

Simone Pietro Emiliani

Lavoro subordinato e precedenza nelle assunzioni

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

Collana fondata da Giuseppe Pera
Diretta da Franco Liso, Luca Nogler
e Silvana Sciarra

FRANCOANGELI



Collana fondata da Giuseppe Pera

*Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e
Silvana Sciarra*

Comitato scientifico: Maria Vittoria Ballestrero (Università di Genova) – Luisa Corazza (Università del Molise) – Nicola Countouris (University College London) – Riccardo Del Punta (Università di Firenze) – Bruno De Witte (University of Maastricht) – Maximilian Fuchs (Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt) – Antonio Lo Faro (Università di Catania) – Magdalena Nogueira Guastavino (Universidad Autónoma de Madrid) – Paolo Pascucci (Università di Urbino) – Roberto Pessi (Università Luiss Guido Carli) – Roberto Romei (Università di Roma 3) – Valerio Speciale (Università di Pescara) – Quanxing Wang (Shanghai University of Finance and Economics)

Redazione: Maria Paola Aimo (Università di Torino) – Matteo Borzaga (Università di Trento) – Orsola Razzolini (Università di Genova)

I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blind"

Con l'integrazione innescata dalla globalizzazione dei mercati economici e finanziari, il diritto del lavoro è entrato dovunque in una fase di ripensamento dei propri presupposti sistematici e valoriali. I sistemi nazionali tendono a integrarsi in quelli sovranazionali e si affermano nuove relazioni transnazionali, che richiedono di essere individuate, analizzate e regolamentate con strumenti vincolanti e non.

La prestigiosa Collana di diritto del lavoro, già diretta dall'indimenticato Giuseppe Pera, viene così riattivata in un contesto che presenta forti elementi di novità, sia dal punto di vista dei fenomeni regolati, sia delle risposte regolative, sia della metodologia d'analisi.

La Collana, aperta a contributi relativi a tutti i sistemi giuridici, intende favorire il confronto con le nuove prassi internazionali e con l'analisi economica, nella prospettiva di misurare le conseguenze delle diverse scelte regolative. I direttori auspicano che il confronto tra sistemi nazionali di diritto del lavoro possa essere il frutto di analisi comparate metodologicamente corrette, aperte all'analisi del contesto socio-economico, culturale e antropologico di riferimento.

Nella consapevolezza che il diritto del lavoro oggi non possa prescindere da un dialogo sistematico con le altre discipline giuridiche, né da un confronto con l'evoluzione del pensiero giuridico nel contesto europeo e "mondiale", la Collana intende ospitare contributi di studiosi non solo italiani ed è aperta alla prospettiva di pubblicazioni in lingue diverse. Per raggiungere questi obiettivi, la Collana ospita nel comitato scientifico studiosi di varie nazionalità, in modo che siano rappresentate le culture accademiche delle differenti parti del pianeta.

La Collana vuole, inoltre, contribuire a un'esigenza di rinnovamento che è ormai ampiamente avvertita nell'accademia italiana e dedica la massima attenzione alla verifica della qualità dei prodotti scientifici, utilizzando rigorosi criteri di valutazione.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Simone Pietro Emiliani

Lavoro subordinato e precedenza nelle assunzioni

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSAZIONALI

FRANCOANGELI

Copyright © 2020 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

| | | |
|---|------|-----|
| 1. Prelazione e precedenza nell'assunzione: uno schema molto duttile | pag. | 9 |
| 2. Dinamiche di mercato e assetti artificiali di interessi | » | 23 |
| 3. La precedenza nell'assunzione come composizione del conflitto di interessi nel mercato del lavoro | » | 41 |
| 1. Il conflitto di interessi nel mercato del lavoro | » | 41 |
| 2. La precedenza come strumento di composizione del conflitto di interessi | » | 49 |
| 4. La precedenza nell'assunzione nell'ordinamento corporativo | » | 71 |
| 1. Le origini: le clausole di preferenza | » | 71 |
| 2. I principi della Carta del Lavoro | » | 79 |
| 3. La disciplina del 1928 | » | 87 |
| 4. La riforma del 1938 | » | 119 |
| 5. Il sistema di precedenze dell'ordinamento repubblicano | » | 137 |
| 1. Diritto al lavoro e valori del personalismo | » | 137 |
| 2. La legge 29 aprile 1949, n. 264 | » | 153 |
| 3. La tesi di Luigi Montuschi: costituzione in via amministrativa del diritto di precedenza | » | 176 |
| 4. La tesi di Edoardo Ghera: precedenza come mero limite della attività amministrativa di collocamento | » | 182 |
| 6. Dal sistema di precedenze al rapporto di precedenza | » | 197 |
| 1. Il superamento del monopolio pubblico di collocamento | » | 197 |

| | |
|--|-------|
| 2. La precedenza nella assunzione dei lavoratori licenziati per riduzione di personale | » 201 |
| 3. Il diritto di precedenza dei lavoratori a termine | » 231 |
| 7. L'inadempimento dell'obbligo di precedenza: i rimedi | » 285 |
| Bibliografia | » 299 |

*Non manchi il tuo incremento
alla fatica delle nostre mani
(Sal. 90, 17)*

Ai miei genitori

1. Prelazione e precedenza nell'assunzione: uno schema molto duttile

La precedenza nell'assunzione ha una lunga storia, che affonda le sue radici nel periodo durante il quale, a fronte dell'atteggiamento astensionista dello Stato liberale, le organizzazioni sindacali dei lavoratori avevano fatto della disciplina del mercato del lavoro «un'arma di combattimento»¹ anche attraverso la introduzione nei contratti collettivi di clausole dirette a riconoscere «un diritto di precedenza o preferenza nelle nuove assunzioni»².

Fin dalle sue origini, lo schema che ha caratterizzato la precedenza nell'assunzione ne ha rivelato l'affinità con la struttura del rapporto giuridico di prelazione³.

Ed infatti, tale rapporto si caratterizza per l'imposizione a carico del soggetto passivo dell'obbligo di riconoscere al soggetto attivo la precedenza sui terzi ai fini della stipulazione di un determinato contratto qualora lo stesso onerato, in base alla sua libera determinazione, si risolva a darvi corso⁴.

Le stesse caratteristiche si ritrovano, fin dalle origini, anche nello schema della precedenza nell'assunzione, che impone al datore di lavoro, nella ipotesi in cui decida, liberamente, di procedere ad una nuova assunzione, l'obbligo di preferire un determinato lavoratore rispetto ad ogni altro ai fini della stipulazione del contratto di lavoro.

¹ Cfr. Barassi, 1917, 59 ss.

² Cfr. Montuschi, 1967, 75.

³ Si discute se l'istituto della prelazione trovi la sua origine nelle figure legali (Sacco, 2004, 346) o, invece, nell'autonomia privata (Caprioli, 1988, 637 ss.). Ma anche chi ritiene che l'istituto della prelazione si sviluppi, in epoca moderna, anzitutto come diritto di fonte legale e soltanto in un secondo momento nella sua eventuale forma volontaria di patto di prelazione (o «promessa a preferire»), segnala come i «due rami prelatizi», pur con le loro innegabili peculiarità, siano accomunati «dalla stessa funzione astratta e dal medesimo procedimento attuativo»: cfr. Ghidoni, 2015, 71 ss. Per la possibilità di un'analisi unitaria, a prescindere dal carattere legale o convenzionale della fonte, cfr. anche Gabrielli, 1990, 1 s. Nelle pagine che seguono, in considerazione dell'oggetto della presente trattazione, si darà esclusivo conto dei caratteri della prelazione *ex lege*.

⁴ La struttura del rapporto di prelazione sarà oggetto di più approfondita analisi più avanti, particolarmente al capitolo III, § 2.

L'affinità con la prelazione può, quindi, essere apprezzata anche avendo riguardo alla funzione «antagonista»⁵ che la precedenza nell'assunzione tipicamente svolge rispetto agli assetti di interessi derivanti dalle spontanee dinamiche di mercato.

Ed infatti, la prelazione svolge tale funzione perché, ponendo un limite alla libertà del soggetto passivo di scegliere la controparte contrattuale, altera la posizione di parità fra i diversi aspiranti alla stipulazione di un determinato contratto⁶ e, in tal modo, ostacola il libero dispiegarsi delle dinamiche di mercato⁷.

Pertanto, anche la precedenza nell'assunzione svolge, al pari della prelazione, una tipica funzione «antagonista» rispetto a tali dinamiche, perché alterando la situazione di eguaglianza formale fra i lavoratori sul mercato del lavoro pone un ostacolo giuridico a che la concorrenza fra i diversi possibili aspiranti all'assunzione venga risolta dalla libera scelta compiuta dal datore di lavoro⁸.

Soprattutto, però, l'affinità con la prelazione spiega la ragione della evoluzione che ha caratterizzato la precedenza nell'assunzione nel corso della sua lunga storia.

Ed infatti, la dottrina civilistica ha messo in luce che il pluriscolare sviluppo della prelazione può essere considerato una conseguenza della sua «spiccata duttilità»⁹, ovvero della sua capacità di mantenere invariati gli

⁵ Cfr. Nivarra, 2010, 28 s., 51 ss., che utilizza tale concetto per definire le ipotesi in cui una fonte normativa, in funzione della realizzazione degli «obiettivi volta per volta avuti di mira e imposti dal tipo di disequilibrio bisognoso di correzione», introduce norme di carattere imperativo che valgono a modificare l'assetto di interessi che altrimenti deriverebbe dalle spontanee dinamiche di mercato, sottraendo ai privati «quote più o meno grandi del potere assicuratosi dall'*entitlement* originario».

⁶ Il diritto di prelazione offre, infatti, al suo titolare la possibilità «di *esser preferito ad un competitore*» e, quindi, «implica una determinata relazione soggettiva, per cui di fronte ad un soggetto preferito debbono necessariamente trovarsi dei soggetti postposti»: cfr. D'Orazi, 1950, 118, 136, 142 s., 164; nonché Gabrielli, 1990, 2 («l'esigenza di una comparazione è infatti connaturata al concetto di preferenza, che è tipicamente di relazione»). In tal senso la prelazione è sempre «*rivolta a creare disparità di trattamenti*»: cfr. Sacco, 2004, 351. Tant'è che nella dottrina civilistica non è mancato chi si è interrogato sulla compatibilità delle situazioni di vantaggio derivanti dai diritti di prelazione legale con il principio di eguaglianza dinanzi alla legge di cui all'art. 3 Cost.: cfr. Gallo, 2007, 172, ove riferimenti.

⁷ Sulle ragioni dell'ostacolo alle dinamiche di mercato cfr. anche *infra*, nt. 54.

⁸ Il rapporto fra limiti alla libertà di scelta e dinamiche di mercato sarà oggetto di più approfondita analisi nel prossimo capitolo.

⁹ Cfr. Ghidoni, 2015, 50 ss., secondo il quale la «fortuna millenaria» dello schema del diritto di preferenza sarebbe conseguenza anche della «ricchezza di funzioni, e di interessi, al cui assolvimento la figura si presta». In tal senso già D'Orazi, 1950, XI; Montuschi, 1967, 310, che pure evidenzia la particolare «fungibilità» dello schema; Bonilini, 1984, 9. Va, infatti, ricordato che lo *ius praelationis* trova le sue origini storiche (con la disciplina del re-

elementi essenziali che ne caratterizzano la struttura pur «mettendosi al servizio dei valori ritenuti, a volta a volta, prioritari»¹⁰.

La stessa duttilità ha, quindi, caratterizzato l'evoluzione della precedenza nell'assunzione, come è dimostrato dal fatto che nell'ambito dell'ordinamento dello Stato corporativo tale precedenza era realizzata mediante strumenti giuridici¹¹ per molti tratti analoghi a quelli che hanno poi caratterizzato il sistema di precedenze adottato nell'ordinamento della Repubblica italiana.

Pertanto, tale circostanza dimostra in maniera evidente la duttilità della precedenza nell'assunzione, perché nel passaggio da un ordinamento all'altro gli stessi strumenti giuridici sono stati posti al servizio di valori profondamente diversi, se non in polemica fra loro¹².

Peraltro, la precedenza nell'assunzione ha dato prova della sua duttilità anche in relazione ad un secondo, non meno rilevante, aspetto, che attiene al bilanciamento degli interessi in conflitto.

Ed infatti, la dottrina civilistica ha messo anche in luce che la duttilità dello schema prelatizio, se è all'origine della sua complessità¹³, spiega anche la sua particolare attitudine ad operare «come utile modello di contemperamento di conflitti tra soggetti portatori di interessi socialmente rilevanti»¹⁴. Attitudine che, quindi, dà ragione del frequente ricorso allo schema

tratto successorio, e poi di quello feudale ed enfiteutico) nella esigenza di conservazione della integrità del patrimonio di un gruppo familiare «anche in pregiudizio del principio della libera circolazione della ricchezza»: cfr. Moscarini, 1985, 983 s., 986 s., 1015 s.; Gallo, 2007, 168. Ciò nonostante, lo schema prelatizio ha potuto essere successivamente utilizzato dal legislatore (ad esempio con le ipotesi di prelazione agraria e locatizia) per «perseguire una funzione di tutela non più della proprietà bensì dell'impresa, assunta come valore meritevole appunto di tutela anche a discapito della stessa proprietà»: cfr. ancora Moscarini, 1985, 983 s., 1002, 1008, 1012, 1015 s. La duttilità dello schema prelatizio spiega, quindi, anche la ragione per la quale, pur a fronte di un nucleo comune, le diverse figure di prelazione *ex lege* siano caratterizzate da discipline diversificate.

¹⁰ Cfr. ancora Ghidoni, 2015, 60 s.

¹¹ Le caratteristiche della precedenza nell'assunzione nell'ambito dell'ordinamento corporativo saranno oggetto di più approfondita analisi più avanti, particolarmente al capitolo IV.

¹² Sul significato polemico che la Costituzione della Repubblica italiana assume nei confronti dei valori dello Stato corporativo cfr. *infra*, capitolo V, § 1.

¹³ Che è dunque «una complessità dalle radici profonde»: Ghidoni, 2015, 44, 46, 50.

¹⁴ Così Moscarini, 1985, 1007, 1015 s., secondo il quale tale contemperamento viene realizzato dal legislatore attraverso «un pluriarticolato dosaggio dei vari interessi confliggenti, a volta a volta riconducibili alla proprietà, all'impresa, alla famiglia, al lavoro», in conformità al sistema di economia mista disegnato dalla Costituzione repubblicana. E v. anche Ghidoni, 2015, 60 s., che in tal senso segnala come lo schema prelatizio sia «espressione fattiva dei principi coagulatisi attorno ai canoni del compromesso e del bilanciamento». Pertanto, in una prospettiva assiologica, i diversi assetti di interessi che lo schema prelatizio volta a volta realizza, consentono al legislatore di perseguire i valori, anch'essi diversi, sottesi alle diverse ipotesi di prelazione legale: cfr. *infra*, nt. 55.

della prelazione da parte delle leggi speciali «decodificanti»¹⁵, dirette a dare attuazione nel tessuto privatistico ai principi della Costituzione.

Nel caso della precedenza nell'assunzione, sono almeno due i conflitti di interesse rispetto ai quali il legislatore è chiamato a realizzare un contemperamento al fine di tutelare i valori che tale precedenza è diretta ad attuare.

Ed infatti, l'interesse di alcuni lavoratori ad essere preferiti ad altri nelle nuove assunzioni, che lo schema della precedenza consente di soddisfare, si pone in conflitto sia con l'interesse degli altri diversi aspiranti alle medesime occasioni di lavoro¹⁶ che per effetto della precedenza sono posposti rispetto ai primi¹⁷, sia con l'interesse del datore di lavoro a poter adottare liberamente, anche per quanto attiene alla individuazione dei lavoratori da assumere, le scelte che possano apparire più idonee ad assicurare l'efficienza della sua organizzazione produttiva¹⁸.

Entrambi tali conflitti di interesse sono quindi oggetto di un bilanciamento diverso a seconda dei criteri in base ai quali la precedenza nell'assunzione è destinata ad operare¹⁹.

Pertanto, la precedenza nell'assunzione ha confermato, nel corso della sua lunga storia, la sua duttilità, anche per quanto attiene al bilanciamento degli interessi in conflitto, perché il legislatore, al fine di perseguire la tutela di valori diversi, ha nel tempo adottato criteri di precedenza diversi, con conseguente diversa composizione dei conflitti di interesse.

¹⁵ Cfr. Moscarini, 1988, 725 s. E v. anche Sacco, 2004, 349; Gallo, 2007, 169 s., che segnala come lo schema della prelazione, riconosciuto anche negli ordinamenti di altri Stati membri dell'Unione europea oltre che di *common law*, abbia avuto un particolare sviluppo in Italia, con «un proliferare di nuove forme di prelazione legale» nell'ordinamento repubblicano. Si giustifica, quindi, anche la considerazione che la frequenza delle ipotesi di prelazione legale «potrebbe costituire indice rivelatore della progressiva penetrazione del concetto di utilità sociale nel campo del diritto privato»: cfr. D'Orazi, 1950, 179.

¹⁶ Il conflitto di interessi che tipicamente caratterizza il mercato del lavoro sarà oggetto di più approfondita analisi più avanti, particolarmente al capitolo III, § 1.

¹⁷ Cfr. *supra*, nt. 6. Va, però, segnalato, che se non è in dubbio che lo schema della prelazione definisca una relazione fra «un *interesse prevalente*» (del soggetto attivo) e «un *interesse subordinato*» (del soggetto passivo), la dottrina civilistica si è chiesta «se anche l'interesse dei soggetti posposti debba definirsi *interesse subordinato*» rispetto all'interesse del soggetto attivo: cfr. D'Orazi, 1950, 130 s., secondo il quale tale definizione si giustificerebbe nelle sole ipotesi in cui la prelazione è assistita dal rimedio del reatro, per effetto del quale anche il terzo subisce le conseguenze della violazione della prelazione.

¹⁸ Tale interesse, che nell'ordinamento della Repubblica italiana trova la sua formale garanzia nell'art. 41, c. 1, Cost., assume rilevanza costituzionale anche in vista della produzione delle risorse finanziarie dalle quali la Repubblica non può prescindere al fine di poter attuare i suoi valori sociali.

¹⁹ Cfr. Ciucciovino, 2008, 186 nt. 225, che in tal senso avverte come il bilanciamento sia diverso se ai fini della precedenza si attribuisce maggiore rilevanza al criterio «dell'anzianità o dei carichi di famiglia» o, invece, a quello «del merito e delle capacità professionali».

Ed infatti, mentre in alcuni casi i criteri di precedenza hanno attribuito prevalenza ai requisiti professionali, così da spostare il bilanciamento a favore dell'interesse del datore di lavoro²⁰ e di una maggiore concorrenza sul mercato del lavoro, in altri casi hanno invece attribuito maggiore rilevanza al presuntivo grado di bisogno di lavoro degli aspiranti all'assunzione, con conseguente maggiore sacrificio dell'interesse del datore di lavoro e delle spontanee dinamiche del mercato del lavoro²¹.

Va allora anche evidenziato che la duttilità della precedenza nell'assunzione si è nel tempo manifestata, oltre che in relazione ai valori da tutelare e al bilanciamento degli interessi in conflitto, anche in relazione alla natura delle posizioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli in funzione della realizzazione della precedenza.

Ed infatti, nel lungo tempo durante il quale, prima nello Stato corporativo e poi nell'età repubblicana, la disciplina del mercato del lavoro si è caratterizzata per la presenza di un monopolio pubblico dell'attività di collocamento, l'interesse di alcuni lavoratori ad essere assunti con precedenza rispetto ad altri è stato tutelato sia nella forma di un interesse legittimo all'assegnazione da parte degli uffici di collocamento²², sia nella forma di un diritto di precedenza nell'assunzione che trovava la sua fonte anche in un provvedimento amministrativo, quale quello emesso dall'ufficio di collocamento²³.

Inoltre, la posizione soggettiva dei lavoratori aventi diritto alla precedenza è stata oggetto di ulteriori successive trasformazioni²⁴, subendo una vera e propria metamorfosi a seguito del venir meno del monopolio pubblico di collocamento e della conseguente modificazione delle norme ricavabili dalle disposizioni di legge rimaste in vigore. Metamorfosi che è, quindi, consistita anche nel passaggio da un sistema di precedenze, regolato da

²⁰ Secondo la maggioranza degli interpreti tale forma di bilanciamento caratterizzava il sistema di precedenza nell'assunzione dell'ordinamento corporativo, in funzione della tutela dei valori produttivistici che lo Stato corporativo intendeva in principio perseguire. Va, però, fin d'ora segnalato che l'evoluzione nel tempo di tale sistema ha infine condotto ad una sempre maggiore rilevanza, prima sul piano applicativo e poi anche sul piano normativo, dell'esigenza di assicurare, in virtù della precedenza nell'assunzione, la tutela dei soggetti per i quali poteva presumersi un maggior grado di bisogno di lavoro.

²¹ Tale era il bilanciamento che caratterizzava il sistema di precedenza nell'assunzione introdotto dalla l. 29.4.1949 n. 264, al fine di dare tutela ai valori personalistici connessi con l'attuazione del diritto al lavoro: cfr. capitolo V, § 2.

²² Per l'ordinamento corporativo Gasparri, 1940; per l'età repubblicana Ghera, 1969.

²³ È questa l'originale e suggestiva tesi di Montuschi, 1967.

²⁴ Trasformazioni che, quindi, hanno reso il tema della precedenza nell'assunzione «estremamente ampio e articolato» e meritevole di «uno studio costruttivo e sistematico»: così Dell'Olio, 1988, 359 ss.

norme di diritto pubblico, a singoli rapporti di precedenza, regolati da norme di diritto privato²⁵.

Peraltro, tale metamorfosi ha finito a sua volta per incidere anche sul bilanciamento degli interessi in conflitto, trasformando ipotesi di precedenza nell'assunzione che apparivano dirette ad assicurare tutela anche all'interesse del datore di lavoro²⁶ in diritti di precedenza che, invece, costituiscono per il datore di lavoro soltanto un limite alla sua libertà di scegliere i lavoratori da assumere.

Le considerazioni che precedono consentono, quindi, di affermare che la spiccata duttilità che lo schema della prelazione ha dimostrato nell'ambito del diritto civile, ha trovato piena conferma anche nell'ambito del diritto del lavoro, con le numerose trasformazioni che nel tempo hanno caratterizzato l'evoluzione della precedenza nell'assunzione. Trasformazioni che, infatti, per quanto sopra detto, hanno riguardato i valori perseguiti dal legislatore, il bilanciamento degli interessi in conflitto e la natura della posizione soggettiva riconosciuta ai lavoratori aventi titolo alla precedenza.

La particolare fungibilità della precedenza nell'assunzione pone, quindi, la questione di valutare se la stessa, proprio per tale sua caratteristica, possa ancora costituire uno strumento idoneo ad attuare la garanzia costituzionale del diritto al lavoro nonostante i profondi cambiamenti che, anche per l'influenza dell'ordinamento europeo, hanno caratterizzato le politiche dirette a rendere effettivo tale diritto²⁷.

Va, infatti, ricordato che, da un lato, con l'obiettivo di contrastare in maniera più efficace la disoccupazione, ed anche a seguito della presa di posizione della Corte di giustizia, il nostro ordinamento ha rinunciato al monopolio statale della funzione di collocamento²⁸ e, d'altro lato, la progressiva recezione anche in Italia dei principi europei della *flexicurity*²⁹ ha giustificato una serie di interventi accomunati dalla finalità di accrescere la c.d. flessibilità sia in entrata che in uscita³⁰ del rapporto di lavoro, con con-

²⁵ Tale metamorfosi sarà oggetto di più approfondita analisi più avanti, particolarmente al capitolo VI, §§ 2 e 3.

²⁶ Come si dirà meglio in seguito, tali ipotesi di precedenza garantivano la tutela anche dell'interesse del datore di lavoro all'efficienza dell'organizzazione produttiva perché favorivano l'avviamento al lavoro di prestatori la cui professionalità poteva ritenersi già sperimentata nel corso di un precedente rapporto, anziché di prestatori scelti sulla base del presuntivo grado di bisogno di lavoro.

²⁷ Cfr. Giubboni, 2006, 9 s., 14 ss.; Ponti, 2019, 312, 314, 327 ss.

²⁸ Cfr. Napoli, 2010a, 6, 12; Ichino, Sartori, 2012a, 59 ss., 71 ss.

²⁹ La letteratura sulla *flexicurity* è ormai molto ampia, e non avrebbe senso qui riproporre una versione anche ridotta: ma v. già Sciarra, 2009, 19 ss.; nonché le ampie ricostruzioni in Olivieri, 2017, 50 ss.; Barbera, 2018; Corti, 2018.

³⁰ Fra tali interventi sono, infatti, compresi anche quelli che hanno progressivamente ri-

seguente ulteriore accentuazione del valore della libertà di stipulazione del contratto di lavoro.

Peraltro, in quest'ultima prospettiva, l'accresciuto valore di tale libertà viene giustificato non soltanto con la finalità di contrastare la disoccupazione e, quindi, di attuare il diritto al lavoro garantito dall'art. 4 della Costituzione ma anche, più in generale, con l'idea secondo la quale la possibilità delle imprese di misurarsi con un mercato globalizzato³¹ caratterizzato da un'accresciuta competizione e da imprevedibili fluttuazioni della domanda dipenderebbe, più che dal rigore della pianificazione e programmazione, dalla flessibilità della loro organizzazione produttiva³², dalla capacità, cioè, dell'organizzazione dell'impresa di «modificarsi a ogni increspatura sulla superficie inquieta della domanda»³³ così da assicurare, anche in relazione alla organizzazione di lavoro, il «principio “zero sprechi”» che caratterizza il c.d. «toyotismo»³⁴.

E poiché anche la libertà di stipulare i contratti di lavoro si pone quale condizione di quella flessibilità dell'organizzazione, l'accentuato valore di tale libertà finisce per essere conseguenza anche del suo porsi quale condizione della possibilità del sistema economico di produrre quella ricchezza dalla quale lo Stato sociale non può prescindere³⁵.

A fronte di tali profonde trasformazioni, l'interprete potrebbe essere indotto a descrivere la precedenza nell'assunzione utilizzando le stesse parole che Martin de Riquer ha utilizzato per descrivere la figura di Don Chisciotte che, agli inizi del Seicento, affrontava le sue avventure armato delle armi dei suoi bisavoli vissuti alla fine del Quattrocento: è «un arcaismo vivente»³⁶.

E ciò non soltanto perché la precedenza nell'assunzione potrebbe apparire ancora legata ad una logica proprietaria del posto di lavoro³⁷, ma anche per la

dotto le garanzie di stabilità del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato: cfr. Gaeta, 2014, 153 ss.; Perulli, 2015, 8 s., 23, 38.

³¹ Sulle caratteristiche della «economia capitalistica globale» che, sulla base della «dottrina della *open door*, politica di mercato o liberismo», e soprattutto con la fine delle rigidità della guerra fredda e il venir meno della priorità della sicurezza, dagli ultimi due decenni del secolo scorso ha «integrato il pianeta in un sistema in cui i beni, i servizi, il denaro e le persone potevano muoversi attraverso le frontiere nazionali molto di più e con maggiore intensità rispetto a prima», cfr. Zeiler, 2014, 181 ss., ove ampia bibliografia scelta.

³² Cfr. Alessi, 2012.

³³ Revelli, 1993, XXXV. E v. anche Nivarra, 2010, 88 s.

³⁴ Le citazioni sono tratte da Basso, 2019, 15.

³⁵ Cfr. Emiliani, 2013.

³⁶ de Riquer, 2005.

³⁷ Ovvero ad una logica di «property right in a job», sulla quale cfr. Montuschi, 1967, 131 s. ed ivi anche nt. 186, 283 s.; Dell'Olio, 1988, 363 s.; D'Antona, 2010b, 121. Tale logica proprietaria è del resto connaturata allo schema della prelazione, la quale trova le sue origini nell'ambito della trasmissione del diritto di proprietà: cfr. Bonilini, 1984, 11; Gallo, 2007, 168;

ragione che la funzione “antagonista” che, fin dalle origini, la precedenza nell’assunzione ha tipicamente svolto rispetto alle spontanee dinamiche del mercato del lavoro, sembra porsi in contrasto con le mutate politiche cui il legislatore affida l’attuazione del diritto al lavoro, e che richiedono, per quanto possibile, di favorire e non contrastare quelle dinamiche spontanee.

In tale prospettiva, la limitazione della libertà di stipulazione del contratto di lavoro che tale precedenza comporta, e che attiene alla facoltà di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro, potrebbe quindi apparire come ormai eccessivamente gravosa³⁸ nell’ambito di un sistema che ha sensibilmente accentuato, rispetto al passato, il valore che deve essere attribuito a quella libertà.

Del resto, la giurisprudenza costituzionale che in passato ha escluso il contrasto fra la limitazione della facoltà di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro e la garanzia della iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., aveva come presupposto un sistema nel quale, da un lato, i metodi di produzione basati sulla divisione scientifica del lavoro e la connessa parcellizzazione delle mansioni rendevano le professionalità dei lavoratori in gran parte fungibili³⁹ e, d’altro lato, anche nel presupposto di quella fungibilità⁴⁰, la limitazione della facoltà di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro costituiva la regola, e non l’eccezione, in virtù della disciplina del collocamento ordinario dei lavoratori contenuta nella legge 29 aprile 1949, n. 264, che prevedeva quale regola generale del collocamento quella della richiesta semplicemente numerica dei lavoratori da avviare al lavoro⁴¹.

Tant’è che nel commentare favorevolmente quella giurisprudenza costituzionale la dottrina aveva attribuito rilevanza proprio alla circostanza che la limitazione della facoltà di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro, della quale la Consulta aveva escluso il contrasto con l’art. 41 Cost., operasse «sul piano della fungibilità dei lavoratori, con differenze di

Ghidoni, 2015, 52 ss., 63, 71. Ma per la considerazione che le discipline che operano nella fase di formazione del contratto di lavoro non hanno interrelazioni con la tematica del «posto di lavoro come bene provvisto di autonoma tutela giuridica» cfr. Montuschi, 1967, 283 s.

³⁸ In quanto contraria a quelle «esigenze naturali ed imprescindibili» delle imprese che l’«interesse generale» impone di non contrastare eccessivamente, potendo le stesse considerarsi «di piena corrispondenza all’utilità sociale»: cfr. Pera, 1965, 37 ss., 122 s.

³⁹ Cfr. Maifreda, 2007, 120, secondo il quale quella fungibilità derivava in particolare da ciò che la divisione del lavoro «riduceva significativamente l’insieme delle mansioni soggette all’azione formativa dell’esecutore», con la conseguenza che «la dimensione pratica dell’apprendimento ne risultava in qualche misura esaltata, poiché la semplificazione delle operazioni rendeva l’insegnamento pratico molto più rapido ed efficace di quello teorico».

⁴⁰ Cfr. Rigon, 1998a, 244.

⁴¹ La disciplina del collocamento ordinario dei lavoratori contenuta nella l. 29.4.1949, n. 264 sarà oggetto di più approfondita analisi più avanti, particolarmente al capitolo V.

ordine quantitativo, e non qualitativo, rispetto alla disciplina del collocamento dietro richiesta numerica»⁴².

Pertanto, la limitazione della libertà di scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro che deriva dalla precedenza nell'assunzione potrebbe apparire oggi come eccessivamente gravosa, sia perché la disciplina del collocamento ordinario basato sulla richiesta numerica non è più in vigore, sia perché la modifica dei processi produttivi ha reso le professionalità dei lavoratori meno fungibili rispetto al passato⁴³. Il che induce ad escludere che l'assunzione del lavoratore avente diritto ad essere preferito possa garantire in ogni caso al datore di lavoro la medesima utilità che potrebbe derivargli dalla assunzione di un terzo⁴⁴.

In tal senso la precedenza nell'assunzione è stata accusata di perseguire un «egualitarismo demagogico»⁴⁵.

Ed invece, come si cercherà di dimostrare in seguito, sembra possibile affermare che la precedenza nella assunzione costituisca uno strumento non arcaico, ma moderno⁴⁶, perché pienamente congeniale alla evoluzione «post-occupazionale»⁴⁷ del diritto del lavoro e, quindi, ai mutati valori dell'ordinamento, anche europeo, che da tale evoluzione derivano.

⁴² Così Crisafulli, 1961, 1074.

⁴³ Cfr. Ichino, 2000, 85, che avverte come nell'attuale mercato del lavoro si esprima «una domanda sempre più attenta alle particolari attitudini professionali richieste da ciascun reparto produttivo e addirittura da ciascuno specifico posto di lavoro».

⁴⁴ Va ricordato che secondo la tradizionale opinione della dottrina civilistica, la prelazione può essere considerata idonea a garantire all'onerato «il risultato economico» atteso dal contratto soltanto ove sia assicurata una «parità rigorosa ed assoluta di condizioni» e, quindi, soltanto se la «prestazione corrispettiva» sia una prestazione pienamente fungibile, suscettibile di essere procurata, oltre che dal terzo aspirante alla stipulazione del contratto, «anche dall'avente diritto a prelazione, senza che la sostituzione di un soggetto ad un altro incida, neppure minimamente, sulla sostanza degli interessi» dell'onerato: cfr. Moscarini, 1985, 981, 988, 990. Si ritiene, però, anche che la regola della «perfetta equivalenza di condizioni» non sia elemento necessario dello schema della prelazione: cfr. D'Orazi, 1950, 157 ss., che tuttavia ammette che tale regola, per la sua frequenza, debba valere «in mancanza di esplicita disposizione in contrario»; e v. anche Gabrielli, 1990, 2, secondo il quale elemento essenziale della funzione della prelazione è «l'esigenza di una comparazione» fra il soggetto attivo e i terzi, non anche la parità di condizioni. Sulla prelazione c.d. «impropria» cfr. *infra*, nt. 54.

⁴⁵ Vallebona, 2007, 699, in relazione al diritto di precedenza dei lavoratori a termine.

⁴⁶ In tal senso v. Emiliani, 2008, 124; Cataudella, Ferrari, Fiata, Piccinini, 2010, 314.

⁴⁷ Tale definizione viene utilizzata dalla dottrina per indicare che a seguito della profonda trasformazione che, già dall'ultimo scorcio del ventesimo secolo, ha caratterizzato il diritto del lavoro dei paesi europei, «il baricentro si è spostato, dal rapporto di lavoro nell'istituzione-impresa, al mercato del lavoro», in virtù del fatto «che non è il rapporto di lavoro subordinato in atto, ma la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro, con le sue istituzioni, le sue dinamiche e con le diverse forme contrattuali alle quali le parti possono ricorrere, a stabilire i confini della materia»: cfr. D'Antona, 2010a, 68, 76 s., 80.

Ed infatti, la progressiva recezione dei principi europei della *flexicurity* determina la rilevanza delle forme di tutela c.d. *transizionale*⁴⁸ che attengono al mercato del lavoro perché vengono riconosciute in vista della possibile stipulazione di un contratto di lavoro subordinato.

Sembra, allora, possibile affermare che in due particolari ipotesi la precedenza nell'assunzione costituisca una forma di tutela transizionale, diretta a creare «una corsia preferenziale» che possa agevolare «la ricollocazione lavorativa»⁴⁹.

Un indizio in tal senso sembra potersi ricavare da una disposizione del *Jobs Act*, che stabilisce che gli incentivi all'occupazione non spettano se l'assunzione viola il diritto di precedenza «di un altro lavoratore licenziato da un rapporto a tempo indeterminato o cessato da un rapporto a termine»⁵⁰.

Sembra, infatti, possibile affermare che la *ratio* di tale disposizione debba essere ravvisata non soltanto nell'esigenza di evitare di «premiare comportamenti scorretti»⁵¹, ma anche nella considerazione che quegli incentivi non possono svolgere la loro funzione in contrasto con altre forme di tutela che, per essere dirette a favorire l'occupazione di un altro lavoratore, hanno anch'esse natura transizionale.

In tal senso sembra, infatti, doversi spiegare la scelta del legislatore di collegare la perdita degli incentivi occupazionali soltanto alla violazione di tali due diritti di precedenza e non di altri, rispetto ai quali la funzione transizionale è meno evidente⁵².

Peraltro, come pure si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, il diritto di precedenza nell'assunzione, quando viene riconosciuto in favore

⁴⁸ Per la considerazione che nella prospettiva della *flexicurity* «uno dei principali antidoti alla flessibilità» consiste nel garantire ai lavoratori flessibili «diritti transizionali», e quindi «uno statuto protettivo transizionale», cfr. Perulli, 2015, 31; Olivieri, 2017, 56 s.

⁴⁹ Le citazioni sono tratte da D. Garofalo, 2012, 800 s.

⁵⁰ Cfr. art. 31, c. 1, lett. b), d.lgs. 14.9.2015 n. 150; identica disposizione era contenuta nell'art. 4, c. 12, lett. b), l. 28.6.2012 n. 92.

⁵¹ Così, in relazione all'identica disposizione del 2012, Fili, 2012, 921; nello stesso senso v. già Nicolini, 2013, 671.

⁵² Si fa riferimento ai diritti di precedenza che spettano, rispettivamente, ai lavoratori a tempo parziale in relazione alle assunzioni con contratto a tempo pieno da parte del medesimo datore di lavoro (art. 8, c. 6, d.lgs. 15.6.2015 n. 81; sulla evoluzione della disciplina De Cristofaro, 2001; Altimari, 2013; Id., 2016, 65 ss.), e ai lavoratori che restano alle dipendenze del cedente in caso di trasferimento di azienda, in relazione alle successive assunzioni da parte del cessionario (art. 47, c. 6, l. 29.12.1990 n. 428; una parte della dottrina ne ha, però, ricavato un obbligo legale di assunzione: cfr., anche per i riferimenti alle diverse opinioni, Romei, 1993, 233 ss.; Nappi, 1999, 313; Tartaglione, 2001, 169 ss.). In questi casi la funzione transizionale è meno evidente, perché il diritto di precedenza viene riconosciuto a favore di un lavoratore che non ha perso il posto di lavoro, ma può avere timore di perderlo o avere interesse a migliorare la sua posizione professionale.

dei lavoratori licenziati per ragioni economiche o di quelli già assunti con contratto di lavoro a tempo determinato, sembra essere coerente con i principi europei della *flexicurity* anche perché il vincolo alla libertà contrattuale che ne deriva non è tale da impedire i margini di flessibilità del rapporto di lavoro, sia in entrata che in uscita, che quei principi intendono garantire.

Va, allora, fin d'ora segnalato che l'ulteriore dimostrazione di duttilità che la precedenza nella assunzione sembra riuscire a dare nel porsi quale strumento di realizzazione dei principi della *flexicurity*, non dev'essere considerata casuale.

Ed infatti, a ben vedere, tale ulteriore evoluzione della precedenza nell'assunzione ha a che fare con una particolare caratteristica dello schema della prelazione, che costituisce la ragione fondamentale per la quale l'ordinamento ne ha tradizionalmente dato, con l'eccezione del periodo liberale⁵³, una valutazione di meritevolezza, nonostante la consapevolezza che lo stesso costituisce inevitabilmente un ostacolo rispetto al libero dispiegarsi delle dinamiche di mercato⁵⁴.

Ed infatti, la ragione di quella valutazione di meritevolezza va ravvisata, più che nel bilanciamento con i valori sottesi alle diverse ipotesi di prelazione legale⁵⁵, nella possibilità che lo schema prelatizio offre di perseguire

⁵³ Durante il quale veniva considerato dalla dottrina come «un grave inceppamento alla libertà individuale dei cittadini»: cfr. Moscarini, 1985, 987, 1016, ove riferimenti.

⁵⁴ È condivisa, infatti, la considerazione che lo schema prelatizio, introducendo un vincolo alla facoltà di stipulare un determinato contratto, «viene a falsare il libero gioco del mercato», anche perché questo, dal momento che alcuni soggetti risultano favoriti, non è «più perfettamente concorrenziale»: cfr. Gallo, 2007, 169 ss.; e già D'Orazi, 1950, 95. In particolare, in senso contrario alla tradizionale opinione secondo la quale la parità di condizioni assicurata da tale schema potrebbe essere idonea a garantire all'onerato il risultato economico atteso dal contratto (cfr. *supra*, nt. 44), una parte della dottrina ha messo anche in luce che il gioco della concorrenza viene comunque falsato, impedendo «il raggiungimento dell'ottimo economico» (cfr. Ghidoni, 2015, 85 s.), se uno degli aspiranti alla stipulazione del contratto ha diritto di essere preferito ai concorrenti senza dover offrire condizioni migliori, tenendo anche conto del fatto che questi ultimi potrebbero addirittura essere disincentivati a partecipare alle trattative, sostenendo i relativi costi, sapendo che «l'intero lavoro preparatorio potrà andare a favore del titolare del diritto di prelazione», il quale «potrà limitarsi ad aderire ad uno schema contrattuale già bell'e pronto, risparmiando per ciò stesso a tutto detrimento del terzo l'intero costo delle trattative»: cfr. Gallo, 2007, 170, 172; Id., 2010, 390; e già Sacco, 2004, 350 s. Peraltro, nelle ipotesi di prelazione c.d. «impropria» la stipulazione del contratto con il preferito può rivelarsi per l'onerato non «economicamente neutra» e, quindi, tale da incidere in modo rilevante sui suoi interessi economici: cfr. Moscarini, 1988, 702 s., 706 s.; e già Id., 1985, 982, 984, 995 s., 1016; nonché D'Orazi, 1950, 336. Sul rapporto fra schema prelatizio e limiti alla concorrenza cfr. anche Barassi, 1948, 136 s.

⁵⁵ Pur nella frammentarietà della loro disciplina, le diverse ipotesi di prelazione legale appaiono, infatti, accomunate dal fine di «porre in condizione di vantaggio il soggetto portatore – o i soggetti portatori – di un interesse qualificato, ritenuto, dall'ordinamento giuridico, particolarmente rilevante e meritevole», e la cui realizzazione effettiva il legislatore intende