quindi, sembrerebbe sovraordinare il diritto ad

¹² *Ex multis* M. MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, p. 777; V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 233/2014, p. 44.

¹³ C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, p. 431.

una retribuzione sufficiente rispetto alla tutela della libera iniziativa economica, o meglio, sembrerebbe porre il primo come limite della seconda.

In giurisprudenza, però, è andato consolidandosi un quadro parzialmente difforme, specialmente sulla scorta del fatto che la retribuzione-parametro fissata dal CCNL non viene ritenuta sufficientemente attenta alle specificità territoriali o alla diversa capacità competitiva delle singole imprese. Così, sono stati ritenuti legittimi scostamenti *in peius* finalizzati ad evitare la scomparsa dell'impresa stessa, vuoi perché in uno stato di crisi¹⁴, vuoi perché operante in un'area economicamente depressa, in cui la soglia fissata dal CCNL si assumeva essere insostenibile¹⁵. Ugualmente legittimi sono stati giudicati gli scostamenti giustificati dalle piccole dimensioni dell'impresa¹⁶ o dalla sua natura artigianale¹⁷. A ben considerare, il tratto comune di tutte queste pronunce risiede nella loro premessa logica (peraltro, di dubbia compatibilità costituzionale con riguardo agli artt. 36 e 41 Cost.), vale a dire l'implicita equiparazione del costo del lavoro (che include le retribuzioni) ad ogni altro costo sostenuto dall'impresa per la conduzione della propria attività economica (pagamento dei fornitori, costo dell'energia, ecc.).

A tale orientamento, invero, se ne contrappone un secondo, che nega la possibilità di poter parametrare la retribuzione sulla capacità della singola impresa di sostenerne il peso. L'argomento fatto proprio da questo secondo filone interpretativo è quello per cui si presume che le clausole collettive sarebbero state fissate dalle parti sociali anche in considerazione delle esigenze di piccole imprese e delle specificità territoriali¹⁸.

Per definire verso quale soluzione si orienterà la giurisprudenza maggioritaria, un utile spunto si può ricavare dalla sentenza n. 25201 del 2016, con cui la Suprema Corte ha innovato la nozione di giustificato motivo oggettivo¹⁹. In estrema sintesi, discostandosi dall'orientamento in precedenza prevalente²⁰, la Corte ritiene legittimo il licenziamento per g.m.o. non solo quando è finalizzato a fronteggiare una fase economica avversa (riducendo i costi), ma anche quando mira a "migliorare la redditività dell'impresa", in quanto "in termini microeco-

¹⁴ Cass. civ. 14 dicembre 2005, n. 27592 e Cass. 18 marzo 2004, n. 5519 sull'onere del datore di dar prova della situazione di crisi, anche territoriale, non potendosi questa assumere come "fatto notorio".

¹⁵ Cass. 17 gennaio 2011, n. 896; Cass. 1 febbraio 2006, n. 2245; Cass. 26 luglio 2001, n. 10260; Cass. 26 marzo 1998, n. 3218; *contra* Cass. 15 novembre 2001, n. 14211; Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903.

¹⁶ Cass. 15 novembre 2001, n. 14211; Cass. 28 agosto 2004, n. 17250; Cass. 9 agosto 1996, n. 7383; *contra* Cass. 15 ottobre 2010, n. 21274.

¹⁷ Cass. 9 agosto 1996, n. 7383.

¹⁸ Cass. 17 gennaio 2011, n. 896; Cass. 17 marzo 2000, n. 3184.

¹⁹ Confermata da Cass. 22 novembre 2018, n. 30259

²⁰ *Ex multis* Cass. n. 2874 del 2012.

nomici, nel lungo periodo e in un regime di concorrenza, l'impresa che ha il maggior costo unitario di produzione è destinata ad essere espulsa dal mercato²¹. Si riconosce, dunque, che tra gli obiettivi principali del datore vi è quello di incrementare la redditività dell'impresa, e per fare ciò, egli è legittimato anche a recedere dal contratto perché nelle more divenuto troppo oneroso sul “costo unitario di produzione”.

Ai nostri fini, questa considerazione rileva, innanzitutto, perché conferma la tendenza ad equiparare la retribuzione (che il datore risparmia a seguito del licenziamento) ad ogni altra voce che incide sul costo di produzione finale (al pari, dunque, del costo dell'energia elettrica o di logistica). Conseguentemente, se nell'intento di offrire protezione alle prerogative imprenditoriali la Cassazione ha ritenuto legittimo il licenziamento finalizzato all'esclusivo incremento del profitto (mediante risparmio sulla retribuzione), *a fortiori* potrebbe sostenersi la legittimità del discostamento dalle tariffe del CCNL, quando da ciò consegua l'incremento del profitto. Il semplice discostamento *in peius*, peraltro, risulta meno afflittivo della soppressione integrale del posto di lavoro, ed il risparmio conseguito – al pari di quello ricavato con il licenziamento – potrebbe essere reinvestito nell'impresa, consolidando la stabilità dell'occupazione (circostanza ritenuta meritevole di tutela proprio dalla pronuncia summenzionata).

È chiaro che rimarrebbe comunque fermo il limite del c.d. “minimo costituzionale”, che, però, si risolve nella prassi in una tutela più programmatica che sostanziale, giacché le voci retributive che lo compongono (paga base, contingenza, tredicesima) non consentono da sole di condurre un'esistenza libera e dignitosa.

2.1.2. Art. 36 e 81 - 97 Cost.: giusta retribuzione e vincoli di bilancio

La cedevolezza dell'art. 36 Cost. si apprezza anche nel bilanciamento con gli artt. 81, co. 1 e 97, co. 1 Cost., laddove impongono precisi vincoli alla spesa pubblica. La più recente occasione di confronto è coincisa con la crisi economica del 2008 e con le gravi conseguenze che ne sono derivate per la tenuta dei conti pubblici di numerosi Stati. In ambito UE diversi Paesi membri hanno dovuto – più o meno spontaneamente²² – adottare programmi di risanamento economico, che hanno inciso anche sulle retribuzioni dei dipendenti pubblici. Questi si sono risolti, in alcuni casi, in un'effettiva decurtazione delle retribuzioni (Irlanda e

²¹ Conforme Cass. n. 13516 del 2016; Cass. n. 15082 del 2016.

²² Il riferimento è ai c.d. *Memorandum di intesa* sottoscritti con BCE, FMI e Commissione, su cui per i profili lavoristici v. C. BARNARD, *The financial crisis and the Euro Plus Pact: A labour lawyer's perspective*, in *Industrial Law Journal*, 2012, pp. 98 ss.

Grecia²³); in altri, nel solo blocco degli adeguamenti o dell'erogazione degli elementi accessori (Portogallo²⁴).

In Italia, invece, pur essendo state prospettate soluzioni radicali come la decurtazione diretta degli stipendi²⁵ (scarsamente praticabile in forza della competenza della contrattazione collettiva)²⁶, si è optato per il blocco degli incrementi retributivi e per la sospensione della contrattazione collettiva per il periodo dal 2010-2014 (al netto delle proroghe)²⁷.

In più occasioni la Consulta ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità di tali misure, senza però valorizzare i profili di confronto-contrasto con l'art. 36 Cost.

Nella sentenza 11 ottobre 2013, n. 223, ad esempio, la Consulta dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 9, co. 22, D.l. n. 78 del 2010, che bloccava senza possibilità di recupero l'erogazione dell'adeguamento automatico della retribuzione per i magistrati per gli anni 2011-2013 e fissava l'adeguamento per gli anni 2014-2015 al valore del 2010. L'illegittimità derivava dalla violazione degli articoli 104 e 3 Cost. Dal primo perché "l'indipendenza degli organi giurisdizionali si realizza anche mediante l'apprestamento di garanzie circa lo status dei componenti nelle sue varie articolazioni, concernenti (...) anche il trattamento economico"²⁸. Dal secondo perché la specifica misura operava a danno "di una sola categoria di pubblici dipendenti".

Nella sentenza 23 luglio 2015, n. 178 la Consulta era chiamata a valutare la legittimità sempre dell'art. 9 D.l. n. 78 del 2010, ma questa volta rispetto ai lavoratori del pubblico impiego contrattualizzato. La norma, "in considerazione della eccezionalità della situazione economica internazionale e tenuto conto delle esigenze prioritarie di raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica concordati in sede europea", introduceva sostanzialmente due misure. Da un

²³ M. YANNAKOUROU, C. TSIMPOUKIS, *Flexibility without security and deconstruction of collective bargaining: the new paradigm of Labor Law in Greece*, in *Comp. Lab. Law & Pol. Journ.*, 2014, pp. 337-343.

²⁴ Il Governo portoghese ha bloccato il pagamento della tredicesima e quattordicesima mensilità con norme che, però, sono state dichiarate incostituzionali (sent. 5 luglio 2012) perché discriminatorie rispetto ai lavoratori del settore privato, non interessati dal blocco.

²⁵ Si tratta della raccomandazione informale (ed all'epoca segreta) del 5 agosto 2011 inviata dai Presidenti di BCE e Banca d'Italia al Governo italiano, con cui, dopo aver rilevato come fosse "pressante un'azione da parte delle autorità italiane per ristabilire la fiducia degli investitori", si consigliava di "valutare una riduzione significativa dei costi del pubblico impiego, rafforzando le regole per il turnover e, se necessario, riducendo gli stipendi" (pt. 2).

²⁶ A. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Padova, 2008.

²⁷ Per una rassegna analitica delle disposizioni normative v. G. RICCI, *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, cit., pp. 77-80; v. anche A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in *Lav. nelle P.A.*, 2010, pp. 287 ss.

²⁸ In conformità con alcuni precedenti come Coste Cost. 8 maggio 1990, n. 238.

lato, il blocco del trattamento economico per gli anni dal 2011 al 2013, che non poteva superare quello previsto per il 2010 (co. 1). Dall'altro, il blocco della contrattazione nel pubblico impiego contrattualizzato per il 2010-2012 (comma 17), che con proroghe si è poi estesa sino al 2015. La Corte concludeva per l'illegittimità della disposizione non tanto per la violazione dell'art. 36, quanto dell'art. 39 Cost., ossia del principio di libertà sindacale. Il blocco delle retribuzioni e quello della contrattazione, benché connessi, non sono totalmente sovrapponibili, ed atteso che *medio tempore* era venuto meno il blocco dell'adeguamento delle retribuzioni (l. n. 190/2014), alla Corte non rimaneva che pronunciarsi sulla legittimità del blocco della contrattazione.

Nonostante non abbia considerato l'art. 36 Cost. (se non per escluderne la violazione), è possibile ricavare come in diversi passaggi delle proprie argomentazioni la Consulta ne abbia ugualmente confermato la cedevolezza rispetto ai vincoli di bilancio. In premessa si afferma che il blocco dell'adeguamento non lede il requisito di sufficienza ma quello di proporzionalità²⁹. A parere della Corte, quindi, le misure di blocco non incidono la soglia minima intangibile assicurata dal requisito di sufficienza, ma frustrano la porzione “ulteriore”, che nel pubblico impiego è funzionale alla valorizzazione della *performance* ed il buon andamento.

Considerando il requisito della sufficienza, la Corte sostiene che la conformità della retribuzione deve essere apprezzata “alla luce del canone della onnicomprensività” (e fin qui nulla di nuovo), ma soprattutto “non limitatamente a periodi brevi”; quanto piuttosto “in un arco temporale di una qualche significativa ampiezza”. Su come debba valutarsi la “significativa ampiezza” non viene fornita alcuna precisazione, dovendosi propendere per un approccio casistico. Tale approccio casistico ha portato a ritenere proporzionato, nel caso concreto esaminato dal Giudice delle leggi, un blocco quinquennale. Da ciò deriva che, se in futuro lo stato dei conti pubblici dovesse ulteriormente aggravarsi – e di conseguenza l'interesse generale alla stabilità finanziaria dovesse rafforzarsi – vi sarebbe certamente margine per estendere il blocco degli adeguamenti anche oltre cinque anni. Tanto più che secondo la Corte la sproporzione del blocco deve valutarsi anche alla luce della “pregressa dinamica delle retribuzioni nel lavoro pubblico” contraddistinta da “valori più elevati di quelli riscontrati in altri settori”. Inciso discutibile, posto che valutare la congruità delle retribuzioni del settore pubblico assumendo come parametro quelle del settore privato steriliz-

²⁹ Secondo la Corte, infatti, “in linea di principio, l'emergenza economica, pur potendo giustificare la stasi della contrattazione collettiva, non può avvalorare un irragionevole protrarsi del ‘blocco’ delle retribuzioni. Si finirebbe, in tal modo, per oscurare il criterio di proporzionalità della retribuzione, riferito alla quantità e alla qualità del lavoro svolto” (pt. 14.1).

zerebbe definitivamente quella funzione promozionale che le prime dovrebbero svolgere sul livello delle seconde³⁰.

Anche in questo caso rimarrebbe inviolabile il limite della retribuzione sufficiente, che la Corte non ritiene inciso dalle misure di blocco. Occorrerebbe, però, riflettere sulla reale fondatezza di una simile considerazione, specie avendo riguardo all'aumentato costo della vita ed al crescente numero di esigenze che oggi – più che in passato – devono essere soddisfatte per garantire al cittadino un'esistenza libera e dignitosa (per tutti si consideri l'accesso alla rete internet).

2.1.3. (segue) Violazione dell'art. 36 Cost. e profili di responsabilità aquiliana dell'Unione Europea: ipotesi possibile?

Rispetto al contesto appena descritto, qualche timida apertura sembra giungere dalla giurisprudenza comunitaria. Tradizionalmente la Corte di Giustizia Europea – così come la Corte EDU³¹ – esclude la propria competenza a sindacare le misure di *austerità* per violazione dei diritti sanciti nella Carta di Nizza. Nei casi in cui si è pronunciata la Corte ha, infatti, escluso vi fossero elementi sufficienti per ritenere che le misure di contenimento della spesa (ivi compreso il taglio/blocco delle retribuzioni nella P.A.) siano una diretta applicazione del diritto europeo, esulando, pertanto, dal campo di applicazione della Carta di Nizza ai sensi dell'art. 51³². Ad esempio, la CGE ha chiarito nella sentenza *Pringle*³³ che in caso di accordi MES³⁴ “gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, par. 1, della Carta” giacché “per l'istituzione del [MES] i Trattati UE e TFUE non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione”³⁵. Parimenti, la CGE si dichiara incompetente anche nei casi in cui le misure di *austerità* vengono adottate *motu proprio* dai singoli Stati, seppur in attuazione di specifiche proposte o “suggerimenti” di organismi dell'UE: in quest'ultimo

³⁰ A. ALFONSO, P. GOMES, *Interactions between private and public sector wages*, European Central Bank Working Paper Series no. 971/2008, accessibile su www.ecb.europa.eu.

³¹ CEDU 8 gennaio 2013, *Da Conceicaoõ Mateus c. Portogallo*; CEDU 7 maggio 2013, *Koufaki e Adedy c. Grecia*; CEDU 6 dicembre 2011, *Mihaies e Sentes c. Romania*.

³² CGE (ord.) 7 marzo 2013, C-128/2012, *Sindicato dos Bancarios do Norte*.

³³ CGE, 27 novembre 2012, C-370/12, *Thomas Pringle c. Irlanda*.

³⁴ Trattasi del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), ossia di una organizzazione istituita nel 2012, sulla base di un Trattato intergovernativo tra i Paesi membri dell'Unione per fornire assistenza finanziaria ai medesimi Paesi dell'eurozona laddove tale intervento risultasse indispensabile per salvaguardarne la stabilità finanziaria dell'area valutaria. Tale meccanismo ha dapprima affiancato e poi sostituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) ed il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF).

³⁵ CGE, *Thomas Pringle c. Irlanda*, pt. 180.

caso, infatti, occorrerebbe dimostrare che tali misure siano state adottate in luogo di altre, proprio e solo in base alle indicazioni di tali organismi³⁶.

Come detto, però, qualche profilo di novità (e discontinuità) rispetto al descritto orientamento sembra giungere dalla sentenza *Ledra Advertising Ltd. e altri, c. Commissione e Bce*³⁷, con cui la CGE si pronuncia sul caso di alcuni cittadini ciprioti che chiedevano la condanna di Commissione e BCE al pagamento dei danni patiti a seguito della riduzione del valore dei loro depositi conseguita all'accordo tra Governo di Cipro e Commissione (con l'assistenza della BCE) per l'accesso al MES. A dire dei ricorrenti, tale accordo avrebbe violato il loro diritto di proprietà tutelato dall'art. 17 Carta di Nizza.

In premessa, ed in linea con i propri precedenti, la CGE riconosce che Commissione e BCE nell'ambito del Trattato MES non godono di alcun potere decisionale proprio, poiché agiscono su incarico dell'Eurogruppo³⁸, e che gli atti del MES devono considerarsi “estranei all'ordinamento giuridico dell'Unione”³⁹. Ciononostante, discostandosi da quanto stabilito in *Pringle*, la CGE rileva che tale carenza di potere decisionale non esclude “che si possano contestare alla Commissione e alla BCE comportamenti illegittimi connessi, eventualmente, all'adozione di un protocollo d'intesa in nome del MES, nel contesto di un ricorso per risarcimento danni ai sensi dell'articolo 268 e dell'articolo 340, secondo e terzo comma, TFUE”⁴⁰. La responsabilità specialmente della Commissione, che materialmente sottoscrive l'accordo MES e che opera come “custode dei Trattati”⁴¹, discende dal fatto che il Trattato MES, all'art. 13, par. 3 e 4, impone alla Commissione di “monitorare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa conclusi dal MES”⁴². Conseguentemente, la Commissione “dovrebbe astenersi dal firmare un protocollo d'intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione nutra dubbi”⁴³. Chiarito tale obbligo, la Corte precisa che “la Carta si applica alle istituzioni dell'Unione, compreso quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione” (ivi compreso nell'ambito del MES)⁴⁴.

³⁶ CGE (ord.) 26 giugno 2014, C-264/2012, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros c. Fidelidade Mundial*.

³⁷ CGE 20 settembre 2016, n. 8, *Ledra Advertising Ltd. e altri, c. Commissione e Bce*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, pp. 220 ss., con nota di G. BRONZINI, *Corte di giustizia: verso la sindacabilità delle misure di austerità?*

³⁸ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 53.

³⁹ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 54.

⁴⁰ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 55.

⁴¹ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 59.

⁴² CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 58.

⁴³ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 59.

⁴⁴ CGE, *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, pt. 67.

Ciò posto, si tratta di chiarire se tali principi possano trovare applicazione anche nel caso in cui l'attività delle Istituzioni UE violi diritti diversi dal diritto di proprietà (di cui al caso in *Ledra Advertising Ltd.*), come il diritto alla giusta retribuzione, mediante, ad esempio, l'imposizione di interventi di moderazione salariale.

In primo luogo, occorrerebbe individuare nel sistema della Carta di Nizza il fondamento del diritto alla giusta retribuzione. Successivamente, occorrerebbe individuare il nesso di causa tra la lesione del diritto e le misure di contenimento della retribuzione adottate dal singolo Stato nazionale in attuazione diretta di Trattati o raccomandazioni comunitarie.

Benché suggestiva in termini di tutela potenzialmente offerta ai cittadini dell'UE, tale prospettazione presenta, però, non poche criticità, *in primis* rispetto alla giurisdizione. Secondo l'Avvocato Generale nella causa *Ledra Advertising*⁴⁵, l'azione di risarcimento dovrebbe essere esperita avanti i giudici nazionali e nei confronti degli Stati membri (non quindi contro gli organismi UE), poiché sono i primi che – nel pieno della propria discrezionalità – adottano le misure che violano un diritto riconosciuto dalla legislazione comunitaria (in questo caso dalla Carta di Nizza). Pur ammettendo che sia effettivamente percorribile la via della giurisdizione nazionale, il dipendente (verosimilmente pubblico) che lamenta la violazione del proprio diritto alla giusta retribuzione dovrebbe provare due circostanze: (I) che l'art. 31 Carta di Nizza tuteli anche il diritto alla giusta retribuzione; (II) che il danno patito sia "ingiusto". Ora, mentre il fondamento normativo del diritto alla giusta retribuzione nel sistema della Carta di Nizza potrebbe individuarsi – come sostenuto da alcuni⁴⁶ – nell'art. 31, ove parla di "condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose", più problematica è la dimostrazione dell'ingiustizia del danno. Se, infatti, una misura di blocco/riduzione è certamente *contra ius* (lesiva di un interesse tutelato dall'ordinamento), più arduo risulta provarne il carattere *non iure* (ovvero l'assenza di legittime cause giustificative). Questo perché, come detto, l'interesse alla stabilità finanziaria ha assunto e vede progressivamente accrescere la propria rilevanza⁴⁷.

Contrariamente all'Avvocato Generale, la CGE in *Ledra Advertising* sembra accedere alla diversa conclusione per cui in tali casi si dovrebbe ricorrere avanti ad essa *ex art.* 268 TFUE, facendo valere la responsabilità extracontrattuale

⁴⁵ Conclusioni dell'avvocato generale N. WAHL nel procedimento *Ledra Advertising Ltd. e altri c. Commissione e Bce*, presentate il 21 aprile 2016 pt. 104.

⁴⁶ T. BLANKE, *Fair and just working conditions (article 31)*, in B. BERCUSSON (ed.), *European Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Bruxelles, 2002, p. 357; S. Bellomo, *Sub art. 36 Cost.*, in V. AMOROSO, P. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro, I*, Milano, 2009, p. 125.

⁴⁷ Art. 126 TFUE, e più in generale G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova Costituzione finanziaria dello Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2015, pp. 531 ss

dell’Unione *ex art. 340 TFUE*. In questa sede, però, la prova della responsabilità extracontrattuale degli organismi UE risulterebbe di difficile raggiungimento non tanto rispetto all’esistenza di un danno, quanto all’illiceità del comportamento ed all’esistenza di un nesso di causa tra fatto lesivo ed evento dannoso⁴⁸.

Rispetto all’illiceità del comportamento, se questo si esplica nell’esercizio di poteri con ampia discrezionalità (come nel caso della determinazione delle politiche economiche), è necessario che sussistano due ulteriori requisiti: la norma violata deve conferire diritti ai singoli; la violazione deve essere grave e manifesta⁴⁹. Nel sistema della Carta la “gravità” deve essere apprezzata considerando l’art. 52, nella parte in cui ammette “limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà”, a condizione che siano previste per legge e che rispettino “il contenuto essenziale di detti diritti e libertà”, prevedendo al co. 2 che: “nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Per quello che qui interessa, misure di blocco temporaneo degli adeguamenti o decurtazione di una minima percentuale della retribuzione difficilmente si tradurrebbero in una lesione così grave da incidere sul “contenuto essenziale del diritto”, superando la soglia di derogabilità ammessa dalla Carta.

Rispetto alla prova del nesso di causa, nel caso di accordi MES il grado di discrezionalità nell’applicazione delle misure si potrebbe accertare con maggiore oggettività, mentre le maggiori difficoltà si rinverrebbero nel caso in cui la misura sia adottata da Parlamento o Esecutivo a seguito di mere “raccomandazioni” delle istituzioni UE (proprio come accaduto per l’Italia).

Per tutte queste ragioni, dunque, la via per sostenere la responsabilità aquiliana delle Istituzioni UE nell’ipotesi di violazione del diritto alla giusta retribuzione non pare (per ora) utilmente percorribile.

2.2. Secondo fattore endogeno: l’indebolimento del contratto di categoria come parametro.

Un secondo fattore di crisi si rintraccia nel ridimensionamento del ruolo di “autorità salariale” del CCNL, con l’effetto di minare anche il secondo referente normativo sul quale poggia il meccanismo di supplenza pretoria, ossia l’art. 2099, co. 2, cod. civ., che individua proprio nel parere delle oo.ss., trasposto nel CCNL, il parametro di definizione della retribuzione conforme all’art. 36 Cost.

⁴⁸ Elementi che devono tutti e tre sussistere, v. CGE 14 ottobre 1999, C-104/1997, *Atlanta c. Comunità europea*, pt. 65.

⁴⁹ L. DANIELE, *Diritto dell’Unione Europea*, IV ed., Milano, 2010, pp. 325.

Le ragioni dell'indebolimento possono ricondursi quantomeno a tre tendenze che connotano il sistema di relazioni industriali: (I) la proliferazione dei CCNL, (II) la spinta al decentramento contrattuale e (III) il crescente ruolo dell'autonomia individuale in materia retributiva.

Quanto alla prima, è sufficiente considerare che, se all'inizio del 2008 si contavano 398 CCNL (ivi comprendendo quelli in vigore e quelli in fase di rinnovo), a marzo 2018 si è arrivati a 864. Alla proliferazione dei CCNL è corrisposta anche la moltiplicazione delle sigle sindacali diverse da quelle "maggiori", tanto che di tutti questi accordi solo una minima parte (circa il 33%) è sottoscritta da Cgil, Cisl, Uil. Nel settore del commercio, ad esempio, vi sono 192 contratti vigenti, di cui solo 23 sono firmati dalle tre confederazioni maggiori⁵⁰. L'obiettivo sotteso alla costituzione di nuove sigle sindacali (anche datoriali), ed alla conclusione di propri CCNL è duplice: ridurre il costo del lavoro (incidendo sulle retribuzioni e sugli altri istituti connessi)⁵¹ e ritagliarsi un proprio spazio nel panorama delle relazioni industriali, accedendo, peraltro, ai fondi per la formazione, per la costituzione di enti bilaterali o per la gestione di centri di assistenza fiscale.

La conclusione di contratti "al ribasso" non incide solo sulle condizioni dei prestatori ai quali vengono applicati, ma hanno anche un impatto peggiorativo sistemico, laddove spinge i sindacati tradizionali ad evitare la "fuga" dal proprio accordo (o a incentivare nuove adesioni) attraverso altrettanti adeguamenti al ribasso, o, peggio, mediante misure di "concorrenza" contrattuale⁵². Ai fini che ci interessano, bisogna rilevare che dalla proliferazione dei contratti collettivi discende anche il moltiplicarsi dei parametri di retribuzione (presuntivamente) conforme all'art. 36 Cost., dei quali non sempre si ammette la sindacabilità nel merito⁵³, con la conseguenza che il giudice dovrà considerare un parametro nettamente inferiore rispetto a quello rappresentato dai contratti maggiori.

Rispetto al decentramento contrattuale, è noto che la globalizzazione e la liberalizzazione dei mercati hanno diminuito sensibilmente l'interesse delle imprese a dotarsi di regole comuni in funzione anticoncorrenziale: queste, infatti,

⁵⁰ F. D'AMURI, R. NIZZI, *I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia*, Banca D'Italia Occasional Papers n. 416/2017.

⁵¹ F. D'AMURI, R. NIZZI, *I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia*, cit., p. 6, rilevano che alcuni contratti "minori" presentano livelli retributivi complessivi inferiori anche del 20% rispetto a quelli previsti dal corrispondente CCNL "tradizionale".

⁵² Si veda il CCNL commercio Confsal 2017, art. 141 *bis* che prevede la possibilità per le imprese che "applicano per la prima volta il presente contratto" (segnatamente "sia le nuove aziende costituite dopo la sottoscrizione del rinnovo, sia le imprese già operative, purché trasmigranti da altro CCNL avente retribuzioni inferiori o identiche") di applicare la c.d. "retribuzione di prima applicazione", più bassa di quella prevista nei minimi tabellari.

⁵³ M. PERSIANI, F. LUNARDON, *Fondamenti di diritto sindacale*, Torino, 2017, p. 120; E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Torino, 2017, p. 87; in senso difforme a favore della sindacabilità delle pattuizioni collettive, Cass. 4 agosto 2014, n. 17583; Trib. Torino, 14 ottobre 2010.

non offrono alcuna tutela rispetto ai *competitors* dei Paesi emergenti, ed anzi operano come limite alla capacità competitiva. Parimenti, l’innovazione tecnologica ha supportato l’avvento di nuovi sistemi produttivi, che richiedono misure organizzative plasmate sulla singola realtà imprenditoriale. Nel tentativo di rispondere ad entrambi questi fenomeni le parti collettive – sostenute dal legislatore⁵⁴ – hanno riconosciuto un crescente protagonismo alla contrattazione decentrata, anche in materia retributiva⁵⁵. Ciò rileva ai nostri fini perché, così facendo, si è inciso sulla struttura della retribuzione, che viene spesso arricchita di elementi accessori da un contratto decentrato. Tale operazione, però, drena le risorse economiche che il datore avrebbe destinato all’incremento di voci retributive riconosciute a tutti i lavoratori (come quelle del c.d. minimo costituzionale), con il risultato di aumentare la soggettivizzazione dei trattamenti retributivi.

L’ultima tendenza considerata è il progressivo rafforzamento dell’autonomia individuale e della negoziazione bilaterale datore-lavoratore anche in materia retributiva. L’evoluzione tecnologica ed il suo impatto sulle nuove competenze richieste ai prestatori sembrano aver intaccato il tradizionale paradigma di regolazione collettiva del lavoro, teso a garantire “l’eguagliamento” tra tutti lavoratori⁵⁶, in favore di un sistema maggiormente attento a premiare la professionalità individuale.

Certamente, non si tratta di un fenomeno nuovo, poiché già interessa una minoranza di prestatori che per il loro livello di professionalità sono capaci di offrire un contributo peculiare e scarsamente fungibile all’organizzazione produttiva. La diffusione di sistemi di produzione complessi (non solo nel settore *high-tech* ma anche in quelli tradizionali, come l’agricoltura) sembra, però, destinata ad estendere questa platea di prestatori, tanto da creare una polarizzazione del mercato del lavoro tra *high skilled* e *unskilled workers*⁵⁷. Ai nostri fini, ciò rileva perché per il crescente numero di *high skilled workers* il negoziato individuale si presenta di gran lunga più conveniente rispetto alla negoziazione collettiva, connotata – come detto – da una tendenza livellatrice delle retribuzioni. Specularmente, ciò induce il datore a concentrare le risorse economiche destinate agli incrementi retributivi nei negoziati individuali, così da ottenere

⁵⁴ Che tradizionalmente considera il decentramento, specie aziendale, uno strumento indispensabile nel contrastare l’endemica bassa produttività del lavoro in Italia. In tal senso si veda già l’art. 19 St. lav., l’art. 8 l. n. 148 del 2011 e l’art. 51 del D.lgs. n. 81 del 2015.

⁵⁵ Si rinvia per tutti a D. MEZZACAPO, *La contrattazione collettiva*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale (Privato e pubblico)*, Torino, 2017, pp. 2045 ss.

⁵⁶ P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell’uguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, pp. 7 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce a questo fenomeno come “*skill biased technology change*”, v. G. L. VIOLANTE, *Skill-Biased Technical Change*, in S. DURLAUF, L. BLUME (eds.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 520 ss.: “*skill-biased technical change is a shift in the production technology that favors skilled over unskilled labor by increasing its relative productivity and, therefore, its relative demand*”.

un duplice risultato: per un verso, assicurarsi le prestazioni di lavoratori altamente qualificati e capaci di conferire un *surplus* competitivo; dall'altro, limitare le risorse economiche destinate ai trattamenti migliorativi generalizzati (di cui beneficerebbero anche i prestatori con mansioni fungibili o marginali).

2.3. Limite esogeno: la riduzione delle tutele contro il licenziamento illegittimo e la leva fiscale a favore della conciliazione stragiudiziale.

Da ultimo si considera un fattore che opera esternamente al congegno degli artt. 36 Cost. e 2099 cod. civ., ed inerisce alle disposizioni del d.lgs. 23/2015 in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo e di favore alla conciliazione stragiudiziale delle controversie. In particolare, si dirà di come il loro combinato disposto rischi di sterilizzare preventivamente il sindacato giudiziale in materia retributiva, che ha rappresentato il vero pilastro del sistema di supplenza pretoria sin qui descritto. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'accertamento giudiziale sulla conformità della retribuzione viene attivato dal prestatore quando il rapporto di lavoro cessa a causa di licenziamento, con l'ovvia conseguenza che, se si rende più attrattivo conciliare stragiudizialmente, si impedisce *ex ante* al giudice di operare il proprio scrutinio. Ed infatti con il d.lgs. 23/2015 il legislatore, per un verso, riduce ai minimi termini la tutela reale reintegratoria, generalizzando quella indennitaria vincolata a soglie minime e massime predeterminate (d.lgs. 23/2015, artt. 2-4), e, per altro verso, riconosce un integrale sconto fiscale (e contributivo) sulla somma che il lavoratore accetta a conferma dell'estinzione del rapporto e a rinuncia dell'impugnazione (d.lgs. 23/2015, art. 6)⁵⁸.

Tali disposizioni sono state parzialmente modificate sia dal legislatore del c.d. "decreto dignità", sia dalla Consulta, senza, però, che da tali alterazioni sia derivata una significativa inversione di tendenza.

Da un lato, a dispetto dei proclami, il D.l. n. 87 del 2018 (conv. l. 96/2018), art. 3 si è limitato ad incrementare la soglia minima e massima per il calcolo delle indennità dovute al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, e non ha modificato l'approccio di assoluto favore per le conciliazioni stragiudiziali di cui all'art. 6⁵⁹.

⁵⁸ Il datore di lavoro "al fine di evitare il giudizio" può offrire al lavoratore entro termini di impugnazione stragiudiziale ed in una delle sedi protette, una somma di denaro predeterminata non inferiore a 3 e non superiore a 27 mensilità (per le piccole imprese l'importo "è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità" *ex art. 9, co 1*). L'eventuale accettazione dell'offerta del datore comporta "l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta"; v. M. FALSONE, *La conciliazione ex art.6 D.lgs. 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 274/2015.

⁵⁹ Benché modifichi l'art. 6, comma 1, d.lgs. 23/2015, sostituendo incrementando anche in questo

Dall'altro, la Consulta con sentenza 8 novembre 2018, n. 194⁶⁰ ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 3, co. 1 del D.lgs. n. 23 del 2015 – sia nel testo originario che in quello novellato dall'art. 3, co. 1, del D.l. n. 87/2018 – laddove determinava “in modo rigido l'indennità spettante al lavoratore ingiustificatamente licenziato”, utilizzando il solo criterio dell'anzianità di servizio e non anche altri indici come quelli che erano indicati nella legge n. 92 del 2012. Ai fini che qui interessano, il principale effetto della pronuncia è quello di espandere nuovamente la discrezionalità del giudice, (re)introducendo profili di aleatorietà e disparità nelle tutele apprestate ai lavoratori illegittimamente licenziati.

Proprio per questo motivo la sentenza della Consulta sembra dare vita ad una vera e propria eterogenesi dei fini, poiché accentuando ulteriormente l'aleatorietà sulla quantificazione dell'indennità (che da un criterio fisso passa a criteri non individuati oggettivamente, e dunque non certi), incrementa l'attrattività della soluzione stragiudiziale. Tanto più che, rimanendo il contratto a tutele crescenti quello *standard* per le nuove assunzioni anche dopo il decreto dignità, la convenienza di tale soluzione aumenterà ancor di più, a mano a mano che il contratto a tutele crescenti entrerà a pieno regime. Si consentirà, infatti, al lavoratore di beneficiare di somme erogate a titolo conciliativo ancora maggiori di quanto non accade oggi, ossia sino a 18 mensilità o 6 per le piccole imprese, esenti da tassazione.

3. Quali possibili soluzioni?

A fronte di una tale situazione, più volte la dottrina ha invocato l'intervento del legislatore. Le sollecitazioni che sin dagli anni '60 sono state rivolte al Parlamento per adottare una legislazione sul salario minimo non ne hanno scalfito, però, il tradizionale (ed ormai inerziale) astensionismo.

Di recente, tuttavia, posto la “questione salariale” ed il tema dei meccanismi di garanzia della giusta retribuzione sono tornati nuovamente al centro del dibattito politico e sindacale⁶¹, soprattutto in considerazione della grave stagnazione delle retribuzioni, dell'aumento delle disuguaglianze e della comparsa di gravi fenomeni come quello della *in work poverty*⁶². Sono evidenza di questa

caso le soglie (le parole “non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità” sono sostituite dalle seguenti: “non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità”).

⁶⁰ Su cui A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, pp. 624 ss.

⁶¹ G. RICCI, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lav. Dir.*, 2011, p. 654.

⁶² Su cui per alcuni dati statistici v. CNEL, *Working poor: un'analisi sui lavoratori a bassa remunerazione dopo la crisi*, del 1 luglio 2014, p. 20; EUROFOUND, *In-work poverty in the EU*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017.

rinnovata attenzione sia la legge 183/2014 (di delega al Governo per l'introduzione di un salario minimo legale), sia l'Accordo interconfederale del 9 marzo 2018 (che definisce specifici parametri strumentali alla fissazione di un salario minimo legale).

Ci si propone, allora, di considerare le diverse soluzioni prospettate, dando conto dei limiti e dei punti di forza di ciascuna di esse, procedendo, infine, ad indicare quello che sembra essere il meccanismo di tutela più effettivo del diritto *ex art. 36 Cost.* Le ipotesi considerate si possono ricondurre a due categorie: *a)* il rafforzamento della contrattazione collettiva, o attraverso *a.1)* un rinvio della legge alle soglie retributive individuate dal contratto stipulato da sindacato con rappresentatività "qualificata", o mediante *a.2)* l'attuazione della II parte dell'art. 39 Cost.; oppure *b)* l'introduzione di un salario minimo legale, potendosi anche in questo caso distinguere tra *b.1)* salario minimo legale "residuale" (ossia operante solo nei confronti di lavoratori non coperti dalla contrattazione collettiva) e *b.2)* salario minimo legale "generalizzato". Dal novero delle possibili soluzioni si è ritenuto di escludere, invece, i meccanismi basati su procedure di determinazione della retribuzione minima da parte di organismi amministrativi che non prevedono il coinvolgimento delle parti sociali (es. la *Fair Work Commission of Experts* australiana). Pur astrattamente compatibili con il precetto costituzionale, simili soluzioni risulterebbero comunque incoerenti con l'evoluzione storica del nostro sistema di relazioni industriali e con il ruolo tradizionalmente riconosciuto all'autonomia collettiva ed alle organizzazioni sindacali⁶³.

3.1. La via negoziale "rafforzata"

Una prima soluzione consiste nel riconoscere *ope legis* (e non più solo *ope iudicis*) la retribuzione fissata dai CCNL di oo.ss. comparativamente più rappresentative come parametro-soglia inderogabile. Ciò potrebbe avvenire ipotizzando una norma del seguente tenore: "è riconosciuto a tutti i prestatori di lavoro subordinato il diritto di ricevere un trattamento economico non inferiore a quello stabilito per prestazioni analoghe dai contratti collettivi di categoria sottoscritti dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

Di fatto, ciò si risolve nell'introduzione di un salario minimo *ex lege*, che, però, rinvia la determinazione del *quantum* alla contrattazione collettiva assistita da rappresentatività "qualificata". Si tratterebbe, dunque, di un rinvio "mobile", poiché soggetto alle stesse variazioni (in aumento o diminuzione) della contrattazione collettiva. Al contrario del CCNL di diritto comune, però, la di-

⁶³ Su cui da ultima Corte Cost. 23 luglio 2015, n. 178.

sposizione beneficerebbe di un ambito di applicazione generalizzato, operando per tutti i prestatori di lavoro appartenenti alla categoria, ivi compresi quelli già coperti da un contratto collettivo diverso da quello al quale la legge rinvia.

Questo meccanismo, peraltro, non è del tutto inedito nel nostro ordinamento, benché sia limitato a specifici ambiti: gli appalti pubblici⁶⁴, il “minimale contributivo”⁶⁵, il lavoro in cooperativa⁶⁶ e la quantificazione di specifici elementi della retribuzione⁶⁷.

Occorre allora chiedersi se tale meccanismo sia estensibile alla generalità dei lavoratori (coperti e non da altri contratti collettivi). La risposta pare essere certamente favorevole.

Una prima ragione che depone in questo senso è la conformità di una simile disposizione ai principi di cui agli artt. 36 e 39 Cost.

Quanto al primo, può certamente riconoscersi che la soglia retributiva definita da oo.ss. con rappresentanza qualificata sia assistita da una presunzione di formale (ed in questo caso anche sostanziale) conformità al dettame costituzionale, come, peraltro, riconosciuto dalla stessa Consulta⁶⁸.

Quanto al secondo occorre capire se tale simile meccanismo – che di fatto estende soggettivamente l’efficacia della pattuizione retributiva di un contratto

⁶⁴ Dapprima con l’art. 36 St. lav., su cui *ex multis* E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 133-155; e successivamente con il d.lgs. n. 163 del 2006, art. 118, co. 6 (abrogato) e il d.lgs. n. 50 del 2016, art. 30, co. 3 e 4 che passano dall’imporre un limite ‘negativo’ come quello dell’art. 36 St. lav. (che vieta trattamenti deteriori rispetto a quelli fissati dalla contrattazione collettiva genericamente intesa) ad uno ‘positivo’, in forza del quale all’appaltatore viene imposto di garantire ai lavoratori impiegati negli appalti un trattamento economico non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

⁶⁵ Per la definizione della retribuzione imponibile minima su cui calcolare i contributi previdenziali, il combinato disposto dell’art. 1 co. 1, del D.l. n. 338 del 1989 e dell’art. 2, co. 25, della l. n. 549 del 1995 prevede che quando vi siano più contratti collettivi in una medesima categoria, “la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria”. Sulla legittimità costituzionale di tali disposizioni con riguardo sia all’art. 3 che 39 Cost. v. Corte Cost. 20 luglio 1992, n. 342

⁶⁶ L’art. 3 della l. n. 142 del 2001 imponeva alle società cooperative l’obbligo di corrispondere ai propri soci lavoratori “un trattamento economico complessivo (...) comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria”. Successivamente l’art. 7, co. 4, D.l. n. 248 del 2007 ha precisato che quando vi sono più contratti collettivi nella medesima categoria deve essere assicurato un trattamento economico complessivo “non inferiore a quello dettato dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria”.

⁶⁷ È il caso della quantificazione dell’indennità di disponibilità del lavoratore intermittente (art. 16 d.lgs. 81 del 2015) e subordinato che lavora in “modalità agile” (art. 20 del d.lgs. 81 del 2017); oppure della definizione delle condizioni minime da garantire ai lavoratori distaccati in Italia (D. lgs. n. 136 del 2016, artt. 2, co. 1, lett. e, e art. 4, co. 1) ed a quelli occupati nel c.d. “terzo settore” (d.lgs. n. 117 del 2017, art. 16).

⁶⁸ Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51. pt. 5.3.

collettivo di diritto comune – violi l’art. 39, sia nella II parte (co. 2-4), sia nella I parte, laddove riconosce la libertà sindacale. A ben guardare, deve escludersi la violazione di entrambi. La norma è rispettosa dell’art. 39, II parte, perché con il rinvio alla pattuizione negoziale non recepisce il contenuto della medesima ma si limita a fissare un parametro strumentale non tanto alle parti quanto al giudice, laddove sia eventualmente chiamato a pronunciarsi *ex art.* 36 Cost e 2099 cod. civ.⁶⁹. Differenza sottile ma decisiva ai fini della legittimità costituzionale della norma, poiché diversamente (ossia in caso di diretto recepimento del contenuto dell’accordo) si violerebbe l’art. 39, II parte, Cost., poiché si utilizzerebbe un meccanismo diverso da quello dei contratti *erga omnes*. È conforme anche al principio di libertà sindacale di cui all’art. 39, co. 1, Cost. perché dalla disposizione non discende l’obbligo per il datore di applicare l’accordo collettivo al quale si rimanda, ma un mero onere (circoscritto, peraltro, alla sola clausola retributiva). Non essendovi alcun obbligo, quindi, il datore ben potrà applicare il contratto collettivo che ritiene più opportuno, nella consapevolezza, però, che dall’inosservanza dell’onere potrebbero discendere conseguenze giuridiche negative, vale a dire l’applicazione in giudizio di un diverso parametro per la determinazione della retribuzione.

Un secondo elemento che depone a favore di questa soluzione è sua la maggior aderenza al principio di proporzionalità. Diversamente da quanto accadrebbe nell’ipotesi di un salario minimo legale omogeneo per tutti i lavoratori, e fissato a prescindere dal loro grado di professionalità o dalla complessità delle mansioni svolte, il rinvio alla contrattazione consentirebbe al giudice ampi margini discrezionali per valorizzare specifiche circostanze nel caso concreto.

Infine, questo meccanismo denota una complessiva maggior coerenza con l’evoluzione dell’ordinamento intersindacale “di fatto”⁷⁰. Ha il pregio, infatti, di mantenere il baricentro decisionale nell’arena dell’autonomia negoziale, che “meglio di altre [fonti], recepisce l’andamento delle dinamiche retributive”⁷¹ e che, conformemente al ruolo attribuitole nel nostro ordinamento, “dovrebbe potersi esprimere nella sua pienezza su ogni aspetto riguardante la determinazio-

⁶⁹ In questo senso Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51, che, pur pronunciandosi in merito alla disciplina del trattamento economico del socio lavoratore di cooperativa, esprime un principio estensibile anche all’ipotesi qui considerata: “la norma [art. 7, comma 4, D.L. n. 248 del 2007] lungi dall’assegnare ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative efficacia *erga omnes*, mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti e, più precisamente, i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell’art. 36 Cost.”.

⁷⁰ G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale (L’esperienza italiana dopo la Costituzione)*, Milano, 1967.

⁷¹ Corte Cost. 26 marzo 2015, n. 51.

ne delle condizioni di lavoro, che attengono immancabilmente anche alla parte qualificante dei profili economici⁷². Un simile meccanismo, quindi, conterebbe sul sicuro appoggio delle parti sociali (quantomeno quelle a rappresentatività qualificata)⁷³, e sterilizzerebbe alcuni timori tipicamente connessi all’adozione di salario minimo legale (pregiudizio dell’azione sindacale, pericolo di fuga dalla contrattazione collettiva, assestamento dei minimi tabellari sui minimi legali).

Accanto ai profili positivi, questo meccanismo presenta, tuttavia, almeno tre nodi critici: (I) la selezione degli agenti negoziali “qualificati”; (II) l’individuazione degli elementi retributivi che nel contratto collettivo “qualificato” devono considerarsi coperti dal rinvio; (III) la derogabilità *in peius* in particolari ipotesi.

La selezione degli agenti negoziali per ciascuna categoria esige come premessa logica la definizione di indici di rappresentatività delle oo.ss., ma prim’ancora la delimitazione del perimetro della singola categoria (ossia l’ambito entro il quale applicare tali indici). Le difficoltà intrinseche di una simile operazione sono tanto note quanto di difficile soluzione, stante il fatto che la natura privatistica della contrattazione collettiva di diritto comune ha indotto a ritenere inapplicabile l’art. 2070 cod. civ., riconoscendo in capo alle parti il potere di definire l’ambito applicativo del contratto collettivo⁷⁴. Una possibile soluzione per uscire da quest’*impasse* è offerta dall’Accordo Interconfederale del 9 marzo 2018, con cui le parti si propongono di proseguire il processo di autoriforma intrapreso con il T.U. del 2014, introducendo sistemi oggettivi di “misurazione della rappresentanza, anche datoriale”. A tal fine prefigurano un intervento del CNEL, in qualità di organismo tecnico e terzo, al quale verrebbe assegnata un’attività preliminare di “precisa ricognizione del perimetro della contrattazione collettiva nazionale di categoria”⁷⁵. Ad essa segue un intervento – anche solo eventuale – delle parti sociali che possono apportare “i necessari correttivi, intervenendo

⁷² Corte Cost. 23 luglio 2015, n. 178.

⁷³ Espressamente in questo senso v. Accordo interconfederale di Confcommercio con Cgil, Cisl e Uil del 24 novembre 2016, con cui si chiedeva un intervento legislativo che garantisse il “rispetto delle condizioni minime” individuate dai contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative e che estendesse, anche con riferimento alle “retribuzioni minime”, il criterio previsto per l’individuazione del minimale contributivo.

⁷⁴ In tal senso già F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *Quaderno dell’Accademia dei Lincei*, n. 37, 1954; F. MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo “erga omnes”*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1963, pp. 570 ss.; nella dottrina successiva A. VALLEBONA, *Veri e falsi limiti alla libertà del datore di scegliere il contratto collettivo*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1991, pp. 61 ss.

⁷⁵ Un intervento di carattere amministrativo che viene già svolto in termini simili, anche se per altre finalità, da altri organismi pubblici (ad esempio l’individuazione del contratto collettivo da prendere come parametro per il calcolo della base imponibile contributiva ai sensi dell’art.1 della L. n. 389 del 1989, come interpretato in via autentica dall’art. 2, co. 25 della l. n. 549 del 1995, su cui v. Ministero del Lavoro, lettera circolare 9 novembre 2010 e Ministero del Lavoro, lettera circolare 1 giugno 2012).

sugli ambiti di applicazione della contrattazione collettiva nazionale di categoria, anche al fine di garantire una più stretta correlazione tra CCNL applicato e reale attività di impresa”, quasi a rievocare l’art. 2070 cod. civ. Sempre al CNEL verrebbe affidato il compito di svolgere “un’attenta ricognizione dei soggetti che, nell’ambito dei perimetri contrattuali, risultino essere firmatari di contratti collettivi nazionali di categoria nei settori oggetto di indagine, affinché diventi possibile, sulla base di dati oggettivi, accertarne l’effettiva rappresentatività”, e di conseguenza riconoscere con maggiore obiettività la qualità di organizzazioni comparativamente più rappresentative. Si tratta di una soluzione che ha il pregio di evitare di incagliarsi nelle annose questioni relative alla categoria ed alla sua definizione, ma che, proprio perché non affronta direttamente il problema, continua a soffrire del fatto che questa attività di sistematizzazione delle categorie verrebbe in ogni caso operata dalle parti sociali (con il supporto del CNEL), e sarebbe quindi sprovvista di qualsiasi cogenza per le oo.ss. che non vi aderissero.

Il secondo nodo critico attiene all’oggetto del rinvio. È necessario, cioè, stabilire se il giudice debba prendere in considerazione l’intero trattamento economico riconosciuto dal contratto collettivo cui la legge rinvia, ovvero solo alcuni elementi (ed in questo caso stabilire quali). Va subito chiarito che il rinvio non pare possa estendersi all’intero trattamento economico, poiché se così fosse la norma incorrerebbe in un vizio di “ultra petizione”, posto che la *ratio* della disposizione è quella di garantire il rispetto della soglia incomprimibile *ex art.* 36 Cost. Estendere il rinvio all’intero trattamento economico si tradurrebbe in un evidente eccesso di tutela, in violazione, peraltro, dell’art. 39 Cost. Occorre allora definire quali voci retributive debbano essere considerate. In quest’ambito, uno spunto interessante viene offerto sempre dall’Accordo Interconfederale del marzo 2018, punto 5, ove si stabilisce che i contratti di categoria dovranno fissare due nuovi parametri: il “trattamento economico minimo” (TEM) ed il “trattamento economico complessivo” (TEC). Con il TEM le parti offrono al legislatore il possibile parametro cui fare riferimento nell’ipotesi di intervento legale per la fissazione dei minimi retributivi. Esso comprende i minimi tabellari⁷⁶ e tutti i trattamenti economici qualificati dal CCNL di categoria come “comuni a tutti i lavoratori del settore”, a prescindere dal livello di contrattazione al quale ne verrà delegata la disciplina (ad es. le forme di welfare). Ai nostri fini, quindi, il TEM assumerebbe il ruolo del nuovo c.d. “minimo costituzionale”, con l’utile effetto sia di lasciarne la definizione alle parti collettive (e non più alla giurisprudenza), sia di evitare contrasti ed incertezze che connotano la determinazione pretoria.

⁷⁶ Rivalutati sulla base della prassi in vigore nella categoria ed anche in funzione dell’Ipca, ossia l’indice dei prezzi al consumo armonizzato per i paesi membri della Comunità europea, depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati come calcolato dall’Istat.

L'ultima criticità connessa a questo meccanismo richiede di stabilire se la soglia individuata *per relationem* dalla legge sia derogabile o meno. In questo senso, pare difficile che il giudice possa discostarsi *in peius*, sia perché – come detto – la norma di rinvio si rivolge direttamente al giudicante, sia perché questa riconosce in capo al prestatore il diritto a ricevere un trattamento “non inferiore” a quello individuato dalla contrattazione collettiva, che, peraltro, mediante il TEM individua espressamente una soglia minima inderogabile. Per far fronte alle difficoltà che indubbiamente una soglia rigida potrebbe creare (ad esempio ad aziende operanti in zone economiche depresse), occorrerebbe allora che fosse la stessa contrattazione collettiva ad ammettere (in ipotesi tassative) la possibilità di derogare *in peius*⁷⁷.

3.2. L'attuazione dell'art. 39, II parte, Cost.

Un diverso meccanismo di rafforzamento della via negoziale è quello previsto dall'art. 39, II parte, Cost., ossia la contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes*.

Invero, il progetto di emanare la legge attuativa della II parte dell'art. 39 Cost. era stato accantonato già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, sia per la forte contrarietà delle organizzazioni sindacali (restie a sottomettersi al principio maggioritario), sia per la rilevanza che – complice il periodo storico – era stata riconosciuta al principio di libertà sindacale⁷⁸. All'epoca la questione dell'efficacia soggettiva non era avvertita nei termini odierni poiché, stante il quadro di unità sindacale, l'estensione della stessa si sarebbe potuta ottenere a prescindere dall'attuazione della seconda parte dell'art. 39⁷⁹, avvertita come briglia eccessivamente rigida per l'attività sindacale.

⁷⁷ Recuperando con nuove modalità quegli strumenti capaci di collegare il funzionamento del mercato del lavoro alle condizioni ed alle dinamiche dell'economia locale, come le c.d. gabbie salariali, sulla cui introduzione conviene sia parte della letteratura economica (T. BOERI, R. PEROTTI, *Perché è giusto introdurre un salario minimo in Italia*, 11 maggio 2004, accessibile su www.lavoce.info; C. LUCIFORA, F. ORIGO, *Alla ricerca della flessibilità: un'analisi della curva dei salari in Italia*, in *Rivista italiana degli economisti*, 1999, pp. 3-36), sia parte della dottrina giuslavoristica (A. Bellavista, *Il salario minimo legale*, in *Dir. Rel. Ind.* 2014, pp. 741 ss.; P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, pp. 719 ss.).

⁷⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Stato e sindacato*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Cicu*, I, Milano, 1951, pp. 661 ss.

⁷⁹ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, pp. 665 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Autonomia sindacale ed efficacia del contratto collettivo di lavoro*, *Riv. Dir. Civ.*, 1971, pp. 140 ss.

Nonostante ciò, di recente taluno ha sostenuto l'opportunità di rivalutare questa soluzione⁸⁰, che comunque presenta risvolti positivi e profili di criticità meritevoli di analisi, se non altro perché rappresenta la via maestra tracciata dal Costituente ed un modello diffuso in molti altri Paesi⁸¹.

Tra i primi vi è senz'altro il forte impulso promozionale che deriverebbe in favore sia del sindacato che dello strumento del CCNL (fronteggiandone così la crisi che si è descritta). L'entrata a regime del principio maggioritario di cui all'art. 39, co. 4, Cost. ("in proporzione dei loro iscritti") potrebbe accrescere l'interesse dei lavoratori ad una maggiore partecipazione nel sindacato, poiché attraverso la loro iscrizione all'una o all'altra sigla sarebbe possibile consentire l'accoglimento dell'una o dell'altra piattaforma rivendicativa al tavolo delle trattative unitarie. Ugualmente troverebbe soluzione anche la questione dei c.d. accordi separati: in vigenza di un sistema come quello *ex co.* 2-4, art. 39 Cost., le organizzazioni sindacali ammesse a contrattare sarebbero costrette ad arrivare alla sintesi delle proprie pretese nel momento di composizione della delegazione negoziale unitaria. L'effetto "promozionale" si registrerebbe anche in favore del CCNL, che in tale sistema riacquisterebbe un'indiscutibile centralità: potrebbe ordinare in modo cogente le competenze dei diversi livelli contrattuali⁸², nonché avocare nuovamente a sé il ruolo di principale "autorità salariale". Da ciò conseguirebbe una tutela del trattamento economico più uniforme per tutti i lavoratori: verrebbe meno il soggettivismo giudiziale nell'applicazione dell'art. 36 Cost.⁸³, così come ogni tendenza "ribassista" legittimata dalla giurisprudenza.

⁸⁰ Tra i sostenitori di questa soluzione V. BAVARO, *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2014, pp. 61 ss.; per alcuni rilievi critici v. T. TREU, *Contrattazione e rappresentanza*, in C. DELL'ARINGA, C. LUCIFORA, T. TREU (a cura di), *Salari, produttività, disuguaglianze. Verso un nuovo modello contrattuale?*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 333 ss., spec. pp. 349-351.

⁸¹ Per limitarci all'ambito europeo, il meccanismo di efficacia generalizzata è previsto, ad esempio, in Finlandia e Austria, v. European Commission, *Labour Market and Wage Developments in Europe Annual Review 2016*, accessibile su www.ec.europa.eu; ma anche J. Visser, *ICTWSS Database on Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social*, 2011, accessibile su www.uva-aiaa.net.

⁸² Ciò consentirebbe di limitare l'interpretazione che, facendo leva sulla pari dignità di contratto collettivo di diritto comune del contratto di categoria e di quello aziendale, ammette che il secondo possa discostarsi dai vincoli imposti dal primo, cfr. Cass. 18 giugno 2003, n. 9784.

⁸³ Parte della dottrina più risalente, invece, ragionando sulla possibilità di introduzione della c.d. legge sindacale era giunta ad affermare la possibilità per il giudice di sindacare anche il contratto generalmente obbligatorio, v. U. NATOLI, *Ancora sull'art. 36 Cost. e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1952, pp. 9 ss. L'A. non riteneva doversi presumere l'automatica conformità all'art. 36 Cost. delle soglie retributive stabilite dalla rappresentanza sindacale unitaria, poiché anche nel sistema *ex art.* 39, II parte, Cost. sussiste la logica del rapporto di forze tra lavoratori e datori, potendo ciò condurre a concessioni idonee ad incidere sul diritto alla giusta retribuzione; *contra* S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1949-1950, pp. 189 ss.; su posizione parzialmente difforme R. Scognamiglio, *Sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro Civ.*, 1951, pp. 352 ss. che limitava il sindacato

Risulterebbero meglio garantiti anche quegli elementi della retribuzione che, pur non rientrando nel c.d. minimo costituzionale, sono spesso aggrediti dalla contrattazione “pirata” o scarsamente rappresentativa: mensilità aggiuntive, base di calcolo del trattamento di fine rapporto, ecc. Si assicurerebbe, quindi, una tutela ben superiore rispetto a quella garantita dal sistema del rinvio legale alla contrattazione.

Accanto ai pregi, vanno considerati, però, quantomeno due profili di debolezza.

Il primo è che questo meccanismo – al contrario di quanto avverrebbe con un salario minimo legale generalizzato – è totalmente inefficace rispetto al crescente numero di lavoratori marginali o atipici, non coperti da contrattazione collettiva⁸⁴.

Il secondo e più rilevante problema discende dalla radicale discontinuità che una simile soluzione comporterebbe rispetto all’evoluzione del concetto di rappresentatività sviluppatosi nel sistema sindacale “di fatto”. Questo, infatti, si è nettamente distanziato dal solo principio maggioritario indicato dall’art. 39, II parte, Cost., affiancando al dato associativo (pur sempre considerato)⁸⁵, criteri ulteriori come l’equilibrata presenza in un ampio arco di categorie professionali⁸⁶, la diffusione sull’intero territorio nazionale⁸⁷, l’esercizio continuativo dell’azione di autotutela⁸⁸, l’effettiva capacità di influenzare l’assetto economico e sociale del Paese⁸⁹. A conferma di tale tendenza si pensi all’ulteriore criterio “misto” adottato dalle parti sociali con T.U. sulla rappresentanza del 2014 e confermato, da ultimo, con Accordo interconfederale del marzo del 2018, a mente del quale il dato associativo è temperato da quello elettorale. Un simile iato tra la prassi delle relazioni industriali e la previsione costituzionale induce a condividere il pensiero di chi ritiene che *la soluzione dell’erga omnes attuata sic et simpliciter oggi colliderebbe con “l’assetto della vigente Costituzione materiale”, assestata sul “principio di pari dignità nell’azione contrattuale” delle singole organizzazioni sindacali*⁹⁰.

Fatta salva l’ipotesi in cui l’introduzione della c.d. legge sindacale fosse accompagnata anche dalla modifica dell’art. 39 Cost. (nella parte in cui ricono-

alle categorie sprovviste di contratto collettivo.

⁸⁴ A. GARNERO, *Il futuro dei contratti collettivi*, 26 gennaio 2018, accessibile su www.lavoce.info.

⁸⁵ Su cui ad es. Cass. 28 luglio 1998, n. 7408.

⁸⁶ G. F. MANCINI, *Commento all’art. 19*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1972, pp. 543 ss.

⁸⁷ Corte Cost. 17 marzo 1995, n. 89; Cass. 30 marzo 1998, n. 3341

⁸⁸ Cass. 27 aprile 1992, n. 5017.

⁸⁹ G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova,, 1981

⁹⁰ M. ROCCELLA, *Il salario minimo legale in Pol. Dir.*, 1983, p. 283.

sce il solo criterio maggioritario quale indice di rappresentatività), sembra che l'attuazione dell'art. 39, II parte, pur garantendo nel complesso una maggiore tutela rispetto al mero rinvio legale, comporterebbe uno strappo difficilmente conciliabile con il pilastro della rappresentatività su cui si è sviluppato e poggia l'ordinamento intersindacale. In assenza di un adeguato percorso di preparazione, vi sarebbe il rischio di cogliere impreparate le organizzazioni sindacali, spiazzando il loro lungo percorso di autoriforma, e di vanificare lo stesso buon funzionamento del meccanismo della contrattazione *erga omnes*, dato che questo richiede attori sindacali credibili ed e rappresentativi.

3.3. La via legale: il salario minimo “residuale” e “generalizzato”

L'alternativa al rafforzamento della via negoziale (vuoi con il solo rinvio, vuoi con l'attuazione dell'art. 39, II parte) è rappresentata dall'adozione di un salario minimo orario fissato direttamente dalla legge. Tale meccanismo, pur discostandosi dal tradizionale protagonismo riconosciuto all'autonomia collettiva, è ritenuto unanimemente ammissibile nel nostro ordinamento, giacché si nega dall'art. 39 Cost. discenda una riserva assoluta in favore dell'autonomia collettiva in materia retributiva⁹¹.

Sulla scorta di tali considerazioni, e nel tentativo di rispondere alla questione dei bassi salari che ciclicamente si riproponeva all'attenzione del decisore pubblico, non sono mancati tentativi di introdurre nel nostro Paese una legislazione sul salario minimo legale, che però non hanno mai superato lo stadio della semplice proposta di legge⁹². Una concreta possibilità di giungere all'effettiva adozione si era presentata con l'approvazione della legge n. 183 del 2014, che delegava il Governo ad introdurre una forma di salario minimo legale “residuale”, ossia efficace per i soli lavoratori impiegati in settori non coperti dalla contrattazione collettiva. Benché il termine della delega sia poi spirato infruttuosamente, l'intenzione di introdurre questo meccanismo è stata rinnovata dalle principali forze politiche anche in epoca successiva⁹³. Per tale motivo vale allora la pena svolgere alcune osservazioni sul salario minimo legale sia “residuale” (prediletto dai precedenti disegni di legge), che “generalizzato”, ossia che opera

⁹¹ In tal senso già Corte Cost. 19 dicembre 1962, n. 106; in dottrina T. TREU, *Sub art. 36 Cost.*, cit., p. 95; più di recente M. DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, 2016, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 10 ss.

⁹² Per più ampi riferimenti cfr. V. SPEZIALE, *Il salario minimo legale*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 244/2015.

⁹³ Si vedano i DDL 310 del 3 maggio 2018 e DDL n. 1132 dell'11 marzo 2019 che pure unisce anche l'introduzione del rinvio legale alla contrattazione collettiva.

in via “concorrente” con la contrattazione collettiva (di cui pure si è prospettata l’introduzione)⁹⁴.

Considerando ora il meccanismo salario minimo “residuale”, la prima conseguenza che determinerebbe sarebbe la creazione di un “sistema duale”⁹⁵ per la definizione della retribuzione conforme all’art. 36 Cost.: per i lavoratori coperti da contrattazione collettiva questa continuerebbe ad individuarsi nei valori definiti dai CCNL (e dalla giurisprudenza che lo utilizza come parametro soglia); per i lavoratori non coperti opererebbe la soglia definita *ex lege*. Quest’ultima funzionerebbe, infatti, come “rete di garanzia” rispetto alla mancata determinazione della contrattazione collettiva, risultando, però, incapace di soddisfare il requisito di proporzionalità qualitativa della retribuzione prescritto dall’art. 36 Cost.

Il pregio di questo meccanismo è quantomeno duplice. Da un lato, prevede una garanzia di ultima istanza per i lavoratori marginali, non tutelabili con i meccanismi di rafforzamento della via negoziale (rinvio legale e contrattazione *erga omnes*), sopperendo alla loro condizione spesso di totale disintermediazione⁹⁶, senza incagliarsi nell’annosa questione della loro qualificazione⁹⁷. Dall’altro, andrebbe esente dai rischi che vengono spesso connessi all’introduzione di un salario minimo legale “generalizzato”: la fuga dalla contrattazione e l’appiattimento sul minimo legale. Di contro, però, gli si obietta che rischia di disciplinare i rapporti di una platea assolutamente minoritaria di prestatori: è difficile, infatti, rinvenire l’esistenza di settori in cui non siano presenti contratti collettivi⁹⁸.

Si è detto che il salario minimo può essere anche “generalizzato”, quando opera a beneficio di tutti i prestatori, a prescindere dall’applicazione al rapporto di un CCNL. L’analisi comparata consegna due tipologie di salario minimo

⁹⁴ cfr. DDL n. 658 del 12 luglio 2018.

⁹⁵ V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., p. 7.

⁹⁶ B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 326/2017.

⁹⁷ Sintomatico è il caso dei *riders*, sulla cui qualificazione la giurisprudenza nazionale e straniera ha concluso nei modi più disparati. Quanto all’ordinamento interno si veda Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663 che, parzialmente riformando C. App. Torino 4 febbraio 2019, n. 26, ne conferma la riconducibilità alla fattispecie *ex art. 2 d.lgs. 81/2015*, con integrale applicazione della disciplina sul lavoro subordinato; in ottica comparata, invece, v. M. BIASI, *L’inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2018.

⁹⁸ V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., p. 48: “va anche detto, peraltro, che i 440 contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati più rappresentativi regolano i rapporti di lavoro nella quasi totalità delle attività produttive del nostro paese. Pertanto, sarà difficile identificare i settori non regolati dai contratti collettivi a cui dovrebbe applicarsi il compenso orario legale”.

“generalizzato”: quello intercategoriale (omogeneo per tutti i lavoratori)⁹⁹, e quello settoriale (efficace per tutti e soli i lavoratori impiegati in una specifica categoria). Tenuto conto che il salario minimo settoriale ripropone le medesime questioni sulla definizione della categoria di cui si è già detto per il meccanismo di rinvio legale alla contrattazione, sembra più utile considerare l’ipotesi del salario minimo intercategoriale, che peraltro rappresenta il modello più diffuso tra i Paesi UE¹⁰⁰.

Quest’ultimo presenta senza dubbio una pluralità di vantaggi: non richiede di delimitare i confini delle categorie; evita la comparsa di un “sistema duale” tra lavoratori coperti e non coperti dalla contrattazione; riduce la disparità di trattamento nella definizione del c.d. minimo costituzionale tra lavoratori con mansioni analoghe ma impiegati in categorie differenti.

Accanto ai benefici non mancano le criticità, spesso denunciate anche dalle stesse oo.ss., intimorite di veder scemare il ruolo del CCNL e conseguentemente di veder limitata la propria capacità rivendicativa¹⁰¹. Si paventa, ad esempio, una fuga dei datori dal sistema di contrattazione, con disdetta degli accordi collettivi ed applicazione del solo minimo legale, che – dovendosi adattare a tutti i settori produttivi – viene verosimilmente fissato ad un livello inferiore rispetto al trattamento economico complessivo assicurato dai CCNL.

Alla quantificazione del salario minimo generalizzato si lega, poi, una seconda criticità. Se fissato ad un livello eccessivamente alto, le imprese incapaci di sopportarne il peso sarebbero espulse dal mercato o comunque ridurrebbero la propria capacità competitiva¹⁰², diminuirebbero le assunzioni (penalizzando

⁹⁹ Come accade in Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Spagna, Portogallo, Malta, Slovenia, Croazia, Repubblica Ceca, Slovacchia, Ungheria, Romania, Bulgaria in cui il salario minimo legale inerisce a un livello unico e universale, valido su tutto il territorio nazionale, con la possibilità di alcune variazioni legate, ad esempio, all’età dei lavoratori.

¹⁰⁰ S. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *Lav. Dir.*, 2014, pp. 185 ss.; v. anche M. MAROCCO, *Il salario minimo legale nel prisma europeo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, pp. 337 ss.

¹⁰¹ Come accaduto per l’approvazione della Convenzione ILO n. 26/1928 in materia di meccanismi per la fissazione del salario minimo legale, avversata anche da parte dei delegati operai, v. M. ROCCELLA, *I salari*, cit., p. 42 ss. Più di recente un membro della Segreteria interconfederale di CGIL ha dichiarato che il salario minimo legale è “la tomba della contrattazione”, v. T. NUTARELLI, *Martini (Cgil), il salario minimo legale? È la tomba della contrattazione*, del 12 Luglio 2018, accessibile su www.ildiariodellavoro.it.

¹⁰² In controtendenza rispetto a questa conclusione si richiama un recente studio della Banca Mondiale, A. KUDDO, D. ROBALINO, M. WEBER, *Balancing regulations to promote jobs: From employment contracts to unemployment benefits*, World Bank Group, 2015, accessibile su www.openknowledge.worldbank.org, p. 11, secondo cui: “although the range of estimates from the literature varies considerably, the emerging trend in the literature is that the effects of minimum wages on employment are usually small or insignificant (and in some cases positive)”.

lavoratori poco esperti come i giovani)¹⁰³, o ancora ricorrerebbero al lavoro informale. Di contro, se fissato a livelli eccessivamente bassi, la previsione rischierebbe non solo di essere inutile, ma persino dannosa, obbligando l'autonomia collettiva a dedicare parte delle proprie rivendicazioni a confermare la soglia retributiva minima che in precedenza era riuscita ad ottenere (evitando, quindi, che i datori si attestino sul minimo legale).

Rispetto alla quantificazione la letteratura economica insegna che la regola generale è quella per cui “*there is no fixed formula to set the minimum wage*”¹⁰⁴, dovendosi considerare di volta in volta una pluralità di fattori che variano per ciascuno Stato¹⁰⁵. Prescindendo in questa sede dall'analisi degli specifici indicatori per il caso italiano, ai nostri fini rileva un altro dato, ossia che nell'ambito dei Paesi dell'Unione il salario minimo legale si attesta intorno al 50% dei salari contrattuali medi¹⁰⁶. Occorre allora chiedersi quali effetti potrebbe avere sulla tutela del diritto *ex art. 36 Cost.* una norma che introduca un salario minimo legale intercategoriale fissato ad una simile percentuale. Il problema non è di poco conto, poiché in presenza di una soglia minima fissata *ex lege* ed efficace per tutti i lavoratori, sarebbe quest'ultima ad assumere il ruolo di c.d. minimo costituzionale (pur se nettamente inferiore rispetto a quello attuale che comprende paga base, contingenza, tredicesima).

Il risultato netto sarebbe, allora, quello di un complessivo detrimento della tutela, salvo che – come sostiene qualcuno – debba comunque ritenersi che su tale soglia opererebbe *ad adiuvandum* la contrattazione collettiva (specie per valorizzare i diversi gradi di professionalità in ossequio al principio di proporzionalità qualitativa)¹⁰⁷. Bisogna notare, però, che questa soluzione sembra non tenere sufficientemente conto del fatto che l'attività integrativa della contrattazione collettiva avviene *de facto* e non *de iure*, ed è quindi solo eventuale. Non

¹⁰³ D. NEUMARK, W. WASCHER, *Minimum wages*, Cambridge-London, MIT Press, 2008.

¹⁰⁴ A. KUDDO, D. ROBALINO, M. WEBER, *Balancing regulations to promote jobs: From employment contracts to unemployment benefits*, cit., p. 13.

¹⁰⁵ A. KUDDO, D. ROBALINO, M. WEBER, *Balancing regulations to promote jobs: From employment contracts to unemployment benefits*, cit., p. 14: “An appropriate level of the minimum wage also depends on a host of country-specific factors, such as labor market conditions; other labor market policies; and variations in worker productivity across regions, industries, and occupations”.

¹⁰⁶ ILO, *Global Wage Report 2016/17: Wage inequality in the workplace*, Ginevra, 2016, p. 27: “the estimates show that in the case of Estonia or the Czech Republic someone who earns the minimum wage receives about 37 or 38 per cent of what the median earner receives, while in Hungary, Portugal or France that ratio increases to more than 60 per cent. Most countries have a minimum wage somewhere between 45 and 60 per cent of the median wage. Looking at the ratio of minimum wage to mean wage (which is on average 15 per cent higher than the median wage), the ratio most frequently lies between 40 per cent and 55 per cent. The weighted average for Europe as a whole is of minimum wages set at approximately 50 per cent of median wages”.

¹⁰⁷ E. MENEGATTI, *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, cit., 2017; T. BOERI, C. LUCIFORA, *Salario minimo e legge delega*, 26 settembre 2014, accessibile su www.lavoce.info.

esiste, infatti, nell'ordinamento né un sistema di contrattazione collettiva *erga omnes* capace di coprire tutte le categorie, né tantomeno un obbligo a contrattare del datore, che ben potrebbe optare – forte della sua posizione di primazia negoziale – di operare una regolazione del rapporto interamente sul piano individuale o con proprio sistema di contrattazione collettiva aziendale. Per ovviare a ciò, qualcuno ha sostenuto che sarebbe opportuno coinvolgere le oo.ss. nel procedimento di periodico aggiornamento del salario minimo generalizzato, diminuendo, così, anche il rischio di incostituzionalità della disposizione con riguardo al principio di proporzionalità *ex art. 36 Cost.*¹⁰⁸. Posizione non condivisibile, se si considera sia che il salario minimo generalizzato – per propria natura – non potrà mai essere fissato ad una soglia talmente alta da ritenere comunque soddisfatto il requisito di proporzionalità qualitativa rispetto alle tante e diverse professionalità cui si riferisce, sia che una disposizione normativa o è incostituzionale o non è, senza possibilità che operino mere attenuazioni dei tratti di illegittimità.

Ultimo nodo critico è legato alla questione della derogabilità *in peius* di tale soglia. L'analisi comparata evidenzia che in molti Stati tale facoltà è ammessa e riconosciuta sulla base della particolare area geografica, del settore produttivo, dell'età del prestatore di lavoro, del suo grado di professionalità o istruzione, o ancora della particolare tipologia di mansioni svolte¹⁰⁹. Da ciò, però, è disceso un significativo aumento delle disuguaglianze, incoraggiando anche condotte abusive¹¹⁰. È il caso della deroga *in peius* ammessa per lavoratori giovani, che ha incentivato la sostituzione dei lavoratori più anziani e costosi con quelli giovani, con una conseguente penalizzazione dei primi sul mercato¹¹¹.

4. Osservazioni conclusive

L'analisi fin qui condotta sui diversi meccanismi di tutela del diritto alla giusta retribuzione ha evidenziato i punti di forza e criticità di ciascuno. Sulla scorta di tali osservazioni si tenta ora di prospettare quello che, a parere di chi scrive, sembra essere il meccanismo complessivamente più efficace avendo riguardo al nostro contesto ordinamentale.

¹⁰⁸ M. G. GRECO, *Il salario minimo legale e i rischi di destrutturazione delle relazioni sindacali*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Padova, p. 113 ss.

¹⁰⁹ ILO, *Minimum Wage Systems*, Report of International Labour Conference 103rd session, Geneva, 2014.

¹¹⁰ ILO, *Minimum Wage Systems*, cit.

¹¹¹ Per questo motivo molti Paesi hanno deciso di eliminare tale possibilità di deroga sulla base dell'età: Argentina, Austria, Belgio, Canada, Repubblica Ceca, Ungheria, Spagna, cfr. ILO, *Minimum Wage Systems*, cit., p. 84-85.

Nel fare ciò occorre sin da subito premettere – con una buona dose di realismo – che nessuno di questi strumenti risulta *ex se* idoneo ad assicurare una piena tutela del diritto *ex art. 36 Cost.* Sembra preferibile, piuttosto, optare per una soluzione combinata, in cui la legge e l'autonomia collettiva operano in sinergia. La soluzione che si propone è quella di adottare un salario minimo legale “residuale” (per i lavoratori non coperti da contrattazione) in combinato con l'adozione di una norma di rinvio alle soglie retributive definite dalla contrattazione collettiva “qualificata”.

Questa soluzione composita ha diversi pregi, tra i quali quello di estendere l'applicazione della tutela minima oltre i limiti della contrattazione collettiva (limite che si obiettava al meccanismo di rinvio legale o al contratto *erga omnes*), evitando allo stesso tempo di introdurre un nuovo minimo costituzionale più basso di quello fissato dai CCNL (come farebbe un salario minimo generalizzato). Rimarrebbe aperta la questione della selezione degli agenti negoziali e di definizione della categoria. Sul punto l'alternativa è secca ed ineludibile: approvare una legge che regoli la rappresentanza (dando corso all'apertura manifestata in tal senso dalle oo.ss. maggiori con l'Accordo interconfederale del 9 marzo 2018), oppure continuare ad operare sul piano dell'ordinamento intersindacale, mantenendo l'attuale impianto contrattuale cogente per le sole parti stipulanti, con il giudice (cui si rivolge la norma di rinvio) che continuerà a giocare un ruolo di primario rilievo per indurre l'emulazione tra i datori di lavoro. In tal senso l'intervento che le parti sociali chiedono al CNEL di operare deve senza dubbio salutarci con favore, poiché, pur se non risolutivo, contribuisce a rendere più chiari i criteri di selezione dei contratti-parametro.

La ragione che maggiormente induce a parteggiare per una simile soluzione, però, non è connessa ai singoli pregi o debolezze di tale meccanismo, quanto, piuttosto, alla sua portata e collocazione sistematica. Si tratta, infatti, del meccanismo che maggiormente concilia la necessità di riformare il sistema di tutela della giusta retribuzione con la salvaguardia delle tradizionali prerogative dell'autonomia collettiva in questa materia. La necessità – che qui fermamente si sostiene – di garantirne all'autonomia negoziale il tendenziale primato sulla regolazione del rapporto di lavoro (ivi compresa la determinazione della retribuzione) non trae giustificazioni da considerazioni nostalgiche o preconcepite, quanto, piuttosto, su un'evidenza empirica.

Tra i pilastri fondativi delle moderne collettività organizzate su statuti democratici vi è certamente quello del pluralismo, in Italia sancito dall'art. 2 Cost. Il fondamento di tale principio risiede nella convinzione che dal confronto-scontro tra soggetti e formazioni sociali portatori di interessi confliggenti possa derivare la fissazione del migliore equilibrio possibile degli stessi, ed in ogni caso si possa pervenire a condizioni complessivamente migliori di quanto

potrebbe garantire, operando unilateralmente, una legge generale ed astratta. E ciò, se non altro, per la maggior vicinanza del soggetto regolatore alla questione regolata.

D'altro canto, è proprio in questo senso che depone lo stretto legame tra gli artt. 39 e 36 Cost., da cui discende la volontà del Costituente di riconoscere una funzione di tutela dei lavoratori non solo alla sfera politica ed ai suoi attori (Parlamento ed Esecutivo), ma anche a quella sociale, specialmente per il tramite dell'azione sindacale¹¹².

Coordinato con i principi di cui agli artt. 39 e 36 Cost., il principio di pluralismo comporta che per assicurare la miglior tutela possibile del diritto alla giusta retribuzione la via da seguire sia quella di rendere gli attori sociali quanto più coinvolti e partecipi nel processo di sua determinazione. Si tratta, in altri termini, di promuovere attraverso una legislazione di esclusivo supporto (e non di diretta regolazione) il principio di autotutela collettiva (o di "classe"), quale strumento primario e più effettivo per la garanzia dell'interesse alla retribuzione conforme all'art. 36 Cost. (così come di molte altre posizioni giuridiche connesse e conseguenti al rapporto di lavoro). Beninteso, non si intende ritornare a concezioni d'ispirazione marxista. Ci si limita, però, a riconoscere che nella tutela dell'interesse ad una giusta retribuzione la responsabilizzazione diretta degli attori sociali (e non la loro totale esautorazione ad opera di un intervento legale) rappresenta la migliore e più duttile soluzione per pervenire ad un assetto di interessi frutto di un contemperato delle opposte istanze e più aderente al continuo mutare degli interessi e delle condizioni sociali ed economiche.

¹¹² L. MENGONI, *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, in *Riv. Soc.*, 1971, I, pp. 1 ss.

Il volume intende dare spazio e giusto riconoscimento al lavoro di alcuni giovani studiosi che hanno recentemente conseguito il titolo di Dottore di ricerca presso il Dottorato in diritto internazionale, diritto privato e del lavoro dell'Università di Padova e che hanno inteso aderire all'invito a pubblicare un saggio teso a mettere in luce i punti fondamentali del percorso di ricerca seguito nella redazione della tesi di dottorato. I temi affrontati spaziano dal ruolo dell'autonomia nel diritto successorio (Davide Lapis) e nel diritto dei contratti (Emanuela Morotti), al diritto del commercio e degli investimenti internazionali (Silvia Marchiante), per giungere a questioni centrali nell'ambito del diritto del lavoro, quali sono quelle relative al trattamento dei dati personali del lavoratore (Stefano Iacobucci), al rapporto di lavoro nella pubblica amministrazione (Giovanna Pistore), al contratto collettivo decentrato (Angela Rampazzo) e alla retribuzione "sufficiente" (Davide Tardivo).

ISBN 978-88-6938-200-0



€ 16,00