ISSN 1825-9871

Università degli Studi di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza

INNOVAZIONE E DIRITTO

Strumenti contrattuali e profili fiscali. Donazione di partecipazioni societarie e rimedi alternativi a confronto.

di Loredana Strianese

ABSTRACT

There are several aspects of a fiscal nature that characterize the issue relating to the contract of donation of shareholdings, but it requires the prior need to retrace the civil law. This need not be avoided if you intend to carry out an investigation on two floors (the statutory and tax). Very important are the ways in which such a donation can be made. Despite differences over the nature of the present case, what is important to remember is that the object of the donation is social participation, and not a portion of the assets of the company. Once framed the operation under civil law, it is necessary to proceed to a more careful examination of the taxation of the donation of shares, both in terms of direct and indirect in that.

SOMMARIO 1. Profili civilistici del contratto di donazione di partecipazioni societarie. 2. L'ambito di applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni con specifico riguardo alla donazione di partecipazioni societarie. 3. La tassazione della donazione di partecipazioni societarie 3.1 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte indirette 3.2 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte sui redditi 4. La strada alternativa del conferimento d'azienda. Il passaggio generazionale dell'impresa realizzato per il tramite di un soggetto societario. 4.1. Soluzioni a confronto: il conferimento dell'azienda in società (prima della donazione delle partecipazioni) e la donazione dell'azienda ai familiari (con conferimento successivo in società). 4.2. Il conferimento di azienda quale strumento di pianificazione del passaggio generazionale. Profili conclusivi in tema di imposizione.

1. Profili civilistici del contratto di donazione di partecipazioni societarie.

Al fine di agevolare il cd. il passaggio generazionale delle aziende di famiglia1, il legislatore nazionale ha previsto (all'articolo 3, comma 4 *ter,* del D. Lgs. n. 346/1990 e successive modificazioni) l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, purché attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione, nonché mediante i patti di famiglia2, di cui agli artt. 768 *bis* e seguenti del codice civile.

Nell'intento di tratteggiare gli aspetti che contrassegnano la tematica in esame, ponendone in risalto i profili di criticità rilevanti sul piano fiscale, si impone la preliminare necessità di ripercorrerne la disciplina civilistica. Tale esigenza risulta, di per sé, imprescindibile ove ci si accinga a preordinare un'indagine su due piani (quello civilistico e quello fiscale) contaminati tra loro che attengono alla donazione avente ad oggetto le partecipazioni sociali3. Particolarmente rilevanti appaiono al riguardo le modalità4 con le quali tale donazione può essere attuata.

Al fine di inquadrare la fattispecie in discorso è necessario dar conto del dibattito concernente la sua natura giuridica. Volendo riferire soltanto delle posizioni principali, parte della dottrina configura la partecipazione sociale come posizione contrattuale, comprendente quel complesso di diritti, poteri ed obblighi che fanno capo al socio5. La tesi è particolarmente caldeggiata in riferimento alle società di persone, dove evidente è

---

[1] GENOVESE, Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione di azienda e di partecipazioni sociali, in Riv. Dir. Comm., 2002, 705. Utilissima la sintesi realizzata da TASSANI, *Profili fiscali del passaggio generazionale d'impresa*, studio 36-2011/T, approvato dalla Commissione Civilistica del CNN il 15 luglio 2011.

[2] Fra i molti, per approfondire la conoscenza del patto di famiglia si può leggere ATTANZIO, *L'impresa di generazione in generazione*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, *Patti di Famiglia per l'impresa*, Milano 2006, 16; PALERMO (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, 2009; CASU, *Il patto di famiglia: rassegna ordinata di dottrina nella sue prime interpretazioni*, in Studi e materiali del CNN, 2006, n. 2; VOLPE, *Il patto di famiglia*, Napoli, 2011.VOLPE, *Il patto di famiglia*, *Artt. 768 bis-768 octies*, in *Il codice civile. Commentario* (a cura di Busnelli), Milano, 2012.

[3] FERRI*, Le società*, in Tratt. Dir. Civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino 1987, II ed. Si veda anche GENOVESE, *Il passaggio generazionale dell'impresa: la donazione d'azienda e di partecipazione sociale*, op. cit., p. 744, ove si afferma che la disciplina della donazione di partecipazione sociale si determina in base al "raccordo fra la disciplina delle donazioni" e la rilevanza della partecipazione sociale "come cespite patrimoniale". Precisiamo, peraltro, che nel corso del presente lavoro si procederà ad una trattazione unitaria della partecipazione sociale relativa a tutti i tipi sociali, di persone e di capitali, evidenziandone talora le peculiarità.

[4] Ad esempio, in giurisprudenza si discute se la donazione di quote debba essere assistita dalla garanzia per evizione. Cass. 1 aprile 1996, n. 3001, in Corr. Giur. 1997, p. 81, che ritiene che il donante debba prestare la garanzia nei limiti dell'art. 797 c.c.

[5] FERRI, Le società, op. cit., pp. 497 ss.

l'assunzione delle obbligazioni sociali da parte dei soci, ma è validamente sostenuta anche con riferimento alle s.r.l.6

Altra parte della dottrina7, unitamente alla giurisprudenza dominante8, rileva il carattere non immobiliare della partecipazione, ed anzi osserva che l'art. 812 c.c. ne impone la qualifica quale bene mobile immateriale9.

Nonostante tali divergenze, sia pure interessanti sotto il profilo teorico, va rimarcato che la qualificazione comporta ben poche conseguenza dal punto di vista pratico, ovvero in termini di disciplina applicabile, salvo il riferimento alla natura (se sia o meno costitutiva) del consenso dei soci, qualora sia necessario al perfezionamento della fattispecie traslativa. Ad ogni modo, la giurisprudenza sembra propendere per la tesi che ritiene la partecipazione quale bene immateriale10. Tanto basta, per considerare che – a prescindere dalla natura che si intende attribuirle – l'oggetto della donazione è la partecipazione sociale, e non una quota del patrimonio della società: alla *pars patrimonii*, infatti, si può fare riferimento solo per dare alla partecipazione "concretezza materiale", nel dato momento storico11. Il socio non è, di per sé, titolare di alcun bene sociale, ma di una partecipazione, che appunto indica la misura della sua "partecipazione" alla società e che costituisce un'autonoma entità12.

La conseguenza pratica che desta particolare interesse attiene alla forma della donazione. Ebbene, per quanto riguarda la compravendita di partecipazioni societarie comprendenti beni immobili, la necessità della forma scritta è stata negata dalla giurisprudenza, "*proprio perché il negozio di cessione determina dei diritti e degli obblighi inerenti alla qualità di socio, ma non già il*

---

6 SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, in Comm. Cod. Civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1992, p. 111.

7 BIONDI, *Le donazioni, Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, 339.

8 Cass. 23 gennaio 1997 n. 697 in Giur. It., 1997, I, 2 , p. 1044. Trib. Milano, 28 marzo 2000, in Vita Not., 2000, p. 1507.

9 L'assunto per le s.r.l. troverebbe conferma nella disciplina introdotta con il d.lgs. n. 88 del 1993, che prevede, infatti, la possibilità di costituire la società con atto unilaterale. In tale caso, infatti, il riferimento alla cessione di contratto appare difficilmente immaginabile, essendo forzata la finzione di considerare i soci come "contraenti ceduti".

10 Cass. 26 gennaio 2000, n. 6957, in *Società*, 2000, p. 1331, con nota di COLLIA.

11 BIONDI, *Forma ed effetti della donazione di quote sociali*, in Foro il., 1960, V I, pp. 161-164.

12 La tesi, da sempre più consolidata relativamente alle società di capitali (indubbiamente dotate di personalità giuridica), è stata invece oggetto di maggiori discussioni per quanto concerne le società di persone, secondo alcuni non dotate di soggettività giuridica (GALGANO, *Società in genere, Società di persone* … pp. 85 ss. e 294 ss.), per cui i beni sociali sarebbero in "comproprietà" tra i soci. Nonostante la mancanza di riconosciuta personalità e l'autonomia patrimoniale imperfetta, resta preferibile la tesi (ormai prevalente) che riconosce la soggettività giuridica anche alle società di persone.

trasferimento del patrimonio sociale"13, poiché il patrimonio stesso resta di titolarità della società14.

Quando nel patrimonio della società siano presenti beni mobili, oltre all'atto pubblico è necessario uno specifico elenco, con indicazione del relativo valore (art. 782 c.c., comma primo)15.

1. L'ambito di applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni con specifico riguardo alla donazione di partecipazioni societarie.

Il D. Lgs. n. 346/1990 e successive modificazioni, innanzi menzionato, disciplina l'imposta sulle successioni e donazioni, secondo le indicazioni che, sinteticamente, qui di seguito si riportano, al fine di tracciare la relativa disciplina prima di evidenziarne le criticità.

Quanto all'imposta di successione a favore del coniuge e di altri parenti in linea retta, si applica l'aliquota del 4% ma solo sull'importo eccedente la franchigia di € 1.000.000 applicabile per ciascun beneficiario16; a favore dei parenti fino al 4° grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al 3° grado, si applica invece l'aliquota del 6% sull'importo eccedente la franchigia di € 100.000; infine, a favore di tutti gli altri soggetti, si applica, senza franchigia, l'aliquota dell'8% sull'intero importo netto dell'asse ereditario. Venendo all'imposta di donazione sui trasferimenti *inter vivos,*

- a favore del coniuge e di altri parenti in linea retta: si applica l'aliquota del 4% sull'importo eccedente la franchigia di € 1.000.000 per ciascun beneficiario;
- a favore dei parenti fino al 4° grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al 3° grado: si applica l'aliquota del 6% sull'intero importo;

---

13 Cass. 28 febbraio 1998, n. 2252, in *Società*, 1998, p. 1163 ss., con nota di PONTI, *Forma del negozio di cessione delle quote di s.n.c. con patrimonio immobiliare*, p. 1165.

14 Tutta la problematica è trattata in BONILINI, *Trattato di Diritto delle successioni e donazioni*, Vol. VI – *Le donazioni*, Milano 2009, pp. 568 ss.

15 A differenza di quanto accade nel caso di donazione d'azienda, ove non è richiesto detto elenco, essendo l'azienda prevalentemente intesa come *"universitas", iuris o facti* a seconda della tesi che maggiormente si prediliga. Per la tesi, da noi preferita, dell'*universitas iuris*, si guardi a GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 205 ss; già MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte Speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, e continuato da MENGONI, vol. XLIII – 2, Milano, 2000. Per l'altra, CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2010, p. 671.

16 Lett. a), comma 48, art. 2, legge 286 del 24 novembre 2006. La franchigia legittimamente applicabile a ciascuna successione ammonta a tante volte quanti sono i beneficiari. Si veda Angelo BUSANI, *Portata ridotta per la franchigia degli eredi*, Il Sole 24 Ore del 28 ottobre 2006.

- a favore di tutti gli altri soggetti: si applica l'aliquota dell'8% sull'intero importo.

Per espressa previsione normativa (lett. a, commi 48 e 49, art. 2, legge 286/2006) in entrambe le ipotesi di trasferimento la franchigia si applica per ciascun beneficiario, erede o donatario17.

L'art. 3 comma 4 *ter* della normativa in commento stabilisce, come riferito innanzi, l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione e, infine, mediante i patti di famiglia. La stessa norma precisa tuttavia che, qualora il trasferimento abbia ad oggetto azioni o quote di partecipazione in società di capitali, la detta esenzione trova applicazione solo a condizione che il pacchetto azionario trasferito consenta al beneficiario di acquisire ovvero integrare il controllo diretto di cui al n. 1, primo comma, dell'articolo 2359 cod. civ.18

Da qui l'ulteriore conseguenza che l'imposta sulle successioni e donazioni non si applica ogniqualvolta il trasferimento riguardi partecipazioni in società di persone, purché, ovviamente, ricorrano gli ulteriori requisiti indicati dall'art. 3, comma 4 *ter*, del T.U.S. In particolare, stando al dato letterale della norma, il beneficiario del trasferimento di azienda o di rami di esse, di quote sociali e di azioni non è tenuto a corrispondere l'imposta sulle successioni e donazioni a condizione che, per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, egli prosegua l'attività d'impresa e detenga, inoltre, il controllo societario**19**. In ogni caso, per fruire dell'agevolazione è necessario che gli aventi causa rendano apposita dichiarazione nell'atto di donazione o nella dichiarazione di successione circa la loro volontà di proseguire l'attività di impresa ovvero di mantenere il controllo societario. Il mancato rispetto di una delle predette condizioni comporta la decadenza dall'agevolazione fruita e, quindi, il pagamento dell'imposta ella misura ordinaria, della

[17] Qualora il trasferimento, *inter vivos* o *mortis causa*, riguardi beni immobili, occorre anche tener conto delle imposte ipotecarie e catastali di cui al d.lgs. 31 ottobre 2006, n. 347, nel testo vigente prima del 3 ottobre 2006. Le aliquote applicabili variano secondo la tipologia del bene caduto in successione, od oggetto della liberalità, tenendo conto della presenza o meno del requisito prima casa in capo al beneficiario

[18]Maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria. Ancora, sulla protezione dei patrimoni familiari e/o societari, si guardi MONTEFAMEGLIO, *La protezione dei patrimoni. Dagli strumenti tradizionali ai nuovi modelli di segregazione patrimoniale*, Rimini 2010, 317, che si sofferma anche sui passaggi di beni attuati per il tramite dei patti di famiglia.

[19] Detta condizione, evidentemente, si applica nell'ipotesi in cui il trasferimento abbia ad oggetto quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), del T.U.I.R (in pratica, s.p.a., s.a.p.a., s.r.l., società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato).

sanzione amministrativa (art. 13 del D.Lgs. 18 dicembre 1997 n. 471) e degli interessi di mora, decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata 20.

Con riguardo alla specifica ipotesi di scambi di partecipazione mediante conferimento, l'Agenzia delle Entrate21 conferma infine l'applicabilità dell'articolo 177 Tuir, e segnatamente del comma 2, proseguendo nel solco già tracciato dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria22. E' doverosa, tuttavia, una precisazione: il regime del c.d. "realizzo controllato" - di cui all'articolo 177, comma 2, del TUIR - non e' applicabile in talune ipotesi, segnatamente qualora l'operazione non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all'operazione23.

Ciò comporta che, in assenza di un obiettivo fondamento economico (si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui lo scambio di partecipazioni sia il mezzo per passare in neutralità fiscale dal regime di tassazione IRPEF riservato alle persone fisiche non imprenditori, a quello più favorevole dell'IRES) torna applicabile il criterio generale del valore normale previsto dall' articolo 9 Tuir24.

Rese tali premesse, sembra opportuno quindi verificare se, ed in quale misura, la donazione di partecipazioni societarie sia strumento idoneo a garantire la prosecuzione della vita dell'impresa, senza con ciò procurare all'imprenditore un eccessivo carico impositivo, e quali siano, o potrebbero essere, i rimedi concorrenti o alternativi. Si ribadisce, infatti, l'idea secondo la quale la variabile fiscale, unitamente al rischio di impresa, deve essere considerata una delle ragioni peculiari in sede di valutazione della precisa scelta negoziale da assumere25.

3. La tassazione della donazione di partecipazioni societarie

---

[20] Per ulteriori approfondimenti, Circolare Ag. Entrate 22 gennaio 2008, n. 3/E.
[21] Circolare Ag. Entrate 22 gennaio 2008, n. 3/E.
[22] Corte di Giustizia, Sentenza C-28/95, Leur - Bloem, del 17 luglio 1997.
[23] Sentenza C-28/95, Leur- Bloem, del 17 luglio 1997.
[24] In base alla tesi avallata dalla Cassazione (sent. n. 10802/2002), un costo è deducibile quando è inevitabile, e non quando si sceglie di sostenerlo, ed in caso di costi superiori al valore normale, è legittimo il ricorso all'accertamento induttivo, qualora il contribuente non riesca a darne una spiegazione logica. Oggetto della contestazione erano i costi di noleggio (di importo molto elevato, quasi pari al prezzo di vendita dei beni) di imbarcazioni ed automezzi noleggiati alla società contribuente da una società sua controllante, che li aveva in precedenza da lei acquistati.
[25]Sul punto, sia consentito rinviare a STRIANESE, *Donazione d'azienda: scelte imprenditoriali alla luce delle motivazioni fiscali*, in *Innov. e Dir.* 2012/3, 37 ss.

Attraverso la circolazione delle partecipazioni societarie è possibile, come detto, attuare il passaggio generazionale dell'impresa gestita indirettamente tramite la partecipazione in una compagine societaria.

La donazione di una partecipazione non comporta, di per se stessa, il realizzo di plusvalenze in capo al donante: l'imponibilità della relativa plusvalenza, ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettere c) e c-bis) del TUIR, e' infatti prevista in caso di cessione a titolo oneroso di partecipazioni qualificate e non.

Ciò premesso, se il beneficiario della donazione cede la partecipazione nei cinque anni successivi all'atto di liberalità, deve corrispondere l'imposta sostitutiva di cui al D. lgs. n. 461 del 1997 come se il dante causa dell'atto di liberalità avesse compiuto direttamente la cessione a titolo oneroso26.

A questo punto, appare necessario procedere ad una più attenta disamina della tassazione della donazione di partecipazioni societarie, sia sotto il profilo diretto sia sotto quello indiretto.

3.1 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte indirette

Al pari della cessione gratuita di azienda, la cessione gratuita di partecipazioni societarie gode anch'essa di un regime di favore nell'imposta sulle successioni e donazioni. L'operazione in commento è esclusa dal campo di applicazione dell'Iva, per mancanza del presupposto oggettivo; è soggetta all'imposta sulle donazioni, di cui al D.Lgs. n. 346/1990 e successive modificazioni, imposta dovuta "*sul valore globale dei beni e dei diritti al netto degli oneri da cui è gravato il beneficiario*"). La donazione d'azienda, inoltre, è chiaramente soggetta ad

[26] Circolari 4 agosto 2004, n. 35/E, 10 dicembre 2004, n. 52/E e n. 165/E del 24 giugno 1998. Quanto alla cessione d'azienda a titolo oneroso, per quanto possa occorrere, si vuole qui riassumerne il regime impositivo. Ebbene, nell'ambito delle imposte dirette, la cessione d'azienda è trattata come una qualunque altra cessione, con la conseguente applicabilità dell'art. 58 co. 1 Tuir, finora più volte menzionato, salva la possibilità di tassazione separata offerta agli imprenditori individuali (per le aziende possedute da più di cinque anni). Quanto alla cessione di azienda tra familiari, il punto resta ancora dibattuto: secondo Cass. 1° giugno 2007, n. 12899, la mera parentela non dimostra la gratuità dell'operazione.
Dal punto di vista delle imposte indirette, la cessione di azienda a titolo oneroso è esclusa dal campo di applicazione dell'IVA (art. 2 co. 3 lett. B) del DPR 633/1972, ed è invece soggetta ad imposta di registro, ai sensi del DPR 131/1986, artt. 2 e 3 co. 1 lett. B), con le aliquote proporzionali abbicabili in ragione degli elementi patrimoniali che compongono il complesso aziendale.La base imponibile è qui costituita dal valore del bene, ovvero quello dichiarato dalle parti in atto. Infine, l'operazione è soggetta ad imposta ipotecaria e catastale (d.lgs. 347/1990, nella misura del 2% e dell'1%, se nel complesso sono finanche compresi beni o diritti reali immobiliari (applicabili al lordo). REBECCA – ALBE', *Donazione, successione e cessione di azienda e di partecipazioni in ambito familiare*, in *Il fisco*, 41/2012, pg. 6598 ss.

imposta ipotecaria e catastale, ai sensi del D.lgs. 347/1990, qualora nel complesso aziendale oggetto di donazione siano compresi beni o diritti reali immobiliari. Infine, l'operazione in parola è soggetta ad imposta di registro in misura fissa, quando la donazione è effettuata a favore dei familiari e sussistano le condizioni per l'esenzione dall'imposta sulle donazioni.

Ai sensi del già citato art. 3, comma 4-*ter,* D.lgs. n. 346/1990, l'esenzione da detta imposta è applicabile, in estrema sintesi, se vi è un rapporto di coniugio o di discendenza, ma occorre distinguere, per una più dettagliata analisi delle fattispecie, tra partecipazioni in società di capitali (soggetti Ires, art. 73, c. 1, lett. a, Tuir) e partecipazioni in società di persone.

Per quanto riguarda la cessione di partecipazioni in soggetti Ires, infatti, l'esenzione spetta solo se si tratta del trasferimento di partecipazioni "... *mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile".* Non si deve necessariamente trattare del trasferimento di un pacchetto di per sé di controllo, essendo sufficiente che il trasferimento consenta di realizzare o anche solo di integrare il controllo in capo al beneficiario27.

Per quanto attiene alle partecipazioni in società persone, invece, l'imposta non si applica in alcun caso, indipendentemente dalla entità della partecipazione trasferita.28

La disposizione, inoltre, prevede per gli aventi causa un periodo di possesso minimo di cinque anni (dalla data del trasferimento) di detenzione del controllo ed occorre rendere un'apposita dichiarazione contestualmente all'atto di donazione29.

In caso di mancato rispetto del periodo di detenzione si applicherà l'imposta in misura ordinaria, oltre alla sanzione amministrativa ed agli interessi di mora.

Qualora, invece, la donazione delle partecipazioni non integri, fin dall'inizio, i requisiti agevolativi, l'imposizione ordinaria dovrà tenere conto dell'art. 2, comma 49, per la individuazione delle aliquote e dell'art. 16 (applicabile anche ai fini dell'imposta sulle

---

[27] Sul tema, si vedano la Circ. Ag. Entrate, n. 3/E/2008 e la Ris. Ag. Entrate n. 446/E del 18/11/2008. Come inoltre è stato chiarito dalla Ris. Ag. Entrate, n. 75/E del 27/7/2010, se la partecipazione è frazionata tra più discendenti, l'agevolazione spetta esclusivamente per l'attribuzione che consenta l'acquisizione o l'integrazione del controllo da parte del discendente; se il trasferimento della partecipazione di controllo avviene a favore di più discendenti in comproprietà, il beneficio di cui trattasi è sempre riconosciuto ove l'attribuzione consenta ai discendenti in comproprietà di acquisire o detenere il controllo societario.

[28] E' però da sottolineare che l'Agenzia delle Entrate (Ris. n. 446/E/2008), afferma la necessità della sussistenza delle "ulteriori condizioni" per applicare la esenzione con riferimento al trasferimento di partecipazioni in società di persone. In particolare, si afferma la necessità della manifestazione di volontà del beneficiario rispetto alla prosecuzione per almeno 5 anni della attività e quindi, è da ritenere, della detenzione della partecipazione. In senso contrario depone tuttavia la lettera dell'art. 3, comma 4-ter, d.lgs. n. 346/90, che riferisce la detenzione quinquennale al solo "controllo" che è da ritenere rilevante, per quanto la stessa disposizione afferma, per le sole società di persone. Sul punto anche RAPONI-TASSANI, *Soluzioni fiscali per la circolazione gratuita dell'azienda*, in AA.VV., *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimenti di azienda, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2010, 80, nt. 30.

donazioni, in virtù del richiamo contenuto all'art. 56, comma 4) per la determinazione della base imponibile.

3.2 La donazione di partecipazioni societarie nelle imposte sui redditi

Se poche battute, o quasi, sono sufficienti a delineare il sistema dell'imposizione indiretta nell'ambito della materia indagata, la trattazione del sistema dell'imposizione sul reddito si presta invece a maggiori criticità, e richiede la risoluzione di talune questioni di carattere preliminare.

In *primis*, sarà necessario determinare la qualifica soggettiva di colui che effettua la donazione30: è questo il primo passo da compiere, al fine di valutare gli effetti fiscali della donazione di partecipazioni societarie nel sistema delle imposte sui redditi.

Se il donatario è un soggetto imprenditore, e le partecipazioni societarie sono detenute nell'esercizio della impresa, allora la donazione delle stesse è in grado di integrare una fattispecie realizzativa ai sensi degli artt. 85 e 86 Tuir. La "*destinazione a finalità estranee*" di un bene d'impresa, alla luce delle norme appena menzionate, risulta dunque un'ipotesi reddituale, che può cioè comportare l'emersione di componenti tassabili.

Secondo l'interpretazione tradizionale, tale fattispecie comprenderebbe ogni ipotesi di oggettiva fuoriuscita del bene dal circuito fiscale d'impresa, tra cui anche la donazione o, in genere, la cessione gratuita dei beni31.

Sembra tuttavia necessaria un'analisi ulteriore, concernente questa volta il profilo oggettivo: bisognerà cioè valutare se la partecipazione donata era stata iscritta, nel bilancio dell'imprenditore, quale immobilizzazione finanziaria. In tal caso, infatti, la cessione gratuita potrà comportare l'emersione di plusvalenze o di minusvalenze (determinate in base alla differenza tra valore di mercato della partecipazione e costo fiscalmente riconosciuto). Qualora, al contrario, la partecipazione sia stata iscritta nell'attivo circolante, la cessione gratuita determinerà l'emersione di un ricavo pari al valore di mercato della partecipazione medesima. La differenza tra la prima e la seconda delle ipotesi prospettate sta nel fatto che, nel secondo caso, il bene assume invero valore di "bene merce", mentre nel primo caso trattasi di un bene "strumentale".

Ne consegue che, mentre il passaggio generazionale attuato attraverso la donazione dell'azienda, trova un regime sicuramente favorevole, quale quello di neutralità di cui all'art.

---

[30] REBECCA – ALBE', *Donazione, successione e cessione di azienda e di partecipazioni in ambito familiare*, in *Il fisco*, cit., pp. 6591 ss.

[31] Sul tema, per tutti MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, 185 ss

58 Tuir, lo stesso non accade se tale passaggio generazionale avviene attraverso la cessione gratuita di un pacchetto azionario, detenuto da un imprenditore32. In altre parole, ove la donazione abbia ad oggetto partecipazioni iscritte quali immobilizzazioni finanziarie, potrà conseguirsi una minore imposizione, astrattamente in grado di produrre plusvalenze, qualora in capo al donante imprenditore si realizzeranno le condizioni di cui all'art. 87 Tuir per l'applicazione del regime di parziale esenzione (c.d. *participation exemption33*).

La donazione di partecipazioni effettuata da una persona fisica non imprenditore non comporta invece alcun onere fiscale, ai fini delle imposte dirette. Ciò non per una scelta agevolativa del legislatore, ma per una conseguenza di tipo sistematico.

Ai sensi dell'art. 67, Tuir, infatti, i redditi diversi conseguibili da persone fisiche non nell'esercizio di impresa e per effetto di cessioni di partecipazioni, sono tassabili solo quando la cessione sia a titolo oneroso e non, invece, quando avvenga a titolo gratuito34.

4. La strada alternativa del conferimento d'azienda. Il passaggio generazionale dell'impresa realizzato per il tramite di un soggetto societario.

---

[32] A meno che il trasferimento delle partecipazioni non avvenga nell'ambito della donazione dell'azienda di cui le partecipazioni facevano parte. Sui profili fiscali della donazione d'azienda, sia consentito rinviare a STRIANESE, *Donazione d'azienda: scelte imprenditoriali alla luce delle motivazioni* fiscali, in *Innov. e Dir.*, cit., 37 ss. , dove si sottolinea che per la donazione di azienda, nell'ambito delle imposte sui redditi, il legislatore ha previsto un regime di neutralità, poiché "*il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa*" (art. 58, 1 c., Tuir). Valutando tale previsione con riferimento alla donazione di azienda, si scopre, tuttavia, che essa non si risolve in una esenzione da imposta, ma solo in un rinvio di imposizione.

[33] La "participation exemption" (abbreviata in *Pex*) è il criterio utilizzato nel nostro ordinamento, come in molti altri sistemi fiscali europei, per coordinare la tassazione delle società con quella dei soci, nell'intento di evitare una doppia tassazione della medesima capacità economica. La necessità di coordinamento non riguarda solo i redditi di periodo, cioè utili per la società e successivamente dividendi per i soci, ma anche plusvalenze e minusvalenze su partecipazioni societarie. I dividendi vengono, quindi, parzialmente esclusi dal reddito del percettore, poiché contestualmente si tiene dell'imposizione fiscale sulle società eroganti. La tassazione è maggiore quando i dividendi sono attribuiti a persone fisiche, imprese individuali e società di persone, per definizione "beneficiari finali" del reddito. Allo stesso modo, le plusvalenze e le minusvalenze realizzate dalle imprese sulle partecipazioni societarie vengono fiscalmente sterilizzate, cioè rese non imponibili, se plusvalenze, o indeducibili, se minusvalenze. Le perdite delle società controllate potranno essere riconosciute solo attraverso il consolidato fiscale.

Nonostante il nome, l'*exemption* non è un'esenzione, ma uno strumento tecnico per coordinare i livelli di tassazione di un unico flusso di capacità economica, obiettivo fino al 2003 raggiunto attraverso il sistema del credito di imposta. Utile la rassegna di BARIERI – VISCONTI, *La participation exemption*, Milano 2005. La risoluzione di diverse ed interessanti problematiche di carattere operativo può essere rinvenuta in FERRANTI – RUSSO, *Partecipazioni societarie*, in *Reddito di Impresa,* Milano 2009.

[34] Da segnalare che, in caso di successiva cessione di partecipazioni ricevute in donazione o successione, è prevista una particolare modalità di determinare il *capital gain* (art. 68, comma 6).

Si è in precedenza affermato che il conferimento di azienda può essere considerato un mezzo giuridico per attuare il passaggio generazionale, soprattutto in quelle circostanze in cui l'imprenditore intenda terminare l'esercizio "diretto" dell'attività e mantenere, almeno per un certo periodo di tempo, un controllo "indiretto" (tramite, appunto, la detenzione delle partecipazioni societarie e l'esercizio dei diritti nella compagine societaria) sull'azienda conferita.

Al tempo stesso, però, il conferimento di azienda si presta ad essere utilizzato quale momento di una più articolata operazione giuridico - economica, mediante la quale pianificare il passaggio generazionale. Ciò può accadere soprattutto in quei casi in cui la donazione dell'azienda non risulti pienamente soddisfacente per realizzare gli interessi dei soggetti coinvolti, come nelle ipotesi che ci si accinge ad esaminare.

Nella pratica, invero, è assai frequente il caso dell'imprenditore individuale che intende terminare l'attività e fare confluire la propria azienda, in modo non oneroso35, nella società (di persone o di capitali) costituita e gestita da propri familiari, in genere dai discendenti stessi dell'imprenditore36.

Qualora l'imprenditore optasse per la strada della donazione di azienda alla società, si avrebbe tuttavia, un regime fiscale che si rileva comunque gravoso. Nelle imposte sui redditi, perché a fronte della neutralità del passaggio (a favore del donante), la società dovrebbe rilevare una sopravvenienza attiva pari al valore di mercato dell'azienda donata. Nell'imposta sulle successioni e donazioni, il regime fiscale risulta altrettanto afflittivo in quanto la donazione di azienda ad un soggetto societario non può in alcun modo godere della agevolazione di cui all'art. 3, comma 4 *ter,* D.lgs. n. 346/1990, dovendo quindi essere tassata con l'aliquota più elevata.

Oltre alla valutazione del carico impositivo, si pone a questo punto una problematica ulteriore, tipica del diritto civile, ovvero quella di rappresentare e manifestare la volontà dell'imprenditore non solo in modo corretto, ma anche il più possibile aderente allo scopo che egli, autenticamente, intende raggiungere. La volontà dello stesso imprenditore, nelle ipotesi scrutinate, non è solo "arricchire" il soggetto societario, quanto piuttosto realizzare

---

[35] Sia consentito nuovamente il rinvio a STRIANESE, *Donazione d'azienda: scelte imprenditoriali alla luce delle motivazioni fiscali*, cit., p. 38 ss; ZANETTI, *Cessione e conferimento d'azienda*, Napoli, 2005; LUPI, *Successione generazionale nelle attività produttive e tributi*, in AA. VV., *L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme*, Milano 2001, 196. Ancora, si veda MARONGIU, *La sterilizzazione dell'avviamento e la donazione d'azienda*, in AA. VV., *L'imposta sulla successioni e donazioni tra crisi e riforme*, cit., 199, e c, con particolare riguardo all'imposizione indiretta, PURI, *I trasferimenti liberali di partecipazioni ed aziende. Profili dell'imposizione indiretta*, in AA. VV., *L'imposta sulla successioni e donazioni tra crisi e riforme*, cit., 151.

[36] La fattispecie appena illustrata viene esaminata con attenzione da TASSANI, *Donazione di azienda da parte di imprenditore individuale in società partecipata dai figli*, Studio n. 79 – 2006/T, approvata dalla commissione studi beni tributari il 14 luglio 2006.

un trasferimento gratuito di ricchezza a favore dei propri figli, in modo tale che questi possano utilizzare il cespite trasferito nella attività imprenditoriale dagli stessi avviata.

Sembra allora possibile delineare almeno due strade, alternative sia da un punto di vista giuridico sia economico, e dall' onere impositivo diverso rispetto a quella *testé* illustrata.

4.1. Soluzioni a confronto: il conferimento dell'azienda in società (prima della donazione delle partecipazioni) e la donazione dell'azienda ai familiari (con conferimento successivo in società).

L'imprenditore individuale potrebbe scegliere di conferire l'azienda nella società già esistente e, successivamente, di donare agli altri soci le partecipazioni ricevute in cambio.

Sul piano fiscale, il conferimento dell'azienda sarebbe effettuato in regime di neutralità ai sensi dell'art. 176 Tuir ed anche la successiva donazione delle partecipazioni non determinerebbe alcun reddito imponibile37. Per di più, all'imposizione fissa di registro (e nelle imposte ipo-catastali) per l'operazione di conferimento, si accompagnerebbe il possibile godimento dell'esenzione *ex* art. 3, comma 4-*ter,* D.lgs. n. 346/1990 per la donazione delle partecipazioni ai familiari. Qualora, invece, non si realizzassero i requisiti agevolativi, la tassazione avverrebbe considerando le [basse] aliquote e le [alte] franchigie previste per i trasferimenti gratuiti ai familiari.

L'imprenditore potrebbe, inoltre, optare per la donazione dell'azienda ai familiari/soci. Questi ultimi, con una scelta successiva, potrebbero conferire in società l'azienda ricevuta.

Ai fini delle imposte indirette, si potrebbe così applicare il regime di esenzione previsto per le donazioni di azienda, mentre il conferimento dell'azienda sarebbe assoggettato ad imposizione fissa di registro (oltre che, eventualmente, nelle ipo-catastali)38.

Ai sensi dell'art. 58 del Tuir, può porsi il principio per cui l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti in capo al dante causa; ciò premesso, ci si chiede se il beneficiario, pur rispettandone il valore complessivo, possa riconoscere un valore differente ai singoli beni aziendali. Rivalutando il valore fiscale di un bene a discapito di altri, si "sterilizzano" (in parte) le plusvalenze latenti, ma si avverte che l'Amministrazione potrebbe attribuire natura elusiva all'operazione ai sensi dell'art. 37 bis DPR 600/73. SEPIO, *Imputazione del prezzo di acquisto dell'azienda e accollo di debiti aziendali tra fisiologia e patologia*, in Lupi e Stevanato (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie di impresa*, Milano 2002, 187. Sulla non applicabilità dell'art. 37 bis, BEGHIN, *La disciplina antielusiva specifica sui trasferimenti gratuiti d'azienda tra elusione e pianificazione fiscale*, in *Corr. Trib.*, 2005, 1901 ss, ove l'Autore sostiene che nell'area delle operazioni individuate dalla norma in commento non potrebbero rientrare le fattispecie relative alla successione legittima.

[37] TASSANI, *Profili fiscali del passaggio generazionale d'impresa*, studio 36-2011/T, approvato dalla Commissione Civilistica del CNN il 15 luglio 2011.

[38] Diversa è invece stata la conclusione cui è giunta l'Agenzia delle Entrate nella Ris. n. 341/E del 23/11/2007, che ha sostenuto l'applicazione delle imposte ipo-catastali in misura ordinaria per il caso di donazione di azienda (contenente immobili) con successivo conferimento in società da parte dei beneficiari. La soluzione non risulta condivisibile ed appare in realtà ispirata ad una qualificazione della operazione in termini di "regolarizzazione" della società di fatto che non può, tuttavia, essere condivisa. Sul tema, RAPONI-TASSANI, Soluzioni fiscali per

Qualche considerazione in più deve essere svolta in relazione alle imposte sui redditi.

La donazione dell'azienda sarebbe sicuramente effettuata a favore di persone fisiche e non a favore di una società, evitando così il rischio di tassazione delle "sopravvenienze attive", fermo restando il regime di neutralità di cui all'art. 58 Tuir.39

Occorre però osservare che il successivo conferimento dell'azienda in società potrebbe essere considerato quale fattispecie realizzativa, in grado cioè di comportare l'emersione e la tassazione delle plusvalenze non gravate in occasione della donazione, per effetto dell'art. 58 Tuir.

Infatti, l'art. 67, lett. H-*bis*) del Tuir assoggetta a gravame, in capo alle persone fisiche, le "*plusvalenze realizzate in caso di successiva cessione anche parziale, delle aziende acquisite ai sensi dell'art. 58*"; nel nostro sistema, il conferimento è equiparato ad una cessione onerosa dall'art. 9, ultimo comma, Tuir.

L'unica possibilità per evitare la tassazione del conferimento sarebbe quella di considerare applicabile a questa ipotesi l'art. 176 Tuir e, quindi, la regola della neutralità del conferimento con continuità dei valori fiscali, disposizione che, tuttavia, è però normativamente prevista solo per i conferimenti effettuati da soggetti imprenditori.

Se, pertanto, il familiare/socio non è anche un soggetto imprenditore, il conferimento potrebbe comportare l'emersione di un reddito tassabile, a meno di non ritenere l'art. 176 Tuir applicabile in via analogica, ovvero in quanto espressione di un più generale principio di neutralità nei conferimenti aziendali, anche quando effettuati da soggetti non imprenditori.

Orbene, la stessa Agenzia delle Entrate40 ha in passato fatto ricorso ad un più generale principio di neutralità, allorquando ha ritenuto non realizzativa la fattispecie di donazione di azienda effettuata da un imprenditore individuale ai propri figli (non imprenditori) che, contestualmente, davano vita ad una società di fatto, successivamente "regolarizzata" in una delle società tipiche del codice civile. In ipotesi di circolazione di azienda, pare possibile, pur con le cautele del caso, giungere alla conclusione della neutralità anche nel caso in esame. Non a caso, erano stati sollevati degli interrogativi circa il requisito della continuazione dell'attività in capo al donatario (o all'erede nell'ipotesi successoria) nel caso del conferimento in società dell'azienda ricevuta, domandandosi se il regime di esenzione rimanesse applicabile a tale fattispecie. Alla base del dubbio la considerazione,

---

la circolazione gratuita dell'azienda, in AA.VV., *Problematiche giuridiche e fiscali in tema di trasferimenti di azienda*, *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2010, 76.

[39] Ciò si dovrebbe affermare anche qualora il beneficiario sia un imprenditore che detiene le partecipazioni quali beni d'impresa, visto che la donazione dell'azienda sarebbe effettuata nella sfera personale del soggetto, a meno di una diversa ed esplicita indicazione nell'atto di donazione.

[40] Circ. n. 137 / E del 15 / 5 / 1997.

giuridicamente più che fondata, che il conferimento determina l'alienazione dell'impresa in capo ad un soggetto giuridico – la società – diverso dai beneficiari del trasferimento.

La risposta fornita dall'Agenzia41 dissolve tali dubbi, in quanto afferma che il conferimento è assimilabile al citato requisito della continuazione dell'attività non comportando quindi, decadenza dal regime di agevolazione. Più precisamente, è da intendersi che vi sia continuazione dell'attività anche nell'ipotesi in cui prima del decorso di cinque anni dall'atto del trasferimento si verifichi quanto segue:

1. il beneficiario conferisca l'azienda in una società di persone: in questo caso non rileva il valore della partecipazione ricevuta a fronte del conferimento;
2. il beneficiario conferisca l'azienda in una società di capitali: in tal caso però la partecipazione ricevuta deve consentire l'esercizio della maggioranza dei voti in sede di assemblea ordinaria, ai fini del rispetto di tale specifico requisito posto dal comma 4 ter, art. 3, del decreto 346/1990.

Nella fattispecie i figli beneficiari della donazione non sono pertanto tenuti a corrispondere l'imposta sul trasferimento in esame, a condizione che rendano apposita dichiarazione circa la loro volontà di proseguire l'attività imprenditoriale del dante causa, svolgendo effettivamente l'attività d'impresa in oggetto per almeno cinque anni dalla data del negozio.

In conclusione, il modello societario può senz'altro essere ritenuto strumento ottimale per l'esercizio in forma collettiva, da parte cioè di più soggetti, dell'attività imprenditoriale; il conferimento in società, infatti, si può ritenere non ostativo ma, anzi, funzionale alla continuazione dell'impresa. Nel momento in cui, peraltro, l'Amministrazione finanziaria42 riconosce la trasformazione dalla società irregolare ad una tipica del codice civile quale fattispecie rientrante nel citato articolo 170, essa consente, di conseguenza, la neutralità dell'operazione prospettata sia sul piano delle imposte dirette, sia sul piano delle imposte sulle successioni e donazioni, sia, infine, sul piano delle imposte ipotecarie e catastali.

4.2. Il conferimento di azienda quale strumento di pianificazione del passaggio generazionale. Profili conclusivi in tema di imposizione.

[41] Ris. n. 341 del 23 / 11 / 2007.
[42] **Risoluzione 341/E del 23 novembre 2007.**

A conclusioni analoghe deve poi giungersi anche, nel caso in cui l'imprenditore scelga il conferimento dell'azienda per "trasformare" il valore corrispondente in partecipazioni ed agevolare, in questo modo, il passaggio generazionale.

Il riferimento è all'ipotesi in cui il figlio non intenda continuare, in forma individuale, l'impresa esercitata dal padre, anche solo per valutazioni di responsabilità patrimoniale, e che, invece, sia magari disposto a ricoprire un ruolo attivo in una compagine societaria.

L'imprenditore potrebbe così addivenire alla soluzione di costituire una società, magari con la partecipazione di altri familiari, oppure di far confluire l'azienda in una società già esistente e, in un momento successivo, di donare le proprie partecipazioni al figlio.

Anche stando a tali modalità, il passaggio generazionale si è realizzato, attraverso gli appropriati strumenti giuridici (o l'articolazione degli strumenti giuridici), in grado di dare soddisfazione a quelle esigenze personali di carattere *anche* economico, che non possono essere oggetto di censure da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Infine, comparando le diverse fattispecie sotto il profilo del carico impositivo, non potrà non concludersi per la preferenza delle soluzioni che in sé prevedono o realizzano una fattispecie donativa dell'azienda, ovvero delle partecipazioni societarie, con le differenze che pure si è avuto modo di mettere in evidenza.

Quanto, infatti, alla donazione e la successione, sia d'azienda sia di partecipazioni societarie, ipotesi rese oggetto della presente indagine, è opportuno ribadire che esse sono caratterizzate da effettiva neutralità fiscale (solo) sul piano applicativo delle imposte dirette, ove si prescinde finanche dal grado di parentela dell'erede o donatario. Quanto alle imposte dirette, la relativa imposta non è dovuta, invece, solo qualora sussistano le condizioni dettate dal legislatore ed innanzi prospettate. Qualora queste condizioni siano tutte realizzate, può comunque enunciarsi che il legislatore ha inteso instaurare un regime di favore, concettualmente enucleabile nella "sospensione" dalla tassazione dei valori plusvalenti, ai fini delle imposte dirette, e nell' "esenzione" – a certe condizioni – ai fini dei tributi indiretti. E' appena il caso di menzionare, da ultimo, che la cessione a titolo oneroso non predilige i soggetti facenti parte del nucleo familiare, qualora questi assumano la qualità di cessionari. Pertanto, essa risponde – finanche nelle intenzioni del legislatore – a finalità, probabilmente, estranee rispetto a quelle finalizzate all'agevolazione del passaggio generazionale. Vi è di più, sembra, invero, che tale fattispecie sia diffusa, al contrario, nei casi in cui un soggetto (si ipotizzi un familiare) "paghi" il prezzo di ciò che, pure a diverso titolo (gratuito), gli potrebbe pervenire, mirando forse proprio all'esclusione definitiva di taluni membri dell'eventuale nucleo familiare.

Il ruolo della contrattazione collettiva nel lavoro a tempo parziale privato: cronistoria e art. 8 L. n.- 148/2011

di Costantino Cordella

ABSTRACT

Trade unions have always had a strong power of interventions on part time labor contracts. The need of impose a stronger supervision on application of this type of contracts to the employers, declare collective bargaining the principal instrument to defense the time of no-work of part time workers. During the last decade, the changes of regulation had caused conflicting choices on powers of interventions of trade unions, and the use of this contract was referred mainly to the employers.

The article analyzed the principal modifications on collective bargaining powers in matter of part time since the first regulation on the topic in the l. n. 863/1984, until the last interventions of art. 8, l. n. 148/2011 and l. n. 92/2012, so called Fornero reform

SOMMARIO: 1. L'applicazione della contrattazione collettiva sotto la vigenza dell'art. 5, l. n. 863/1984 – 2. Il sistema della «doppia chiave» di controllo nel d.lgs. n. 61/2000 e l'effettivo intervento delle parti sociali – 3. Il lavoro supplementare: a) la riduzione dei poteri di intervento delle parti sociali a seguito della riforma del 2003 – 4. Le clausole elastiche e flessibili: a) l'intervento della riforma Biagi e il *revival* della l. n. 247/2007 – 5. Segue: b) le ultime modifiche di cui alla l. n. 183/2011 e alla cd riforma Fornero - 6. L'intervento collettivo di livello prossimale a seguito dell'introduzione dell'art. 8 l. n. 148 del 2011

1. *L'applicazione della contrattazione collettiva sotto la vigenza dell'art. 5, l. n. 863/1984*

L'intervento delle parti sociali nella regolazione del lavoro a tempo parziale è stato, sin dall'emanazione della disciplina dell'art. 5 l. n.863/1984, profondo e incisivo. L'entrata in vigore della prima regolazione legale dell'istituto si è avuta anche grazie alle volontà delle maggiori associazioni sindacali che, mettendo da parte il loro iniziale ostracismo per la fattispecie1, hanno supportato l'emanazione della legge 1984, ottenendo in cambio del loro

[1] M. REINA, *Il progetto «sociale» della Pirelli* in *Aggiornamenti sociali*, 1969, V, 325 ss.; ISTITUTO ITALIANO PER LA PROMOZIONE DEL LAVORO A TEMPO PARZIALE, *Il lavoro part time. Realtà sociale e aspetti giuridico sindacali*, Milano, 1980, 2 ss.; E. PONTAROLLO, *Il problema del lavoro «part time»* in *Aggiornamenti sociali*, 1978,

consenso, forti poteri di regolazione delle modalità e dei criteri di applicazione dei contratti individuali part time, oltre che della facoltà di prestabilire il numero di rapporti stipulabili nella medesima azienda. Nei limiti di un eventuale regolazione di maggior favore prevista nei contratti individuali, la contrattazione collettiva aveva acquisito il potere di determinare per i rapporti di lavoro a tempo parziale: a) mansioni di impiego b) modalità temporali delle prestazioni c) indicazioni organizzative sul lavoro supplementare (v. comma 3- 4, art. 5 l. n. 863/1984), nonché, in relazione al controllo attribuitole sulla diffusione dell'istituto, la facoltà di stabilire il numero percentuale, in rapporto alla presenza di lavoratori a tempo pieno, di lavoratori part time impiegabili nella medesima azienda (v. art. 5, comma 3, lett. a), l. n. 863/1984)2.

2. *Il sistema della «doppia chiave» di controllo nel d.lgs. n. 61/2000 e l'effettivo intervento delle parti sociali*

L'incisività dei poteri collettivi sulla regolazione dell'istituto non decadde a seguito della riforma del 2000 che, in attuazione della direttiva 97/81/CEE, aveva riformato l'utilizzo del lavoro a tempo parziale nel nostro paese. Tra le principali caratteristiche dell'intervento di riforma vi era stata la liberalizzazione degli strumenti di flessibilità funzionale che ammetteva di modificare in corso di rapporto, la durata della prestazione (con il lavoro supplementare e/o le clausole elastiche), e la sua distribuzione nell'arco della giornata e/o della settimana (con le clausole flessibili, sebbene definite tali solo con l'intervento del 2003); l'introduzione di tali strumenti, se, da un lato, si proponeva di incentivare l'utilizzo del lavoro a tempo parziale, così come richiesto in sede europea, imponeva, altresì, di esperire un più marcato controllo sull'esercizio dei poteri datoriali circa il loro utilizzo, essendo possibile che la remissione ai soli datori di lavoro del potere di intervenire, modificando l'articolazione o la durata della prestazione si ponesse in pregiudizio con le legittime aspettative del lavoratore a tempo parziale di usufruire del proprio tempo di non lavoro per impiegarsi in altre occupazioni.3

XII, 773 ss.; B. BRACALENTE e G. MARBACH, *Il part time nel mercato italiano del lavoro*, Milano, 1989, 20 ss.; F. AMATO e M. J. VACCARO, *Le nuove tipologie del rapporto di lavoro. Formazione - lavoro, Part time, contratto a termine,* Napoli, 1991, 72.

2 cfr. A. MARESCA, *Il part time* in (a cura di), M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, *Il diritto del lavoro negli anni '80. Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, 54 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro a tempo parziale*, in G. ARRIGO, G. LOY e P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo l'«emergenza»*, Giuffré, Milano, 1988, 137 ss.; F. LISO, *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 286 ss.; S. Scarponi, *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Milano, 1988, 148 ss.; M.V. BALLESTRERO, voce *«Orario»* in *Enc. dir.,*1988, XXX, 618 ss.; M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli, 1991, 245 ss.; in tema di clausole di procedimentalizzazione, G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Bari, 2004, 132.

3 M. PAPALEONI, *La riforma del part time* in *RIDL*, 2000, II, 213; S. MAGRINI, voce *«Lavoro a tempo parziale»* in *Enc. Dir.*, 2002, agg. VI.; A. MARESCA, *Limiti costituzionali alla flessibilità del lavoro a tempo parziale*, in R.

L'art. 3, del d.lgs. n.61/2000, a tal fine, ha battezzato l'introduzione del sistema di cd. «doppia chiave» di controllo4, per l'utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, con il quale si consentiva alle parti individuali l'esercizio del potere di modifica della collocazione o della durata della prestazione, solo con il consenso scritto del lavoratore, e nel rispetto dei poteri di intervento delle associazioni sindacali di qualsiasi livello, sulle condizioni, le modalità e i limiti di utilizzo di tali strumenti (v. art. 3, comma 2- 7, d.lgs. n. 61/2000).

Allo stesso modo, per il lavoro supplementare si era stabilita la possibilità da parte degli attori sindacali di intervenire al fine di integrare il disposto legale dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 61/2000 (circa il numero di ore annuali, di ore giornaliere, di causali di giustificazioni), ammettendo anche per questo istituto, un più stringente vincolo di utilizzo da parte dei datori di lavoro, sebbene a differenza di quanto previsto in applicazione del sistema della doppia chiave per le clausole elastiche e flessibili, l'intervento collettivo in questo caso non assumeva la forma di vincolo necessario, potendo le parti individuali accordarsi per lo svolgimento di prestazioni eccedenti quelle già prestabilite al momento dell'assunzione, anche in assenza di regolazione collettiva, ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 61/20005.

Il controllo delle parti sociali che, di fatto, fu esercitato sull'utilizzo di tali strumenti di flessibilità non fu tale da valersi di tutti i poteri che il legislatore ebbe modo di introdurre con il d.lgs. n. 61/2000: le associazioni sindacali, infatti, interpretarono il loro potere dispositivo, sulle modalità e le condizioni per autorizzare l'utilizzo di tali strumenti di flessibilità, attraverso il semplice rinvio alle parti individuali dei poteri di integrazione della fonte legale, autorizzandone l'utilizzo in via meramente formale; l'esercizio *soft* dei poteri collettivi se, da un lato, fece in modo di far sopire le critiche che il sistema della doppia chiave aveva attirato sulla effettiva realizzazione nel nostro ordinamento degli obiettivi di incentivazione della fattispecie promossi nella direttiva europea, d'altro canto, aveva finito per svilire il senso delle garanzie connesse a tale sistema, facendo sì che, nel successivo intervento, le stesse guarentigie fossero più facilmente recise6.

3. *Il lavoro supplementare: a) la riduzione dei poteri di intervento delle parti sociali a seguito della riforma del 2003*

SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Costituzione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, 149 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, Bari, 2008, 351 ss..

[4] . M. BROLLO, *Le flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale.* in *ADL*, 2002, III, 738 ss.

[5] V. *contra,* M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità* in *LG*, 2004, III, 252 ss.

[6] R. SANTUCCI, *Il part time nella nuova disciplina: dalla "flessibilità limitata" alla "precarietà"* in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 37 ss.; M. PAPALEONI, *Il nuovo part time nel settore privato e pubblico*, Torino, 2004, 145 ss.;

La formulazione dell'art. 3, d.lgs. n 61/2000, come modificata *ex* art. 46, comma 1, lett. e) ed f), d.lgs. n.276/2003, sebbene continui ad attribuire alla contrattazione collettiva qualificata il potere di intervenire nella regolazione del lavoro supplementare ha denegato diverse delle tutele che il legislatore del 2000 aveva predisposto per l'utilizzo dell'istituto.

Le correzioni introdotte con il d.lgs. n.276/2003, rimaste in vigore senza ulteriori integrazioni, anche nei più recenti interventi legislativi, hanno stabilito espressamente che le parti individuali concordino l'aumento della durata della prestazione per orari supplementari senza la preventiva autorizzazione della contrattazione collettiva, essendo condizione sufficiente il mero e solo consenso prestato dal lavoratore (v. art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, modificato dall'art.46, comma 1, lett. f), d.lgs. n.276/2003).

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, ha fatto propendere anche per una interpretazione ancora più liberalizzante della fattispecie, nella parte in cui, è stato ammesso che, l'utilizzo del lavoro supplementare potesse avvenire anche in assenza di un espresso consenso del lavoratore, in via meramente impositiva7. La formulazione dell'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000 (come modificato ex art. 46, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 276/2003), in effetti, stabilisce che «l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo», senza, però, chiarire se, in presenza di previsioni della contrattazione collettiva, il consenso individuale del lavoratore fosse richiesto o meno. In senso positivo, si è schierata la dottrina più sensibile ai principi comunitari, che ha rilevato come la volontarietà del lavoratore, in tutti i casi di svolgimento di un rapporto di lavoro a tempo parziale, sia un principio primario del dettato normativo della direttiva europea 97/81/CEE8. Nello stesso senso, ma per ragioni differenti, si è pronunciata altra parte della dottrina che ha percepito, dal carattere obbligatorio del lavoro supplementare, una violazione del tempo di non lavoro del prestatore, inteso come strumento da difendere per consentire al prestatore di svolgere altre attività lavorative integrative del suo reddito, e già assunto come valore da salvaguardare dalla giurisprudenza, per lo svolgimento di tutti i rapporti a tempo parziale9.

La lettura della disposizione, in linea con gli orientamenti assunti in ambito interno ed europeo, ha fatto sì che il carattere accessorio del consenso che in essa sembra ammettersi,

---

[7] M. DELFINO, *Il lavoro part time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, 2008, 311 ss..

[8] C. ALESSI, *Part time e tecniche di incentivazione* in (a cura di), R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 48 ss.; R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario «ridotto, modulato e flessibile», tra lavoro e disponibilità* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci Editore, Bari, 2006, 333 ss.

[9] S. BELLOMO, *L'ambivalenza funzionale dell'orario normale di lavoro tra dimensioni retributive e delimitazione dell'impegno lavorativo ordinario* in V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, 648 ss.; M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale* in M. BROLLO, M. G. MATTAROLO e L. MENGHINI, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsoa, Milano, 2004, 142 ss.

fosse interpretato in maniera più garantista per il lavoratore, reputando tale condizione come superata nei soli casi in cui, dalla tutela collettiva fosse emersa la effettiva adozione di tutti i criteri predeterminati dal legislatore per l'utilizzo della fattispecie, ai sensi del comma 2, art. 3 d.lgs. n.61/2000, come modificato ex art. 46 comma 1 lett. e) d.lgs. n.276/2003 (in relazione alle ore massime di lavoro supplementare, alle causali legittimanti, alle conseguenze in caso di violazione10.

4. *Le clausole elastiche e flessibili: a) l'intervento della riforma Biagi e il revival della l. n. 247/2007*

Il percorso che la contrattazione collettiva ha intrapreso nell'ottica di dare attuazione ai rinvii demandatigli dalla fonte legale, per l'utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, è stato ben più gravoso e irto di incertezze interpretative, di quanto lo sia stato quello relativo all'applicazione del lavoro supplementare. A rendere perennemente difficoltoso l'intervento delle parti sociali sul tema, sono state proprio le continue modifiche che, nel corso del decennio passato, hanno caratterizzato il coordinamento legale di tali istituti.

Ogni qualvolta il legislatore ha predisposto un intervento sul part time non è mai mancato di intervenire anche su questi due strumenti che, ricevendo una determinazione differente, a seconda del colore politico della maggioranza che li disponeva, sono divenuti oggetto di una ipertrofia normativa, incapace di dare certezze applicative ai datori di lavoro; i contrasti politici assunti sul tema, hanno fatto in modo di applicare e disapplicare le stesse misure e tutele, a seconda della compagine governativa, in un gioco che non ha giovato, né alla volontà sindacale di intervenire in modo coraggioso, disponendo con rigore del potere di intervento che le era stato attribuito, né alla intenzione delle parti individuali di scegliere il part time, e l'utilizzo della flessibilità funzionale, come alternativa al tempo pieno.

Il potere di autorizzare l'intervento individuale per la variazione della durata e della collocazione temporale della prestazione è stato negato alla contrattazione collettiva, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n.61/2000, come introdotto dall'art. 46, comma 1, lett. s), d.lgs. n.276/2003, che ha riconosciuto alle parti individuali la legittimità ad adottare clausole elastiche (intese solo con l'intervento del 2003 come riferite all'aumento orario della prestazione nel part time verticale) o flessibili (introdotte per la prima volta a seguito della riforma del 2003, come clausole di variazione nella collocazione

---

[10] R. DEL PUNTA, *Articolo 46. Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, e successive modifiche e integrazioni* in M. PEDRAZZOLI (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 499 ss.; R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato e flessibile" tra lavoro e disponibilità* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 333 ss.; M. BROLLO, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale* in M. BROLLO, G. MATTAROLO e L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Iposa, Milano, 2004, 142 ss.

temporale della prestazione), anche in caso di completa assenza, sul tema, di regole collettive11; con la modifica dell'art. 3, comma 7, prevista con la l. n. 247/2007, al contrario, è stato consentito nuovamente l'intervento delle parti sociali, come fonte di legittimazione dell'utilizzo di tali strumenti, attraverso l'abrogazione dell'art. 8, comma 2 *ter*, d.lgs. n.61/2000 (come introdotto dall'art. 46, comma 1, lett. s) d.lgs. n.276/2003), che ha riproposto la fonte collettiva di livello nazionale, come artefice principale nella determinazione delle modalità e delle condizioni di utilizzo di entrambi gli istituti (v. art. 1 comma 44, lett. a), n.1) e 2) l. n. 247/2007)12.

5. *Segue: b) le ultime modifiche di cui alla l. n. 183/2011 e alla cd riforma Fornero*

Questa tendenza a tener ferma l'approvazione dei soggetti collettivi di livello nazionale come *conditio* essenziale all'utilizzo di tali strumenti, è rimasta in piedi, però, solo pochi anni, essendo stata rivista nuovamente con la l. n. 183/2011, cd. legge di stabilità per il 2012.

La necessità di nuove misure di incentivo alla crescita occupazionale, con le quali il governo tecnico presidiato dal prof. Monti ha recepito il suo incarico di risollevare il nostro paese dalla crisi economica che, ancora oggi, la tiene sotto scacco, ha avuto dei risvolti anche nell'adozione di misure più flessibili per l'utilizzo del lavoro a tempo parziale.

L'introduzione dell'art. 22, comma 4, l. n. 183/2011, che abroga l'art. 1, comma 44, lett. a) e b), l. n. 247/2007 è stata, di fatto, un ritorno al sistema di maggiore duttilità che caratterizzava l'impianto sul part time predisposto con il d.lgs. n. 276/2003; sono state, infatti, riscritte le previsioni in tema di clausole elastiche e flessibili, attraverso la abolizione del sistema di controllo della doppia chiave (vista l'abrogazione della lett. a) l. n. 247/2007), con la riduzione a due delle giornate di preavviso a favore del lavoratore (vista la abrogazione della lett. b), l. n. 247/2007), e riportando la regolazione degli istituti a quanto già era stato previsto con la riforma Biagi.

I termini nei quali veniva integrato l'utilizzo delle clausole elastiche e flessibili, attraverso il solo intervento individuale delle parti, anche essendo improntati sulla falsariga dell'antesignano d.lgs. n. 276/2003, si discostavano da questo, per la mancata reintroduzione del disposto dell'art. 8, comma 2 ter, d.lgs. n. 61/2000, come introdotto ex art. 46, comma 1, lett. s), d.lgs. n. 276/2003, (abrogato con la lett. c) art. 1, comma 44, l. n. 247/2007 e non

---

[11] D. GOTTARDI, R. BORTONE, C. DAMIANO, *Lavoro e precarietà. Il rovescio del lavoro*, 2004, Roma, Editori Riuniti, 89 ss.; *contra* R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato e flessibile" tra lavoro e disponibilità* in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 333 ss..; A. ALAIMO, *Diritto di variazione dell'orario e «clausole elastiche» nel part time: al banco di prova nel settore pubblico le soluzioni applicate nel privato*, in *LPA*, 2000, I, 101 ss..

[12] P. PASSALACQUA, *L'assetto del lavoro a tempo parziale a seguito degli ultimi interventi del legislatore* in *RIDL*, I, 555 ss.

riproposto con l'art. 22, comma 4, l. n. 183/2011), con il quale, per i pochi anni nei quali era rimasto vigente, fu ammesso che, con il solo consenso del lavoratore si potesse dare applicazione al più flessibile sistema di modifica della durata e della collocazione della prestazione previsto dalla legge, anche in assenza di espresse disposizioni da parte delle parti sociali.

Nella logica delle disposizioni in vigore dal 2011, non sono, né previsti espressi riferimenti alla facoltà delle parti individuali di intervenire autonomamente, e senza la preventiva autorizzazione delle parti sociali, né tantomeno (e al contrario), si afferma come necessario, in chiave di autorizzazione, l'intervento di queste. Il ruolo cui è deputata la contrattazione collettiva nazionale rimane quello di prestabilire condizioni, modalità e limiti di esercizio del potere del datore di lavoro di variare la durata e la collocazione temporale della prestazione, ma in assenza di espresse previsioni che abbiano definito il potere di intervento come *conditio* necessaria all'utilizzo di tali istituti, l'interpretazione più corretta, per i casi di assenza di un contratto collettivo applicabile ovvero di mancata adozione del contratto da parte del datore, è sembrata quella che considera necessaria, oltre al consenso del lavoratore, la predeterminazione nel contratto individuale (per quanto compatibile) delle garanzie che il legislatore ha demandato alle parti collettive, e che in via sostitutiva, si è imposto fossero definite dal datore di lavoro, relative a: 1) condizioni e modalità con le quali è rimesso il potere di modifica della collocazione temporale; 2) condizioni e modalità per l'aumento della durata della prestazione; 3) limiti massimi di variabilità in aumento della prestazione, e (con l'entrata in vigore della l. n. 92/2012) 3bis) condizioni e modalità che consentano di richiedere la eliminazione o la modifica delle clausole flessibili ed elastiche.

Il legislatore del governo tecnico che ha accompagnato l'Italia sino alle elezioni del primo governo della Terza Repubblica, ha proposto anche una seconda modifica all'impianto dell'istituto: la riforma Fornero è intervenuta sul lavoro a tempo parziale disponendo la reintroduzione del cd. diritto di ripensamento, inteso quale facoltà del lavoratore di revocare, a determinate condizioni, il consenso già prestato alla adozione delle clausole elastiche e flessibili.

Lo strumento, già previsto con il d.lgs. n. 61/2000, e successivamente abrogato con la riforma del 2003, veniva reintrodotto con l'art. 1, comma 20, lett. a), l. n.92/2012 che aggiungeva il numero 3bis all'art. 3, comma 7, della versione vigente del decreto n. 61, stabilendo che, accanto agli altri tre criteri di intervento della contrattazione collettiva, in materia di clausole elastiche e flessibili, fosse ammesso alle stesse parti sociali qualificate13, la predisposizione delle «condizioni e modalità per il lavoratore che voglia richiedere

[13] v. art. 1 comma 3 nella versione vigente del d.lgs. n.61/2000.

l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili ed elastiche stabilite ai sensi dello stesso comma 7, art. 3».

Ciò che ha inciso nella specifica scelta del legislatore di reintrodurre tale strumento, sono state le posizioni assunte dalle associazioni sindacali sino a quel momento, le quali, a seguito della abolizione del cd. diritto di ripensamento, avutasi con la riforma del 2003, ne avevano, comunque, riproposto l'utilizzo, per via collettiva facendo uso della legittimazione di cui all'art. 3, comma 7, n.1 e n.2 d.lgs. n. 61/2000, nella parte in cui tale disposizione ammette agli attori sindacali di introdurre «condizioni e modalità» per la modifica della durata della prestazione, facendo in sostanza rientrare da una porta secondaria quello che il legislatore del 2003 aveva inteso fare uscire da quella principale14.

6. *L'intervento collettivo di livello prossimale a seguito dell'introduzione dell'art. 8 l. n. 148 del 2011*

I rinvii legali con i quali è stato ammesso che le associazioni sindacali integrino la fonte legale, in materia di lavoro a tempo parziale, hanno individuato specificamente i soggetti collettivi in tal senso ritenuti «qualificati». A differenza che nella previgente disciplina di cui all'art. 5, l. n. 863/1984, la novella del 2000 ha, infatti, classificato i sindacati legittimati alla stipula di contratti collettivi, stabilendo quale criterio di scelta, il maggior consenso ottenuto dalla singola o dalla coalizione di associazioni sindacali, rispetto a tutti i lavoratori interessati dall'intervento. L'art. 1, comma 3, d.lgs. n 61/2000, come modificato dall'art. 46, comma 1, lett. b) d.lgs. n.276/2003, ha attribuito, il potere «ai sindacati comparativamente più rappresentativi» a livello nazionale, di adoperarsi nella negoziazione collettiva di livello nazionale e territoriale, risolvendo a monte i problemi connessi alla presenza di una pluralità di contratti tutti applicabili alla categoria o al territorio; in particolare, con il meccanismo della «comparazione» si è riusciti a raffrontare in concreto, e non in termini assoluti, i sindacati da ritenersi rappresentativi, ritenendo applicabile l'accordo negoziale raggiunto dalle associazioni dotate di maggiore rappresentatività, ed in tal maniera, evitando che le parti individuali potessero decidere dell'accordo applicabile, sulla base del maggiore o minore favore che per esse ne deriva.

Ai sensi dello stesso comma 3, art. 1, d.lgs. n. 61/2000, come modificato nel 2003, è stato consentito, inoltre, che anche i contratti collettivi aziendali integrassero il disposto della legge: in particolare veniva attribuita alla legittimazione delle r. s. a., in applicazione dell'art. 19, l. n. 300/1970, ovvero alle rappresentanze sindacali unitarie, elette secondo le regole

---

[14] S. BELLOMO, *Commento art. 46. Norme di modifica al decreto legislativo 25 febbraio 2000, n.61 e successive modifiche e integrazioni* in M. PEDRAZZOLI (a cura di*), Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Riforma Biagi)*, Cedam, Padova, 2004, 654 ss..

interconfederali vigenti, l'intervento in materia di lavoro a tempo parziale, nel rispetto di quanto già previsto dalla legge e dalla contrattazione collettiva di livello nazionale.

Proprio sui poteri di intervento collettivo di livello aziendale (assieme a quello di livello territoriale), si sono avuti negli ultimi anni i maggiori cambiamenti: così, come è avvenuto per altri ambiti del diritto del lavoro, con l'art. 8, l. n. 148/2011, sono state modificate regole e termini di legittimazione dell'intervento dei contratti collettivi di prossimità.

A seguito dell'entrata in vigore di tale disposizione vi è stata una sostanziale inversione di tendenza nel rapporto tra la fonte collettiva di livello aziendale e la disciplina legale e collettiva di livello nazionale: i soggetti sindacali di livello aziendale (e territoriale) sono stati autorizzati a negoziare accordi validi a derogare, sia i contratti di livello nazionale, che la disciplina legale, e in linea con quanto previsto dalla legge al comma 2, lett. c), art. 8, l. n. 148/2011, tali interventi sono risultati ammessi anche in materia di part time, per il riferimento nella disposizione anche «ai contatti a orario ridotto, modulato e flessibile».

In sostanza, anche per il lavoro a tempo parziale, si è consentito che soggetti sindacali qualificati (associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero rappresentanze sindacali operanti in azienda), previo utilizzo di meccanismi di estensione *erga omnes* basati sul criterio maggioritario, possano, al fine di perseguire svariati obiettivi (tra i quali, in tema di part time, primeggiano «gestione delle crisi aziendali e occupazionale», «maggiore occupazione», «qualità dei contratti di lavoro», «emersione del lavoro irregolare»), sottoscrivere specifiche intese in deroga a quanto previsto dalla contrattazione collettiva nazionale e dalle altre disposizioni legislative15.

La modifica a carattere sistematico proposta con l'art. 8, criticata, sia sotto il profilo del meccanismo di estensione soggettiva degli accordi, efficace anche nei confronti dei soggetti dissenzienti e non appartenenti alle associazioni stipulanti16, veniva introdotta nel mezzo del periodo di crisi che ha attanagliato il nostro paese già nel corso del 2011, ed è stata intesa come una delle principali risposte con le quali il governo italiano tentava di riacquisire credibilità e fiducia nei confronti delle istituzioni europee (tra cui la BCE).

La riferibilità di tale intervento, anche al contratto a tempo parziale ha, però, messo la dottrina nella condizione di confrontarsi sulla sua effettiva utilità: l'intervento delle parti

---

[15] cfr. sui problemi di legittimità costituzionale F. LISO, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»* in *CSDLE*, 2012, n.157, 29 ss.; G. FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* in *QFMB*, Saggi e ricerche, 2011, n. 2/VI; *contra* A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138* in *DRI*, 2012, I, 16 ss.; A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva* in *MGL*, 2011, n. 10, 682 ss..

[16] cfr. F. LISO, *op. cit.* , 10; in tema di poteri che rilasciati alle r. s. a. e alle r. s. u., in assenza di regole di legittimazione certe cfr. V. LECCESE, *Relazione* in XVII Congresso Nazionale dal 7 al 9 giugno 2012, Pisa, A. I. D. L. A. S. S., " *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*"; A. PERULLI e V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro* in *CSDLE*, 2011, n. 132, 33 ss..

sociali aziendali e territoriali, seppur richiesto al fine di contribuire al superamento della grave crisi economica, non è apparso «opportuno» in materia di part time; in applicazione della disposizione, per quanto sia possibile incentivare in misura maggiore l'utilizzo dell'istituto, con la previsione di misure di ulteriore vantaggio per la trasformazione del rapporto da full time a part time, in modo da contribuire alla crescita occupazionale, attraverso l'impiego di nuova manodopera negli orari di lavoro non svolto dal lavoratore a tempo parziale trasformato, più in generale, non sembrano potersi ottenere dei cambiamenti strutturali sulla fattispecie, in ragione della derivazione dei limiti che, la legge e la contrattazione collettiva nazionale hanno applicato, posti principalmente in attuazione della fonte comunitaria e nel rispetto dei vincoli costituzionali17.

L'applicazione del principio della volontarietà, ad esempio, già affermato nelle convenzioni OIL n. 175/1994 e nella direttiva europea 97/81/CEE, impone di non modificare *in pejus* la disciplina prevista a tutela del consenso del lavoratore, allo svolgimento della prestazione in modo ridotto, e, il livello di tutela garantito dal legislatore nazionale, in applicazione di tale principio, già risulta inferiore rispetto a quello richiesto in sede europea, non potendosi, pertanto, rendere oggetto di modifiche a carattere deteriore per il lavoratore con l'intervento della contrattazione collettiva di prossimità (in tema di lavoro supplementare, ovvero sul diritto di ripensamento per le clausole di variazione).

Sotto lo stesso profilo, l'intervento delle parti sociali prossimali deve confrontarsi con le tutele costituzionali su cui si fonda l'utilizzo degli strumenti di flessibilità funzionale. In applicazione dell'art. 36 Cost., si è consentito censurare la rimessione al datore di lavoro del potere di chiamata del prestatore, senza la preventiva predisposizione di coordinate temporali determinate o determinabili entro le quali esercitare tale richiesta18, e la difesa del tempo di non lavoro del lavoratore e delle necessità di integrazione del reddito del prestatore, sono state assunte, come elementi qualificanti del regime orario ridotto19: in tal senso, soprattutto in materia di flessibilità funzionale, ove maggiore vi è il rischio di ledere il tempo di non lavoro del prestatore attraverso una liberalizzazione eccessiva degli strumenti previsti, la contrattazione collettiva di prossimità è chiamata a rispettare gli *standards* stabiliti dal legislatore ed, eventualmente, già integrati dalla contrattazione collettiva nazionale, essendo questi riconducibili ad una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie, che di fatto, non le consente ampi margini di manovra.

---

[17] R. VOZA, *Contratti a orario ridotto, modulato o flessibile* in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, Milano, 2012, 419 ss.
[18] A. MARESCA, *Limiti costituzionali alla flessibilità del lavoro a tempo parziale*, *op. cit.*, 149 ss.
[19] M. DELFINO, *Il lavoro part time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, *op.cit.*, 265 ss..