

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

ANNO LVII - 2006 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2006*

DIRETTORE

Piergiovanni Alleva

VICE DIRETTORI

Mario Napoli, Adalberto Perulli, Bruno Veneziani

REDATTORI CAPO

Amos Andreoni, Ginevra Galli, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari

COMITATO SCIENTIFICO E DIRETTIVO

TEMI E RUBRICHE

Rapporto di lavoro e tipologie contrattuali
Mercato del lavoro
Lavoro e pubbliche amministrazioni
Diritto comunitario del lavoro
Diritto sindacale e relazioni industriali
Sicurezza e diritto penale del lavoro
Previdenza sociale
Processo del lavoro

COORDINATORI

*Mario Giovanni Garofalo e Gianni Loy
Giuseppe Ferraro e Patrizia Tullini
Vittorio Angiolini e Alessandro Garilli
Bruno Caruso e Massimo Roccella
Franca Borgogelli e Valerio Speziale
Raffaele Guariniello e Carlo Smuraglia
Lorenzo Fassina e Canio Lagala
Domenico Borghesi e Francesco Fabbri*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Gianni Arrigo, Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Guido Canestri,
Gaetano D'Auria, Carlo De Marchis, Antonio Di Stasi, Fabio Fonzo, Fausta Guarriello,
Luigi Menghini, Massimo Pallini, Antonino Sgroi, Sergio Vacirca, Lucia Valente*

Ne fanno inoltre parte

*Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri, Paolo Boer, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,
Laura Castelvetti, Valerio Cerritelli, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,
Madia D'Onghia, Germano Dondi, Franco Focareta, Gino Giugni, Enrico Gragnoli, Mariorosario Lamberti,
Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari, Stefano Oriano, Angelo Pandolfo,
Mara Parpagione, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi,
Giovanni Roma, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Maria Luisa Serrano, Ugo Spagnoli, Tiziano Treu*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini



Editore

EDIESSE s.r.l.
Via dei Frentani, 4/A – 00185 Roma
Tel. 06/44870283 Fax 06/44870335
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Direttore responsabile

Piergiovanni Alleva

Redazione

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma
Tel. 06/44870260 - Fax 06/44870335
E mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 80,00 euro; estero 160,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività. L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale. Una copia: 27,00 euro; arretrati: 54,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI
Unione Stampa Periodica Italiana

DOTTRINA

SAGGI

Roberto Voza

L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro.
Un profilo storico 229

Pietro Curzio

La legge 30 due anni dopo alla luce
delle pronunce giurisprudenziali 277

Chiara Catalucci

Direttive europee, clausola di non regresso e
modelli di recepimento 309

Maria Luisa De Margheriti

Obbligo e diritto di lavorare quale strumento
di tutela della professionalità 341

Cinzia De Marco

La gestione della sicurezza nel contratto di somministrazione
e nel contratto di lavoro a progetto 379

Antonella Durante

Il reddito di cittadinanza: verso un nuovo modello
di protezione sociale? 403

Nicola Marongiu

La trasformazione del lavoro a progetto in rapporto
di lavoro subordinato a tempo indeterminato 433

RECENSIONE

Pietro Ichino

Autodifesa di un eretico.

Risposta alle recensioni di Michele Miscione e di Franco Scarpelli
al libro *A che cosa serve il sindacato?*

457

GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre gennaio-marzo 2006

Rapporto di lavoro

191

Sicurezza sociale

201

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

*Laura Calafà*Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età:
il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità
del legislatore nazionale in materia di lavoro
(*Corte di Giustizia 22 novembre 2005, n. 144/04*)

205

*Francesco Fabbri*Le Sezioni Unite, lo *ius variandi* dell'imprenditore e
il danno esistenziale da demansionamento
(*Cassazione, Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572*)

233

*Enrico Maria Terenzio*Ancora sulla nozione di azienda trasferita
(*Cassazione 1° dicembre 2005, n. 26196*)

253

*Michele Piccari*Inidoneità sopravvenuta e patto di dequalificazione:
«fragilità» di un orientamento consolidato
(*Cassazione 10 ottobre 2005, n. 19686*)

264

Antonio Federici

Vincoli convenzionali alla libertà di recesso del lavoratore
e condizioni di ammissibilità delle clausole
di durata minima del rapporto di lavoro
(*Cassazione 7 settembre 2005, n. 17817*)

275

Luciana Forte

Le conseguenze del licenziamento illegittimo
fino alla sentenza di annullamento
(*Cassazione 18 maggio 2005, n. 10394*)

286

Giovanna Martire

Libera recedibilità e procedimento disciplinare
(*Corte d'Appello di Roma 6 maggio 2005*)

293

Mariangela Grasso

Carcere e lavoro: carattere civilistico del rapporto
di lavoro carcerario e tutela dei diritti dei detenuti.
Il problema della ripartizione delle competenze
(*Corte d'Appello di Roma 27 gennaio 2005*)

301

Alberto Lepore

Lavoro gratuito e subordinazione
(*Tribunale Verona, 10 giugno 2005*)

312

CONTROVERSIE DI LAVORO

Mario Giovanni Garofalo

Attualità della condotta antisindacale e
tempestività della proposizione dell'azione
(*Cassazione, Sez. lav., 6 giugno 2005, n. 11741*)

323

SICUREZZA SOCIALE

Claudia Ruperto

I limiti alla ripetibilità del pagamento indebito
(*Corte Costituzionale 13 gennaio 2006, n. 1*)

343

Silvia Assennato

Multifattorialità: nesso causale e obbligo di protezione.

Quale rapporto?

(Cassazione 9 settembre 2005, n. 17959)

359

Gino Madonia

La tutela della maternità nel parto prematuro:

la Corte Costituzionale chiama, il legislatore non risponde.

(Tribunale Palermo, Ordinanza 13 luglio 2005)

366

Errata Corrige

L'autrice della nota a sentenza «Riflessioni su *franchising* e ambito di applicazione della tutela reale» (*Tribunale Milano, 25 giugno 2005*) edita sul n. 1/2006 di questa rivista è la Dott.ssa Orsola Razzolini e non Orsola Azzolini come erroneamente stampato.

La redazione si scusa con l'autrice e con i lettori.

DOTTRINA

Roberto Voza (*)

L'INDEROGABILITÀ COME ATTRIBUTO GENETICO DEL DIRITTO DEL LAVORO. UN PROFILO STORICO

SOMMARIO: 1. L'irruzione della norma «categorica» nel sistema giuridico-liberale: le prime leggi sociali. — 2. Le consuetudini d'ordine pubblico nel *diritto nuovo* dei probiviri. — 3. L'inderogabilità come principio generale del rapporto di impiego privato. — 4. La parabola corporativa del valore giuridico degli usi: dall'art. 17 del r.d.l. n. 1825/1924 all'art. 2078 cod. civ. — 5. Il contratto collettivo inderogabile: dal concordato di tariffa all'art. 2077 cod. civ. — 6. L'inderogabilità dell'accordo economico collettivo.

1. — *L'irruzione della norma «categorica» nel sistema giuridico-liberale: le prime leggi sociali* — Nella questione sociale sorta per effetto della rivoluzione industriale la comune storiografia rintraccia la scintilla che ha messo in moto l'intervento dello Stato a protezione della forza lavoro.

In effetti, alla vista di «così tanti lavoratori e così tanto lavoro in così poco spazio» (1) una viva preoccupazione risaliva dalle pagine della letteratura e dai rapporti delle prime inchieste sulle condizioni di lavoro, fino a portarsi nei resoconti delle discussioni parlamentari. Ci si era evidentemente accorti che quella che si andava di giorno in giorno consumando negli opifici o nelle miniere era pur sempre *carne battezzata*: il *lezzo del carcame* era arrivato al naso dei potenti (2).

Occorreva intervenire, altrimenti troppo alto sarebbe stato il costo sociale imposto dalla forzata promiscuità in quei formicai, dai quali tanti tornavano devastati nel corpo e finanche corrotti nell'anima (3).

(*) Professore associato nell'Università di Bari.

(1) A. Accornero, *Il mondo della produzione*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 139.

(2) Le parole riportate in corsivo nel testo sono tratte dalla celebre novella di Giovanni Verga, *Rosso Malpelo* (1880).

(3) «Le officine di lavoro sogliono essere ordinariamente la scuola della più volgare corruzione» (De' Marchesi De Luca, *Il contratto di lavoro*, in *Riv. int. scienze soc. e disc. ausil.*, 1895, p. 20), dove «questi bambini pallidi, sparuti, scarmigliati hanno già il livore nell'animo; queste fanciulle alle quali è fatto perdere il pudore prima ancora

Fu dunque l'obiettivo di preservare «quella riserva di forza fisica dalla quale dipende la prosperità dell'industria e *la vita stessa del paese*» (4), a giustificare i primi interventi di tutela ai quali si attribuisce il nome di legislazione sociale: «è ormai accertato – si lamentava agli inizi del Novecento – che il lavoro esauriente, precoce, mal retribuito danneggia la razza, senza giovare alla produzione» (5).

A dire il vero, nella sua versione iniziale, si trattò di una legislazione per i poveri, più che per i lavoratori, dettata unicamente da ragioni di pubblica sicurezza. Ad esempio, i pericoli (fisici e morali) dell'accattoneggiare e della vita ambulante, soprattutto per i fanciulli, inducevano a considerare l'occupazione in fabbrica come il male minore, come si evince da quelle disposizioni che – nel tentativo di realizzare «un rudimentale orientamento del mercato del lavoro giovanile» (6) – negavano il permesso di elemosinare o di intraprendere un mestiere vagabondo a chi avesse braccia per andare in fabbrica (7).

Anche quando toccarono direttamente il tema del lavoro in fabbrica, le leggi sociali rimasero essenzialmente preordinate a garantire l'utilità generale della nascente società industriale, a cominciare da un più razionale e corretto sfruttamento della forza lavoro.

In particolare, l'intervento protettivo nei confronti delle *mezze forze* puntava (almeno indirettamente) a ribaltare l'iniziale preponderanza del lavoro femminile e minorile nella composizione del ceto operaio nell'industria (8), spiegabile in ragione della concorrenza al ribasso, attraverso «la pratica del sottosalario», operata nei confronti della manodopera maschile adulta, più qualificata, più costosa e meno disciplinabile (9).

che possano commettere la colpa, frammischiate di giorno e di notte cogli adulti, testimoni e complici di impudicizia, si vendicano poi di una mercede che è limosina e di un lavoro che è tortura, e sfogano almeno coi piaceri del sesso quel bisogno di vita gaia che è richiesta dal sesso, dall'età» (A. Errera, *A proposito di un progetto di legge italiano sul lavoro delle donne e dei fanciulli*, in *Il Filangieri*, 1880, p. 167).

(4) F. Arcà, *Legislazione sociale*, 1914, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, Soc. ed. libraria, Milano, 1930, VI, parte I, p. 28.

(5) G. Salvioi, *I difetti delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, A. Reber, Palermo, 1906, p. 65.

(6) L. Castelvetti, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 59.

(7) Si tratta dell'art. 73 della legge 23 dicembre 1888, n. 5888. Ancor prima, la legge 21 dicembre 1873, n. 1733, intese reprimere penalmente l'impiego dei bambini nelle professioni girovaghe.

(8) Cfr., sul punto, S. Merli, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano. 1880-1900*, La Nuova Italia, Firenze, 1972, pp. 90 ss.

(9) M. V. Ballestrero, *Occupazione femminile e legislazione sociale*, in q. *Riv.*, 1976, I, p. 649.

Sul piano politico, una pluralità di fattori ideologici contribuì a ispirare quella legislazione, peraltro «scarsa e frammentaria», e che comunque fu più il prodotto occasionale di contingenti situazioni storiche, che non il frutto di «preordinate e consapevoli strategie d'intervento legislativo» (10).

Certamente, vi fu un'anima «crocerossina» (11), che volle posare *pannicelli caldi* sulle piaghe scavate dall'ascesa del capitalismo: era già finito (anche se non si poteva ancora dirlo a gran voce) il tempo dell'ingenua celebrazione dei fasti delle rivoluzioni borghesi, e delle loro promesse di liberare l'umanità dall'oppressione e dallo sfruttamento.

Oltre che da una «visione di tipo umanitaristico-filantropico o pietistico-confessionale» (12), il legislatore era mosso, però, dall'intento di allentare le tensioni generate dagli effetti devastanti del nuovo modo di produrre: insomma, quei «cerotti legali» (13), nel lenire il dolore, intendevano contemporaneamente agire come «profilattico del conflitto sociale» (14).

D'altronde, analogo obiettivo di conservazione e pacificazione dell'ordine sociale permeava l'atteggiamento nei confronti delle prime manifestazioni di autotutela collettiva. Resistere alla tentazione autoritaria di reprimere il fenomeno del conflitto industriale (magari sciogliendo le Camere del lavoro, come avvenne nella nota vicenda genovese) (15), doveva servire a poterlo meglio controllare, a ricondurre lo scontro tra le forze in campo alle logiche dell'economia di mercato, rendendolo quindi compatibile e non alternativo al sistema nel suo complesso (16).

(10) M. Grandi, *Diritto del lavoro e società industriale*, in *Riv. dir. lav.*, 1977, I, p. 7.

(11) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 82.

(12) L. Gaeta, A. Viscomi, *L'Italia e lo Stato sociale*, in G. A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 230.

(13) G. Monteleone, *Una magistratura del lavoro: i collegi dei probiviri nell'industria. 1893-1911*, in *Studi storici*, 1977, n. 2, p. 95.

(14) G. C. Jocteau, *Le origini della legislazione sociale in Italia. Problemi e prospettive di ricerca*, in *Mov. op. e soc.*, 1982, p. 292.

(15) È celebre, a tal proposito, il discorso parlamentare pronunziato da Giolitti nel febbraio 1901 dopo lo sciopero di Genova contro lo scioglimento della locale Camera del lavoro, in cui egli invitava lo Stato a «esercitare una azione pacificatrice, talora anche una azione conciliatrice, che sono le sole funzioni veramente legittime in questa materia» (G. Giolitti, *Discorsi parlamentari*, a cura di S. Furlani, Tip. Camera dei deputati, Roma, 1953, p. 626).

(16) Come ha rilevato F. De Felice, *Letà giolittiana*, Loescher, Torino, 1980, p. 48, l'obiettivo giolittiano è «quello di un movimento tradeunionista, confinato in un oriz-

Dunque, sul piano politico, economico e sociale, nessuna impronta «eversiva» vi fu nell'intervento del legislatore liberale nel campo del lavoro.

Sul piano tecnico-giuridico, tuttavia, le nuove domande di regolazione, poste dal fenomeno del lavoro nelle prime grandi concentrazioni industriali, non potevano trovare risposta nel ricorso ai principi e agli strumenti civilistici tradizionali, forgiati in un'epoca nella quale non esisteva certo una «questione» del lavoro, intesa come drammatica istanza di protezione di una nuova categoria di individui, legati da una comune condizione di sfruttamento: «le classi lavoratrici sono assenti dal codice civile del 1804 come lo furono dalla Rivoluzione», affermava emblematicamente Solari agli inizi del Novecento (17).

Indubitabilmente, già la prima legislazione del lavoro, in quanto «costellazione di atti normativi [...] stracolmi di contenuti empirici e fattuali», contribuiva a sgretolare il mito illuministico della onnivolenza del codice: il paesaggio giuridico dell'età liberale cominciava dunque a complicarsi, diventando più speculare della crescente complessità della società industriale (18).

Non era ancora cominciata l'*età della decodificazione*; non era certo intaccata la centralità del codice civile, al quale la borghesia fondiaria, artefice del Risorgimento politico, aveva consegnato «la fede laica e moderna nella libertà del singolo» (19). Affiorava, però, un insieme disordinato e sparso di provvedimenti occasionati da bisogni particolari e che si accomodavano fuori dal salotto buono dei principi giuridici, con il compito di seguire il mutamento, ma anche di controllarlo.

Assieme alla loro collocazione extra-codicistica, le leggi sociali portavano un «marchio» che le accomunava, rendendole facilmente riconoscibili nel panorama giuridico dell'età liberale. Era la *cogenza* delle loro norme, «figura scomoda in un contesto teorico, come quello di inizio secolo, ancorato al dogma dell'autonomia contrattuale» (20), e in

zonte economico corporativo, le cui potenzialità politiche potessero quindi essere abilmente contenute nel quadro di una rinsaldata – perché più ampia – direzione liberale».

(17) G. Solari, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), ed. postuma a cura di P. Ungari, Giuffrè, Milano, 1980, p. 24.

(18) P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 20 e 45.

(19) N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 7.

(20) R. De Luca Tamajo, *L. Barassi e la norma inderogabile*, in *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Lodovico Barassi cent'anni dopo*, a cura di M. Napoli, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 547.

un ordinamento giuridico che, pur menzionando «l'illiceità della causa» per contrarietà «alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico» (art. 1122 del codice civile previgente), non conosceva ancora «una norma dedicata più genericamente al contratto contrario a norme imperative» (21) (quale quella contenuta nell'attuale art. 1418 cod. civ.).

Non vi è dubbio che la nascente legislazione a tutela del lavoro fosse pressoché interamente pervasa dal connotato della inderogabilità. Norme come quelle che vietavano il lavoro notturno «ai maschi di età inferiore ai 15 anni compiuti» (art. 5, legge 19 giugno 1902, n. 242), o imponevano agli imprenditori di «dare [...] un periodo di riposo non inferiore a ore 24 consecutive per ogni settimana» (art. 1, legge 7 luglio 1907, n. 489), non avevano neppure bisogno – dato il loro inequivocabile tenore – di essere accompagnate da un'espressa clausola di inderogabilità; la sanzione penale o amministrativa che solitamente le accompagnava, nonché l'attribuzione (in verità, rimasta inizialmente sulla carta) (22) del compito di garantirne l'osservanza a servizi amministrativi ispettivi, rendevano del tutto visibili le finalità di ordine pubblico perseguite dal legislatore (23).

Per quanto timida e frammentaria, quella legislazione cominciava a inoculare nell'ordinamento i germi del «conflitto tra il principio di libertà (astratta) ed eguaglianza (formale), proprio della tradizione privatistica e quello di autorità (in nome di un interesse generale, altrettanto astratto e formale), della tradizione pubblicistica» (24).

È questa contraddizione (*rectius*: ambivalenza) che risvegliò l'attenzione della scienza giuridica, di per sé «quasi indifferente» ai problemi del lavoro, perché «imperturbabilmente borghese» (25). Non era, in-

(21) G. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, p. 26.

(22) Infatti, un corpo degli ispettori dell'industria e del lavoro fu istituito, presso il Ministero dell'agricoltura, industria e commercio, solo con la legge 22 dicembre 1912, n. 1361, ma rimase pressoché inerte fino al secondo dopoguerra (v., in proposito, E. Balboni, *Le origini della organizzazione amministrativa del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 97 ss.).

(23) Insomma, si tratta di «un embrionale diritto del lavoro di natura pubblicistica e inderogabile, fondato sul binomio divieto-sanzione penale, alla cui osservanza sono preposti servizi amministrativi ispettivi, il cui fine è costituito dalla protezione di quanti sono identificati dallo *status* di soggetto socialmente sottoprotetto» (B. Veneziani, G. Vardaro, *La Rivista di diritto commerciale e la dottrina giuslavoristica delle origini*, in *Quad. fior.*, n. 16, 1987, p. 470).

(24) M. G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, p. 456.

(25) F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro. Studi*, Athenaeum, Roma, 1913, p. XII.

fatti, che la pratica normativa corrente non contemplasse già la presenza di interventi, legislativi o regolamentari, dettati da ragioni di ordine pubblico e volti – direttamente o indirettamente – a condizionare i comportamenti individuali (l’iniziativa economica, si dirà più tardi): basti pensare ai provvedimenti che disciplinavano lo svolgimento di fiere e mercati, l’apertura e chiusura di esercizi commerciali, l’orario di panificazione ecc.

Agli occhi della cultura giuridica accademica, tuttavia, la legislazione in materia di lavoro sembrava mettere pericolosamente in discussione la grande dicotomia fra diritto privato e diritto pubblico, nei termini consacrati dalla Rivoluzione francese e quindi dalla lotta contro le indebite ingerenze del Sovrano nella sfera di libertà dell’individuo.

L’elemento perturbatore, che faceva perdere di vista quella linea di confine, era rappresentato proprio dalla natura inderogabile di provvedimenti legislativi, dettati sì da ragioni di ordine pubblico, ma – al contempo – gravidi di riflessi all’interno della dinamica contrattuale di una relazione fra privati.

Sempre sul piano della cultura giuridica, la mediazione che si cercò di raggiungere fu quella di espungere ciò che il diritto privato non poteva in sé contenere (se non al prezzo di rinunciare alla sua presunta immutabilità), e di ricacciarlo nell’orbita del diritto pubblico, il quale cresceva a spese del primo, perché investito del «compito dell’innovazione» (26).

La migliore traduzione normativa di tale operazione culturale è rappresentata dall’intervento in materia di infortuni sul lavoro, una questione che si presentava in termini dirompenti e ignoti alla quiete della società agraria. Come è stato osservato, non si trattò di «un modesto episodio del nascente diritto del lavoro», perché era in ballo «tutta una costruzione teorica della responsabilità civile fondata sulla colpa» (27), aggredita dall’idea che l’imprenditore potesse essere chiamato a rispondere dell’infortunio sulla base del semplice rischio professionale.

Ebbene, la soluzione accolta con la legge 17 marzo 1898, n. 80, esorcizzò lo spauracchio del rischio professionale, imponendo una pacificazione di stampo pubblicistico che sembrò annullare «la conflittua-

(26) G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, n. 17, 1988, p. 208; in senso conforme, v. M. G. Garofalo, *Lodovico Barassi e il socialismo della cattedra*, in *q. Riv.*, 2001, I, p. 392.

(27) P. Grossi, *op. cit.*, pp. 25-26.

lità sottesa al diritto privato» (28). Cominciò allora quel processo di «ghettizzazione» della materia previdenziale, immediatamente staccata dal corpo del diritto del lavoro e a lungo rimasta «una specie di terra in-feconda», immeritevole del «lavoro dei maestri» (29).

Anche quando la legislazione inderogabile penetrò la relazione negoziale tra imprenditore e lavoratore (si pensi alle prime limitazioni in tema di orario di lavoro), attentando alla sovranità dell'autonomia individuale, la reazione dello *star system* dottrinale fu quella di confinare le leggi sociali nell'angusto concetto di *ius singulare* (anche nel tentativo di bloccarne l'applicazione analogica e persino l'interpretazione estensiva), in modo da utilizzarle come «strumento di sostegno della immodificabilità degli istituti essenziali dell'ordinamento privatistico» (30).

Come è noto, nel nostro paese, il principale artefice di questa costruzione fu Lodovico Barassi; nell'affermare che «le leggi sociali hanno per caratteristica di non toccare menomamente l'essenza degli istituti giuridici», egli cominciava, infatti, la sua grande opera di sistemazione della nostra materia, costruendola sulla separazione tra il «lato sociale del contratto di lavoro», di cui ammetteva la necessità di riforme, e «il lato proprio solo dello stretto diritto privato», per il quale respingeva «ogni ingerenza coattiva dello Stato» (31).

Lo sforzo barassiano era specificatamente proteso a «*compatibilizzare* per “linee esterne” l'interventismo della norma inderogabile con il dogma dell'autonomia privata e del libero contratto di lavoro» (32), che doveva pur sempre rimanere «la regola fondamentale», «in un regime economico-giuridico a base di impresa capitalista». Anche nel contratto di lavoro – egli afferma – «la regola è l'autonomia delle parti», ma è costretto ad ammettere che «qui quell'intervento limitatore dell'autonomia è più frequente che in altri contratti patrimoniali, per la natura della prestazione fondamentale (lavoro) che tocca così da vi-

(28) L. Gaeta, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1987, p. 15; dello stesso Autore, v. *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, in *LD*, 1994, pp. 207 ss.

(29) F. Carnelutti, *op. cit.*, p. VIII.

(30) G. Cazzetta, *op. cit.*, p. 164.

(31) L. Barassi, *Sui limiti di una codificazione del contratto di lavoro*, in *Il Filangieri*, 1899, pp. III e XI.

(32) R. De Luca Tamajo, *op. cit.*, p. 550.

cino la persona tutta quanta del lavoratore»: ciò determina anche «l'estensione di applicazione della categoricità della norma» (33).

La separazione fra leggi di tutela e diritto privato codificato fu sostenuta anche da Enrico Redenti, il quale era concorde nell'affermare che la legislazione sociale «non modifica propriamente la figura del contratto, come negozio giuridico, ma implica una certa ingerenza contingente e mutevole, da parte dello Stato, nella sfera della libertà individuale, ingerenza, che si esplica normalmente con una azione amministrativa o di polizia» (34).

Nel complesso, l'affannata «difesa della priorità e onnicomprensività del diritto civile» (35) fu un dato costante nelle convinzioni dei giuristi liberali dell'epoca, i quali si disposero ad accettare l'intervento coattivo dello Stato nel campo delle relazioni di lavoro, a condizione, però, di relegarlo al di fuori degli intangibili confini civilistici, e in ogni caso *all'esterno* del contratto di lavoro. È rimasta celebre, in proposito, l'esortazione di Vittorio Polacco: «resti il codice nella sua essenza qual è, e i pochi provvedimenti di legislazione sociale, per avventura necessari, vi si accolgano intorno, sotto forma di leggi singole, quasi pianeti attorno al Sole» (36).

A questa posizione si contrappose quella dei socialisti della cattedra, che invocarono – senza esito alcuno – «non tanto una legislazione speciale più esplicitamente favorevole ai lavoratori, bensì un sovvertimento totale dei princìpi civilistici, da realizzarsi attraverso una nuova codificazione privato-sociale tutta calibrata sulla considerazione degli interessi e delle esigenze derivanti dalla situazione di debolezza economica delle classi proletarie» (37).

Come è noto, fu il successo della tesi barassiana a ritardare in Italia la realizzazione di un intervento legislativo «per organare nel *Diritto contrattuale il contratto di lavoro*» (38), contro il quale si formò un

(33) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. ed. libreria, Milano, 1915-17, II, pp. 329-330.

(34) E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei proviviri* (1906), rist. a cura di S. Caprioli, Giappichelli, Torino, 1992, p. 9, nota 28.

(35) G. Pino, *Il contesto di inizio secolo e la discussione sul contratto di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, il Mulino, Bologna, 1989, p. 40.

(36) V. Polacco, *La funzione dell'odierna legislazione civile*, Tip. Savini, Camerino, 1885, p. 24.

(37) L. Castelvetti, *op. cit.*, pp. 222 ss.

(38) G. Vadalà Papale, *Il contratto di lavoro*, Stab. Tip. Cav. A. Tocco, Napoli, 1897, p. 6.

drappello di accaniti ed eterogenei oppositori (39); ed è a tale orientamento che si deve la considerazione della legislazione sociale come ramo per lungo tempo estraneo (e marginale rispetto) al diritto del contratto di lavoro (40).

Non a caso, la prima trattazione organica sul tema della legislazione sociale trovò ospitalità nella letteratura giuspubblicistica, e precisamente nel *Trattato di diritto amministrativo* curato da Vittorio Emanuele Orlando. Apparso nel 1930, ma in realtà redatto (come è molto probabile) nel 1914, il saggio di Francesco Arcà mantenne la distinzione fondamentale tra la «legislazione sociale del lavoro» e la «regolamentazione giuridica, civilistica del contratto di lavoro», sempre appartenente al «diritto privato» (41).

Trovava dunque conferma la riconduzione dell'intervento protettivo dello Stato nel campo del lavoro al diritto pubblico; più in particolare, ora la legislazione sociale risultava incorporata nel diritto dell'amministrazione pubblica (42), che – per fini di *benessere* (ormai fuori da uno spirito caritatevole) – si preoccupa di «eliminare, attenuare, prevenire, indennizzare i danni e i pericoli» propri del lavoro nella società industriale, tentando inoltre di «rendere meno stridente la sperequazione nella distribuzione della ricchezza fra le due classi che la producono». Il limite invalicabile era rappresentato, naturalmente, dalla permanenza economica delle classi stesse: come affermava Arcà, «la legislazione sociale così – se pure a una prima superficiale osservazione sembri il contrario – non intacca affatto l'ordine giuridico e politico» (43).

Complessivamente, fu, dunque, in un'ottica di cauto riformismo che la scienza giuridica pre-corporativa si attrezzò ad accettare i cambiamenti indotti dalla prima legislazione imperativa in materia di lavoro.

(39) Cfr., ad esempio, L. Ratto, *Contro una legge sul contratto di lavoro*, in *Il contratto di lavoro*, 1905, p. 49, e C. Cagli, *La codificazione del contratto di lavoro*, *ivi*, p. 2. L'avversione della dottrina non poté non influire sui lavori della Commissione Chimirri, istituita allo scopo di formulare un disegno di legge (mai varato) sul contratto di lavoro (v. G. Pino, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *PD*, 1984, pp. 207 ss.).

(40) Sul punto, cfr. V. Simi, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 39 ss.

(41) F. Arcà, *op. cit.*, p. 7.

(42) La considerazione della legislazione sociale come *diritto amministrativo del lavoro* fu condivisa da G. Zanobini, *La legislazione sociale*, in *Arch. studi corp.*, 1931, p. 193, e, in seguito, ripresa da V. Simi, *op. cit.*, p. 40, e da L. Levi Sandri, *Istituzioni di legislazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 5.

(43) F. Arcà, *op. cit.*, p. 10.

2. — *Le consuetudini d'ordine pubblico nel diritto nuovo dei probiviri* — Tradizionalmente compresa fra gli interventi di legislazione sociale, in considerazione del comune intento di prevenzione e guarigione di quella «febbre sociale» che l'intenso sfruttamento della forza lavoro andava inevitabilmente inasprendo, l'istituzione dei probiviri industriali (operata con la legge 5 giugno 1893, n. 295) segnò una tappa fondamentale per la costruzione del nostro diritto del lavoro.

Come è noto, alle Giurie non spettava di giudicare sulle controversie collettive, secondo l'interpretazione più persuasiva (44) che fu data alle disposizioni della legge istitutiva; e ciò rappresentò — nell'opinione dei primi studiosi (45) — il più grave dei difetti del nuovo istituto (parzialmente corretto solo con la riforma operata dal d.lgs. 13 ottobre 1918, n. 1672). Era chiara l'intenzione di contenere il manifestarsi della dimensione collettiva del conflitto fra capitale e lavoro, privilegiando la difesa degli interessi individuali (46).

Un'ulteriore restrizione alle potenzialità del nuovo istituto proveniva poi dai limiti alla competenza per valore e per materia dei Collegi, delineati dall'art. 9 della legge: essi potevano dirimere le controversie di valore non superiore a lire 200 e relative ai salari pattuiti e alle ore di lavoro convenute. In particolare, la limitazione per materia sottraeva alla potestà giurisdizionale (ma non a quella conciliativa: cfr. l'art. 8 della legge, ove si fa riferimento ai «salari pattuiti e da pattuirsi» e alle «ore di lavoro convenute o da convenirsi») tutto ciò che riguardasse la stipulazione di futuri contratti di lavoro.

In tal modo, la nuova istituzione non incideva sulla libertà delle parti di determinare il contenuto del regolamento negoziale, dato che il giudizio dei nuovi tribunali non poteva oltrepassare — almeno sulla carta — i confini dei rapporti contrattuali già sorti, e «sostituirsi alle parti nel fissare, in modo per esse obbligatorio, le condizioni dei nuovi contratti di lavoro» (47).

(44) L. Castelvetti, *op. cit.*, p. 186.

(45) E. Redenti, *op. cit.*, p. 4; C. Betocchi, *Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto*, Jovene, Napoli, 1897, p. 644; L. Mortara, *Per la riforma della legge sui probiviri*, in *Il contratto di lavoro*, 1904-5, p. 48; G. Balella, *Gli organi di conciliazione e giurisdizionali nelle vertenze collettive tra capitale e lavoro*, «L'Universale» Tipografia Poliglotta, Roma, 1923.

(46) M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, il Mulino, Bologna, 1980, p. 163.

(47) P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), in *Studi sul processo civile*, II, Cedam, Padova, 1930, p. 7, nota 7.

Ciò premesso, appare inevitabile chiedersi come i probiviri industriali, nonostante le penetranti restrizioni che il legislatore aveva posto al loro operato, poterono lasciare una traccia indelebile nel processo di costruzione del nascente diritto del lavoro.

In effetti, se letto alla luce delle restrizioni legali poste all'attività dei Collegi, nonché delle mille difficoltà burocratiche e della ostilità degli imprenditori, che ne impedivano la costituzione (peraltro non obbligatoria) (48) o ne paralizzavano il funzionamento (49), il contributo dei probiviri fu davvero notevole e originale: questi si fecero creatori di principi e regole intorno a un rapporto giuridico ancora ignorato dal diritto codificato.

Inizialmente concepita come «sussidiaria e accessoria» (50), l'attività giurisdizionale dei probiviri prevalse immediatamente su quella conciliativa (51), anche se nella decisione probivirale – vicina «nella sua genesi storica e psicologica, al contratto» (52) –, rimaneva l'eco del componimento fra interessi in conflitto, portati nel collegio dagli opposti rappresentanti di classe: prevaleva, dunque, «la tendenza a gestire e risolvere le controversie di lavoro con un sano “istinto” negoziale, che inevitabilmente annebbia il confine tra *ius dicere* e *ius dare*» (53).

Si trattò, senza dubbio, di giudici *sui generis*, che – operando nel vuoto giuridico – si trasformarono, ben al di là delle intenzioni del legislatore che li istituì, in veri e propri «elaboratori-sollecitatori di nuove frontiere del diritto civile» (54).

La *gran lacuna* del codice del 1865 in materia di rapporti di lavoro non sembrava lasciare scampo: o una codificazione organica delle regole del contratto, avversata dai giuristi per le ragioni già illustrate (*supra*, par. 1), oppure un paziente lavoro giurisprudenziale volto a se-

(48) La facoltatività della istituzione dei collegi «rappresentò una delle più gravi pecche del sistema, perché contribuì a una considerevole inattuazione della legge» (G. Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, p. 25, nota 10).

(49) Sulla debolezza strutturale del nuovo istituto, v. E. Balboni, *op. cit.*, pp. 12-15.

(50) U. Romagnoli, *Le origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia*, in *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, p. 126.

(51) Come rilevato da E. Redenti, *op. cit.*, p. 13, e da A. Segni, *I Tribunali del lavoro in Italia* (1927), ora in *Scritti giuridici*, Utet, Torino, 1965, I, p. 453.

(52) F. Carnelutti, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, I, p. 33.

(53) U. Romagnoli, *Lequità nei conflitti di lavoro: elementi per un bilancio consuntivo*, in *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, cit., p. 279.

(54) M. Cappelletto, *Per una storia del diritto del lavoro: il contratto collettivo e i probiviri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pp. 1201-1202.

tacciare quelle regole nelle pulsioni del mondo reale, nella trama informe delle convenzioni di piazza, erette a diritto vivente.

Attingendo alle «raccolte degli usi concernenti l'impiego privato custodite e aggiornate dalle Camere di commercio nei maggiori centri manifatturieri», e quindi riciclando «con effetti moltiplicatori gli *standards* di trattamento normativo dei lavoratori non manuali occupati nel terziario privato più avanzato» (55) (institori, rappresentanti, commessi viaggiatori, commessi di negozio ecc., insomma «i vari tipi di mandatarî commerciali con rappresentanza», progressivamente destinati a convertirsi in «impiegati») (56), le magistrature industriali hanno certamente il merito di aver rintracciato e messo per iscritto prassi e usanze auto-createsi nel pullulante regno dei traffici. Portate a galla, esse si trasformarono – attraverso «una serie di decisioni conformi» – «in una norma di diritto consuetudinario, fornita di forza obbligatoria generale» (57), applicabile, dunque, a prescindere dalla volontà (eventualmente) manifestata dalle parti di recepire quella prassi nei termini di una clausola negoziale.

In questo senso, poco importa stabilire quanto l'azione dei probiviri si muovesse nei confini tracciati dalla legge istitutiva, che – in effetti – li autorizzava, in caso di mancato accordo fra le parti, a dirimere la controversia tenendo conto delle «consuetudini locali» (cfr. art. 38, legge n. 295/1893); consuetudini locali che – peraltro – nelle massime probivirali non sempre troviamo richiamate come fonti del diritto (usi normativi, si dirà più tardi), ma spesso in termini di «indici rilevatori e integratori di una possibile interpretazione del testo redatto dai contraenti» (58).

Anche l'istituzione dei probiviri (come, in genere, i provvedimenti di legislazione sociale: v., *supra*, par. 1) può essere letta – nell'ottica di una ricostruzione storica del pensiero giuridico – attraverso il binomio innovazione/continuità.

Sul primo versante, si andò diffondendo l'idea che i probiviri fossero investiti del compito di forgiare le regole del contratto di lavoro, di scrivere quel diritto nuovo, sul quale si sarebbe dovuto edificare l'intero codice del lavoro.

(55) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit., p. 92.

(56) F. Carinci, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 1131.

(57) P. Calamandrei, *op. cit.*, p. 43.

(58) B. Veneziani, G. Vardaro, *op. cit.*, p. 475, ma v. già G. Ghezzi, in F. De Robertis, G. Ghezzi, *Lezioni di storia di diritto del lavoro*, Adriatica, Bari, s.d., p. 145.

In questa prospettiva, la nuova magistratura industriale avrebbe dovuto progressivamente sostituire agli antiquati e inutilizzabili principi di impronta romanistica, il diritto del contratto di lavoro originato dai «fatti nuovi» dell'età industriale, quello che qualcuno chiamava «il diritto dell'avvenire» (59); insomma, nell'istituzione dei probiviri si leggevano «i germi del futuro ordinamento sociale», in cui «il nuovo Diritto si crea e sbalza dal suo trono il vecchio Diritto romano» (60).

Proprio il richiamo alla tradizione romanistica indusse alcuni giuristi ad accostare la funzione assolta dai probiviri a quella del *praetor* romano: quello dei probiviri era visto come *ius honorarium*, figlio di una «giurisprudenza *progressiva*, o *produttiva*, che supplisce e conforma ai nuovi bisogni la legge divenuta inadatta per mutarsi dei costumi» (61).

L'accostamento non era poi così forzato ma per conferire ai probiviri un vero e proprio *ius edicendi*, di stampo pretorio, si sarebbe dovuto superare il limite soggettivo della cosa giudicata, estendendo gli effetti delle decisioni probivirali «a tutti gli interessati in questioni affini», e quindi sacrificando «alla questione sociale l'antico principio [...] della *res inter alios acta*» (62). In realtà, i probiviri non creavano legge; semmai contribuivano alla formazione di una norma consuetudinaria, che finiva per orientare – in questa veste – i successivi comportamenti.

Del resto, il solo fatto che ci si interrogasse sull'opportunità di estendere – in via interpretativa ovvero attraverso apposita riforma della legge istitutiva – gli effetti della *res iudicata*, confermava l'apporto creativo fornito dalle magistrature industriali: quell'interrogativo «ha ragion d'essere solo se si ammette il carattere di formulatori d'un nuovo diritto nei probiviri-giudici» (63).

Di contro, tra i fautori della *continuità* possiamo ascrivere, a pieno titolo, Enrico Redenti, il quale polemizzò con forza con chi – a suo dire – considerava «queste magistrature [...] non integralmente

(59) L. Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Stab. Tip. Bianchini, Macerata, 1893, p. 19.

(60) P. Premoli, *Manuale dei probiviri ad uso degli operai*, Nerbini, Firenze, 1903, p. 17.

(61) E. Gianturco, *Sul contratto di lavoro*, 1902, ora in *Opere giuridiche*, La Libreria dello Stato, Roma, 1947, p. 271.

(62) G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Soc. ed. «Foro italiano», Roma, 1930, pp. 389-390.

(63) C. Lessona, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, pp. 233-234.

vincolate al rispetto del diritto sostanziale vigente, bensì chiamate ad applicare un ipotetico diritto nuovo, opposto a esso, giusto quanto esso è iniquo» (64).

Solo sul più ristretto piano procedurale, egli riconobbe la portata innovativa del nuovo istituto: non vi era alcun dubbio che il giudizio probivirale si svolgesse secondo canoni in parte diversi da quello ordinario, perché introduceva «modificazioni» che, «considerate nel loro complesso, [...] hanno evidentemente carattere di *temperamento sociale* al principio della disposizione delle parti, quale discende dai più puri *principi e sentimenti individualistici*» (65).

Fuori dell'ambito procedurale, quello dei probiviri – secondo Redenti – non era sovrimento ma integrazione del diritto scritto, attraverso uno spiraglio che lo stesso diritto civile lasciava aperto: nel codice del 1865, infatti, l'art. 1124 prevedeva che i contratti obbligassero «non solo a quanto è nei medesimi espressi, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano».

Richiamandosi a tale principio, di fronte alla singola controversia sottoposta al vaglio della Giuria probivirale, questa poteva individuare il criterio di giudizio, attingendo a quel patrimonio alimentato da «ogni convinzione della coscienza giuridica dei giudici, tratta dalla natura e dalla funzione del contratto, dalla pratica e dalle convinzioni dei galantuomini in proposito» (66); ma, tali «usi, pratiche, convinzioni» – dirà Redenti qualche anno dopo la pubblicazione del suo *Massimario* – sono (tutti egualmente) «diritto per l'art. 1124 [...], diritto, si noti bene, che anche il giudice ordinario deve applicare» (67).

In definitiva, secondo il principale *sponsor* dei probiviri, «la funzione delle magistrature industriali si mantiene nell'ambito della tutela del diritto vigente», limitandosi a «render attivo un meccanismo di integrazione del diritto codificato, [...] che rimaneva altrimenti rugginoso e inerte» (68).

Il richiamo a un principio codicistico, con il quale magnificare la capacità di adattamento del diritto vigente, appare certamente in sintonia con l'atteggiamento complessivo dei giuristi dell'epoca: occorreva con-

(64) E. Redenti, *op. cit.*, p. 20.

(65) *Ivi*, p. 25; nello stesso senso, v. L. di Franco, *Probiviri*, in *Dig. it.*, XIX, parte II, 1909, pp. 314 ss.

(66) E. Redenti, *op. cit.*, p. 25.

(67) E. Redenti, *La riforma dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, p. 634.

(68) E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., pp. 22 e 26.

vincersi e convincere che neppure le regole elaborate nelle decisioni probivirali potessero incrinare l'insossidabile saggezza del sistema giuridico paleo-liberale, a sua volta considerato figlio dell'imperituro diritto delle pandette.

Intervenendo sulla questione, Barassi attribuì all'art. 1124 un carattere addirittura «rivoluzionario», perché capace di precorrere i tempi e di rendere possibile «al giudice di non trovare eccessivamente grave la lacuna di norme che disciplinino il contratto di lavoro». Insomma: grazie a tale norma, «vero polmone ossigenatore attraverso il quale [...] tutto il nostro diritto privato codificato respira largamente conservando intatta la propria vitalità [...], non vi è novella esigenza, recente aspirazione che non possa subito penetrare nel contratto» (69).

In questa prospettiva può leggersi l'esaltazione della funzione di integrazione del diritto contrattuale svolta dalla magistratura probivirale, definita come «organo dell'equità»; di un'equità – si badi – la cui «forza creatrice» doveva muoversi «sempre nei limiti del sistema legislativo», senza mai forzarlo, perché ciò «che è consono coll'equità è voluto appunto dal diritto» (70).

Proprio la questione dell'equità fu un tema cruciale nel dibattito giuridico precedente all'emanazione dell'attuale codice civile: si trattò del terreno di «incontro (o meglio di scontro) delle ideologie di fine secolo», rispetto a problemi cruciali come quello della «scelta tra codificazione e non codificazione, tra diritto scritto e diritto libero, tra formulazione legislativa e giudiziaria del diritto e addirittura tra un tipo di società organizzata su basi socialiste e un'altra organizzata su basi capitalistiche» (71).

Il gius-positivismo ottocentesco era stato deciso sul punto: «l'equità è una forza – e un potere – che si addicono al legislatore; forza e potere che vanno negati al giudice» (72).

Ma la *rivolta dei fatti* (73), a cui il diritto del lavoro stava fornendo un contributo decisivo, bussava alla porta delle antiche certezze. E si

(69) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., I, p. XXXIX.

(70) *Ivi*, p. 297.

(71) F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 61.

(72) P. Grossi, *op. cit.*, p. 140. Sul ruolo dell'equità nella nostra materia, cfr. G. Naletto, *Analogia ed equità nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1991, e I. Piccinini, *Equità e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1997.

(73) L'espressione è di G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta*, ora in *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, I, p. 411 (il quale – a sua volta – si rifaceva a G. Morin, *La Révolte de faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920).

manifestava anche attraverso la valorizzazione dello strumento equitativo, segno di «una antitesi irriducibile tra il fatto e la legge [...], tra il vario e il costante, tra il molteplice e l'uno». Man mano che si incrinava il dogma della completezza formale dell'ordinamento, affiorava, dunque, la vocazione creativa della giurisprudenza, tanto avversata dal legalismo illuminista, che sarebbe inorridito a sentir celebrare la «santa indisciplina» del giudice nei confronti della *lex scripta*: «comunemente ogni giudice ha un'anima di legislatore. La comune tendenza al giudizio di equità non è altro che questo» (74).

Nel campo del lavoro, il ritmo del cambiamento non poteva non essere più rapido che altrove, e determinò il proliferare di giurisdizioni d'equità, nel contesto di un più generale fenomeno che vide nelle giurisdizioni speciali una risposta alla «crisi del principio della codificazione», ormai «insufficiente a coprire con le sue previsioni tutte le successive manifestazioni del momento sociale» (75).

Quanto ai probiviri, la loro azione non si mosse solo nelle pieghe del diritto comune, limitandosi a colmarne lacune per immortalarne la continuità. Attraverso un approccio casistico furono disciplinate le più importanti situazioni giuridiche connesse al rapporto di lavoro (76), che il diritto scritto neppure considerava e che i Collegi regolavano *ex bono et aequo*, fornendo al contratto di lavoro «una connotazione plastica», in cui «si producevano le incursioni di elementi non dipendenti dalla volontà dei singoli» (77). Era, dunque, un mero artificio quello di circoscrivere la loro azione alla pura e semplice ricerca e consacrazione in via equitativa di principi già esistenti, *sotto traccia*, nel diritto vigente.

Fu sul terreno sindacale che il processo di erosione dei paradigmi del diritto civile, avviato dai probiviri, produsse i risultati più incisivi e «spregiudicati» (78). Al di là della questione dello sciopero, di cui si riconosceva «la natura di *fatto collettivo*», tale da terminare «una sospen-

(74) F. Cernelutti, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, cit., p. 33.

(75) F. Gazzoni, *op. cit.*, p. 27.

(76) Ad esempio, in deroga al principio *casus sentit debitor*, i probiviri posero «i primi tasselli dell'assetto che poi culminerà negli artt. 2110 e 2111 del codice del 1942» (G. Pera, *La posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto di lavoro nel Manifesto curato da Redenti*, in *RIDL*, 1994, III, p. 177).

(77) B. Veneziani, G. Vardaro, *op. cit.*, p. 475.

(78) U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, cit., p. 90.

sione *qualificata*» del rapporto di lavoro (79) (in contrasto con l'orientamento della giurisprudenza ordinaria, che leggeva nello sciopero «una rottura del contratto») (80), le pronunzie più innovatrici riguardarono il profilo dell'efficacia delle disposizioni del contratto collettivo: si cominciava, infatti, a ritenere quest'ultimo (in quanto «sintomo di un *uso locale*») vincolante «oltre il limite delle sue parti» (81), e (come diremo *infra*, par. 5) a considerarlo capace di prevalere su eventuali difformi pattuizioni individuali.

Ai fini della presente ricerca, quel che più conta è che il contributo dei probiviri non si limitò a questa meticolosa e utilissima opera di sistemazione/creazione di un corpo di regole in materia di lavoro, ma si spinse fino a riconoscere una particolare efficacia agli usi codificati nelle proprie massime.

Infatti, «per fare uscire il contratto di lavoro dallo schema civilistico della locazione» (che «ne impediva ogni evoluzione»), le magistrature industriali ricorsero «all'espedito di ritenere la stipulazione del contratto di lavoro come il compimento di un atto di commercio» (82), operazione sostenibile in ragione della qualità di *commerciante* normalmente rivestita dal datore di lavoro, e della pertinenza del contratto di lavoro all'esercizio della sua attività professionale (trattavasi, dunque, di atto *soggettivamente* commerciale, ai sensi dell'art. 4 cod. di commercio).

Si trattava di un'operazione «inconsapevolmente» moderna, perché indirettamente proiettava la relazione negoziale di scambio della forza lavoro nella dimensione della (magari embrionale) organizzazione

(79) E. Redenti, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, p. 564; v., in particolare, Prob. Milano, *Alimentari*, 9 settembre 1901, in E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 114, n. 441.

(80) M. Offeddu, *Attualità di una ricerca storica: probiviri industriali e licenziamenti*, in *DLRI*, 1981, p. 94. Per un'attenta ricognizione degli orientamenti della magistratura probivirale e togata in tema di conflitto collettivo, v. B. Veneziani, *I conflitti collettivi e la loro composizione nel periodo precorporativo*, in *Riv. dir. lav.*, 1972, I, rispettivamente, par. 2 e par. 3.

(81) S. Caprioli, *Redenti giurista empirico*, Introduzione a E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 28.

(82) G. Micali, *La retribuzione adeguata e sufficiente e la sua difesa giurisdizionale nell'esegesi storico-giuridica secondo l'art. 36 Cost.*, in *DL*, 1992, I, pp. 283-284. In alcune decisioni probivirali troviamo esplicitamente dichiarata la natura commerciale del contratto di lavoro: v. Prob. Bologna, *Tessili*, 22 luglio 1900, e Prob. Gallarate, *Tessili*, 31 marzo 1905 (in E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., rispettivamente, p. 89, n. 255, e p. 81, n. 207); Prob. Milano, *Tessili*, 27 febbraio 1901, in *Mon. Trib.*, 1901, p. 216.

d'impresa. A quel tempo, infatti, in assenza di una nozione generale di impresa, collocata «ancora nella decrepita culla dell'atto di commercio» (83), «la “commercialità” dell'attività d'impresa era intesa in modo tale da non riuscire a cogliere gli aspetti “interni” del fenomeno produttivo, e cioè l'organizzazione e la combinazione dei fattori di produzione, nonché le sorti del personale» (84).

Nella riflessione intorno alla natura commerciale del contratto di lavoro vi erano già i germi del contributo che la nostra materia avrebbe poi dato alla formazione della teoria dell'impresa: «per indagare se il contratto di lavoro industriale sia o no atto di commercio», Barassi invitava a non «isolare il rapporto tra chi dà il lavoro e chi lo paga», ma a «considerarlo come un elemento di un tutto più vasto, di un'organizzazione più ampia in cui il creditore del lavoro, o chi ne ha assunto la prestazione è a sua volta in rapporto con le altre persone» (85).

In ogni caso, la maggiore forza dell'uso mercantile, il quale – come è noto – era anteposto alla legge civile nella gradazione delle fonti secondo l'art. 1 del codice di commercio, servì ai probiviri per teorizzarne (attraverso un'inconfessata forzatura) l'inderogabilità a opera dell'autonomia privata: la consuetudine commerciale, «in quanto [...] destinata a tenere il posto della legge scritta deficiente, può, come la legge scritta, essere qualificata d'ordine pubblico se riveste una straordinaria importanza giuridica o sociale, e in tal caso non è derogabile per patto contrattuale» (86).

In particolare, fu la consuetudine del preavviso di licenziamento ad assumere carattere inderogabile nei confronti dei patti individuali e dei regolamenti di fabbrica (87). I cosiddetti «otto giorni» divennero così un'occasione per misurare la tenuta del principio dell'autonomia priva-

(83) L. Mossa, *Contributo al diritto dell'impresa ed al diritto del lavoro*, in *Arch. studi corp.*, 1941, p. 77.

(84) G. Grasso, *L'azienda nel diritto del lavoro precorporativo*, in *PD*, 1984, p. 370. Sul tema, v. A. Jannarelli, *La «commercialità» dell'impresa nell'elaborazione del libro V del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, pp. 257 ss.

(85) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 791.

(86) L. Ratto, *Le consuetudini d'ordine pubblico nel contratto di lavoro*, in *Il contratto di lavoro*, 1905, pp. 7-8. In tal senso, v. Prob. Milano, *Meccaniche*, 25 marzo 1903, 24 giugno 1903 e 28 ottobre 1903, in E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 89, nn. 254 e 256, e p. 111, n. 417.

(87) Cfr. Prob. Milano, *Alimentari*, 9 luglio 1900, in P. Premoli, *op. cit.*, p. 82; per un elenco di decisioni conformi, v. S. Caprioli, *op. cit.*, p. 47, nota 197. Analogamente, si affermò l'inderogabilità della durata consuetudinaria del periodo di prova: v., Prob. Milano, *Alimentari*, 1° dicembre 1903, e Prob. Milano, *Legno*,

ta, rispetto al quale, non la consuetudine del preavviso in quanto tale, ma piuttosto la sua affermata inderogabilità sembrava poter aprire una breccia.

Era, infatti, il principio della inderogabilità di una norma di fonte non legislativa che non si era disposti ad accettare con facilità, e non il contenuto della norma stessa; del resto, l'obbligo del preavviso, istituito dalle origini in realtà «confuse e difficilmente ricostruibili» (88), rappresentava «il diretto prodotto dello spirito equitativo» (89).

Particolarmente significativo il raffronto tra la giurisprudenza ordinaria e quella probivirale: anche la prima riconobbe la necessità del preavviso come principio consuetudinario tratto dalla rilevazione degli usi locali, ma – contrariamente a quella probivirale – ne ammise incondizionatamente la derogabilità a opera delle parti del contratto di lavoro.

Di fronte all'affermata inderogabilità della regola del preavviso, si mostrò – in dottrina – una certa intolleranza; Barassi, intervenendo sul punto, precisò che la consuetudine non poteva mai prevalere sulla difforme volontà privata, individuale o collettiva che fosse, anche qualora – come nel caso del preavviso – l'uso esprimesse «un interesse sociale e pubblico, anziché un mero interesse privato». Secondo l'Autore il meccanismo introdotto dal «provvidenziale art. 1124» non poteva condurre «sino al punto di comprimere totalmente il principio fondamentale dell'autonomia privata, che solo la legge espressamente può limitare», mentre «la coscienza pubblica rivelantesi nell'osservanza di una data linea di condotta è cosa troppo fluttuante, per produrre quell'effetto così grave che è la nullità per illiceità del contratto»: ciò valeva anche nei confronti delle consuetudini commerciali, benché queste fossero poste dall'ordinamento in una condizione di privilegio rispetto a quelle civili (90).

In effetti, la qualificazione degli usi in materia di lavoro in termini di consuetudini commerciali non spostava la questione: l'inderogabilità non era affatto un attributo intrinseco né della legislazione, né della consuetudine commerciale. Le consuetudini d'ordine pubblico, insom-

17 settembre 1905, in E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 79, nn. 199 e 200.

(88) M. Offeddu, *op. cit.*, p. 81.

(89) P. Tullini, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 116, cui si rinvia per ogni approfondimento.

(90) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., pp. 333-334.

ma, erano un *ibrido* che la scienza giuridica non poteva facilmente decifrare, se non evocando – genericamente – il mutare dei tempi: in esse si affacciava una sorta di «buon costume industriale» (91), di etica degli affari incivilita e ingentilita dall'esigenza di protezione del lavoro.

Si mosse persino Cesare Vivante per replicare proprio a quell'orientamento della magistratura probivirale «che ritenne d'ordine pubblico l'obbligo della previa disdetta, in caso di licenziamento». Nel suo celebre *Trattato* l'insigne studioso volle chiarire che «usi imperativi d'ordine pubblico non esistono» (92), troncando un timido dibattito dottrinale, in seguito destinato a emergere prepotentemente alla luce dell'art. 17 della legge sul contratto di impiego privato (v., *infra*, par. 4).

Dal canto suo, pur di escludere «che possano esistere nel nostro diritto consuetudini inderogabili», Redenti (che però non intendeva certo sconfessare i probiviri) negò che fosse la consuetudine in quanto tale a non poter essere derogata dalle parti: era, piuttosto, il contrasto con l'ordine pubblico a determinare la nullità del patto individuale e l'applicabilità della consuetudine o dell'uso più equo (93).

Così attento a negare alla nuova magistratura una funzione eversiva nei confronti del diritto codificato, Redenti si vide, però, costretto a riscontrare la difformità «col diritto vigente» in quelle decisioni probivirali che finivano per *deformare* il contratto, facendo prevalere «certe consuetudini [...] che esse considerano *di ordine pubblico*» (94).

Non si voleva ammetterlo esplicitamente, ma un'altra ferita all'impalcatura dogmatica tradizionale era stata inferta.

3. — *L'inderogabilità come principio generale del rapporto di impiego privato* — Il processo di formazione extra-legislativa del diritto del lavoro, cui tanto aveva contribuito la giurisprudenza probivirale, trovò un primo, significativo approdo nella legislazione sul contratto di impiego privato, inaugurata con l'emanazione del d.lgs. 9 febbraio 1919,

(91) È la singolare, ma significativa, espressione coniata da A. Galizia, *Industrialismo e nuove forme contrattuali*, Stab. Tip. Priore, Napoli, 1910, p. 29, a commento dell'orientamento probivirale in tema di inderogabilità del preavviso di licenziamento.

(92) C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Vallardi, Milano, 1906, p. 71.

(93) E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 88.

(94) E. Redenti, *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei Probiviri*, cit., p. 550.

n. 112, poi sostituito dal più noto e completo r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, convertito nella legge 18 marzo 1926, n. 562.

Ponendosi come traduzione legislativa degli usi raccolti dalle Camere di commercio e rielaborati in sede giurisprudenziale (95), e anticipando i contenuti della futura codificazione del '42, tale provvedimento estrapolò una particolare figura contrattuale dal tronco della *locatio operarum* per regolarne in maniera organica i principali aspetti, dal momento della sua costituzione sino a quello della sua estinzione. Veniva così sancito il superamento della logica della legislazione sociale come intervento di stampo pubblicistico, collocato all'esterno della relazione contrattuale di lavoro (v., *supra*, par. 1).

Non occorre indugiare troppo – data la presenza di nota e pregevole letteratura in materia (96) – sulla *ratio* complessiva dell'intervento legislativo in tema di impiego privato, come pure sulle motivazioni che indussero a escludere la categoria degli operai dalla prima regolamentazione organica del contratto di lavoro.

Applicandosi solo al contratto «per il quale una società o un privato, gestori di un'azienda, assumono [...] l'attività professionale dell'altro contraente, con funzioni di collaborazione tanto di concetto che di ordine, eccettuata pertanto ogni prestazione che sia semplicemente di mano d'opera» (art. 1), il r.d.l. n. 1825/1924 venne a costituire la prima fonte di carattere legislativo del differenziale di trattamento tra operai e impiegati, imperniato sui tre criteri fondamentali della «professionalità, immanuità e collaborazione» (97).

Estraneo a un processo di sindacalizzazione parallelo a quello seguito dal movimento operaio, e quindi privo di una rete diffusa di contratti collettivi, il ceto impiegatizio aveva visto progressivamente appiattirsi la propria condizione ai livelli di trattamento nel frattempo raggiunti dagli operai: questi ultimi, peraltro, a differenza dagli impiegati, erano stati in prevalenza esonerati dalle operazioni militari della Grande Guerra, perché indispensabili alla produzione bellica.

Si trattava allora di ristabilire le distanze, concludendo «una pace separata [...] con la categoria meno numerosa e meno combattiva dei lavoratori», di cui occorreva premiare «la scarsa disposizione al con-

(95) Cfr., sul punto, P. Sandulli, *Impiego. I. Impiego privato. a) Disciplina generale*, in *ED*, XX, 1970, p. 267.

(96) U. Romagnoli, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, cit., pp. 77 ss.

(97) R. Del Giudice, *Il tramonto di una storica legge*, in *Riv. dir. lav.*, 1959, I, p. 153.

flitto, la tendenza alla fedeltà, sancendo solennemente i suoi privilegi e il particolarismo della condizione» (98).

Sotto il profilo giuridico, l'importanza della legislazione sul contratto di impiego privato stava non solo nell'aver codificato un *corpus* di regole desunte da una pluralità disorganica di fonti (raccolte di usi commerciali, massime giurisprudenziali ecc.), ma anche nell'averne sancito l'inderogabilità in *peius* a opera dell'autonomia privata, dando dignità legislativa e valenza generale a un principio che la magistratura dei probiviri aveva cercato di introdurre (v., *supra*, par. 3).

Infatti, secondo l'art. 17 del r.d.l. n. 1825/1924, «le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto in contrario, salvo il caso di particolari convenzioni e usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il presente decreto espressamente ne consenta la deroga consensuale».

Il principio della inderogabilità, senza il quale tutta la legge sarebbe stata «manifestamente oziosa e accademica» (99), derivava – secondo l'interpretazione più diffusa – dal suo carattere di provvedimento di ordine pubblico (100), trovando la sua «ragion d'essere [...] nella condizione di inferiorità economica, e quindi di minor libertà contrattuale, in cui il singolo impiegato viene a trovarsi nei confronti del principale» (101). Si trattava, in sostanza, del medesimo argomento che, nel periodo precorporativo, i socialisti della cattedra avevano avanzato per invocare – senza successo – una legge sul contratto di lavoro (v., *supra*, par. 1).

Fino alla emanazione del codice civile del '42, l'art. 17 del r.d.l. n. 1825/1924 rappresentò l'unica norma che sanciva l'inderogabilità della disciplina «circa la costituzione, l'esecuzione, e la risoluzione del rapporto di lavoro in genere» (102), o meglio di una *species* (l'impiego privato), staccata dal più ampio tronco della *locatio operarum*.

(98) F. Mancini, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 895.

(99) Sono parole della Relazione Orlando alla legge, ora in V. E. Orlando, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 151.

(100) Cfr. A. Fontana, *Dizionario completo dell'impiego privato*, Tip. ed. E. Schioppo, Torino, 1932, p. 16. Per la giurisprudenza, v. *Mag. Lav. Genova*, 9 ottobre 1929, in *MGL*, 1930, p. 155; Cass. 15 giugno 1928, *ivi*, 1929, p. 25; Cass. 27 luglio 1929, in *Riv. imp. priv.*, 1929, p. 234.

(101) M. Levi de Veali, *Clausole compromissorie, arbitrati e transazioni nelle controversie del lavoro*, in *Riv. imp. priv.*, 1929, p. 33.

(102) G. De Amicis, *La «Relazione Orlando» dopo venticinque anni*, in *Mag. Lav.*, 1937, p. 1582.

Per la verità, data l'importanza dell'art. 17, se ne tentò – dopo qualche tempo – un'estensione analogica ai rapporti di lavoro manuale, attribuendo così a tale disposizione il valore di principio generale riferibile a tutti i rapporti di lavoro subordinato (103). Si trattò, tuttavia, di un'operazione che neppure la stessa giurisprudenza condivise in modo unanime (104), anche alla luce della specialità della disciplina in materia di impiego privato, qui invocata per evitare che il principio dell'inderogabilità assumesse effetti *di sistema*.

Inoltre, la particolare attenzione alla *mens legis* sottostante all'art. 17 indusse a forzare la formula del divieto di «ogni patto contrario» alle norme di legge, per rintracciarvi la regola della indisponibilità dei diritti già sorti in capo al lavoratore: infatti, un autorevole orientamento dottrinale, parzialmente assecondato dalla giurisprudenza (105), ritenne «la rinuncia al trattamento minimo garantito dalla legge sull'impiego privato come una diretta violazione della legge medesima» (106), senza, dunque, «la mediazione di una norma analoga all'attuale art. 2113» (107).

Vi fu, però, un netto contrasto sulla possibilità o meno di assoggettare a tale regime anche le transazioni, «giacché per queste ultime il rapporto di consequenzialità tra inderogabilità delle norme e invalidità del negozio era assai meno evidente che non potesse apparire nei riguardi delle rinunzie» (108).

Se, da una parte, si consideravano unitariamente rinunzie e transazioni del prestatore di lavoro ai fini dell'applicazione del principio di inderogabilità (109), dall'altra, si riteneva, invece, che il negozio transattivo vero e proprio, quello, cioè, fondato sull'esistenza di una *res dubia*, non contenendo di per sé alcuna rinuncia a diritti riconosciuti dalla leg-

(103) Cfr., fra le altre, Cass. 21 dicembre 1936, in *Riv. dir. corp.*, 1937, II, p. 74; Cass. 17 marzo 1938, in *DL*, 1932, II, p. 141.

(104) In senso difforme si pronunziò, ad esempio, Cass. 19 luglio 1937, in *MGL*, 1938, p. 36.

(105) Cfr., per la dottrina, P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939, p. 459, e, per la giurisprudenza, Cass. 25 gennaio 1939, in *MGL*, 1939, p. 169.

(106) C. Cester, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *ED*, XL, 1989, p. 985; v., pure, G. Giugni, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro* (1959), ora in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 76; M. Grandi, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 376.

(107) R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 254.

(108) G. Giugni, *Limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lau.*, 1958, I, p. 71.

(109) Cfr., per tutte, Cass. 29 maggio 1936, in *Riv. imp. priv.*, 1937, p. 105.

ge (posto che «le parti che sono incerte non possono voler derogare a una situazione che non conoscono») (110), non potesse seguire la medesima sorte che colpiva gli atti abdicativi, e risultasse – quindi – pienamente valido (111).

Ragioni di ordine pratico convinsero, tuttavia, la pressoché unanime giurisprudenza a circoscrivere l'ambito di operatività del principio della indissolubilità dei diritti del lavoratore, e quindi ad attenuarne la portata; ben presto, infatti, prevalse l'opinione (112) che riconosceva l'invalidità – nella specie della nullità – soltanto dei negozi intervenuti nel corso (e non dopo la cessazione) del rapporto.

Ne scaturì un'ulteriore disputa nella quale è possibile riconoscere i germi del dibattito successivamente sviluppatosi – dopo la caduta dell'ordinamento corporativo – attorno al fondamento dell'indisponibilità delineata dall'art. 2113 cod. civ. (113).

Tale polemica vide buona parte della dottrina sostenere l'irrilevanza del «tempo in cui si effettuò la rinuncia», in quanto «circostanza [...] non influente di regola sulla natura del diritto, che non muta solo perché il rapporto che vi diede origine sia cessato» (114). In altri termini,

(110) G. Ardaù, *Il negozio di accertamento*, in *DL*, 1946, I, 103.

(111) Era l'opinione di P. Greco, *op. cit.*, pp. 463-467; G. Petraccone, *Conciliazione e transazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *MGL*, 1931, p. 19; U. E. Natta, *Sull'efficacia delle transazioni e delle rinunce a diritti inderogabili in materia impiegatizia*, *ivi*, 1934, p. 98; M. Giustiniani, *Sulla validità delle quietanze a saldo (transazioni e rinunce) nei rapporti di lavoro*, *ivi*, 1935, p. 673. In giurisprudenza, v., in particolare, Cass. 20 dicembre 1940, in *Mass. giur. corp.*, 1942, p. 96.

(112) Per l'irrinunciabilità assoluta dei diritti attribuiti ai lavoratori si pronunciarono, ad esempio, Cass. 12 gennaio 1931, in *FI*, 1929, I, p. 821, e Cass. 9 marzo 1931, in *GI*, 1931, p. 642. Come detto, l'orientamento prevalente fu nel senso della piena validità degli atti di dismissione realizzati dopo l'estinzione del rapporto: v. i riferimenti riportati da M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 526, nota 54.

(113) Mi riferisco alla nota disputa fra «una teoria soggettivistica, che giustifica il particolare regime in relazione allo stato di soggezione del lavoratore rispetto al proprio datore di lavoro, che ostacolerebbe una libera disponibilità dei diritti acquisiti [...] e una teoria oggettivistica, che sottolinea, invece, la peculiare rilevanza dei valori e beni tutelati sottratti persino alla disponibilità del titolare, per una valutazione di priorità rilevante per la collettività generale» (G. Ferraro, *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, p. 230).

(114) P. Greco, *op. cit.*, p. 462; in senso conforme, v. A. Uckmar, *Le transazioni e le rinunzie nel contratto di impiego privato*, in *Riv. lav.*, 1933, p. 950; G. Petraccone, *Rinunce e transazioni in tema di impiego privato e conciliazioni in materia di controversie di lavoro*, in *FI*, 1936, p. 180; G. Antoldi, *Transazione e quietanza a saldo; nullità della rinuncia a diritti di cui alla legge impiegatizia*, in *Riv. lav.*, 1932, I, p. 56.

nessuna indagine sulla genuinità del consenso prestato dal lavoratore si rendeva necessaria, in quanto l'unica vera *ratio* del principio posto dal citato art. 17 non era da ricercarsi in una presunta menomazione della capacità di agire del lavoratore, ma nella necessità di osservare «quei precetti d'ordine pubblico la cui osservanza si è voluta [...] imporre a ogni costo» (115).

Di contro, proprio per giustificare l'ammissibilità degli atti di disposizione posteriori alla estinzione del rapporto, si collegò il principio della inderogabilità della normativa di tutela alla condizione di inferiorità psicologica, ossia di minore libertà del lavoratore; si ritenne, così, che vi fosse uno stato di menomazione in grado di ripercuotersi sulla determinazione della volontà del soggetto, alla stregua di un vero e proprio vizio del consenso, destinato a cessare una volta trascorso il periodo alle dipendenze del datore di lavoro.

Dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento corporativo, fu sferrata «una ampia, articolata e decisa campagna per l'abrogazione della legge sull'impiego privato» (116): in particolare, si sviluppò un'opinione che arrivò a disconoscere l'inderogabilità da parte della contrattazione collettiva, sul presupposto che «la concezione corporativa» fosse inconciliabile con «la rigidità [...] di una legge che non può essere rinnovata con la frequenza del contratto collettivo» (117).

Come è evidente, la questione si poneva alla luce della particolare natura giuridica del contratto collettivo corporativo (v., *infra*, par. 5), il quale non sembrava riconducibile a quei patti e convenzioni a cui si richiamava l'art. 17 della legge impiegatizia. Si riteneva, in sostanza, che la legislazione sull'impiego privato avesse cessato di esercitare la sua funzione, nella convinzione che la preminenza della norma (imperativa) di legge si spiegasse solo «di fronte al regolamento individuale (cioè dell'individuo isolato e debole) non di fronte all'associazione» (118).

(115) D. R. Peretti Griva, *Irrinunciabilità di diritti in pendenza di rapporto impiegatizio*, in *Suppl. giur. Riv. lav.*, 1936, p. 78.

(116) G. C. Jocteau, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo 1926/1934*, Feltrinelli, Milano, 1978, p. 190.

(117) G. Petraccone, *A proposito di una polemica sulla riforma della legge sull'impiego privato*, in *DL*, I, 1930, p. 202, il quale sottopose a critiche tale opinione (a sostegno della quale, v., fra gli altri, G. De Semo, *Il contratto collettivo di lavoro e la legge sull'impiego privato*, in *MGL*, 1934, p. 290), affermando che, priva del carattere della inderogabilità, la legge non avrebbe più alcuna funzione.

(118) L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 119.

Si rivendicava, insomma, la scomparsa del fine proprio del r.d.l. n. 1825/1924, ossia la difesa di quel contraente debole che ora il nuovo ordinamento collocava «su un piede di giuridica eguaglianza» (119), determinando così una presunta incompatibilità tra il singolo provvedimento e l'intero impianto del sistema corporativo, ispirato al decantato principio della collaborazione fra le classi.

Di fronte a una sempre più pressante richiesta di superamento della legge impiegatizia, la giurisprudenza prevalente, tuttavia, mantenne fermo «il richiamo alla continuità dell'ordinamento e al carattere di ordine pubblico della legge, che ne giustifica la sua inderogabilità *in peius*, sia da parte del contratto individuale che di quello collettivo» (120).

La *querelle* si concluse rinviando ogni decisione circa le sorti della legge al momento in cui l'ordinamento corporativo avesse avuto piena attuazione. Si concordò sul fatto che la garanzia di minimi inderogabili di trattamento posta dal r.d.l. n. 1825/1924 avesse senz'altro «una sua utile funzione di natura transitoria» (121), fino a quando «moltissime categorie impiegatizie» risultassero «sfornite di contratto collettivo» (122).

Superata tale fase, si sarebbe potuto finalmente archiviare la legge impiegatizia, superata e «anacronistica» agli occhi del regime corporativo, che non poteva perdonarle la sua originaria impronta «classista»; tuttavia, il successivo intervento del legislatore avrebbe dovuto, comunque, conservare e perpetuare la caratteristica essenziale di quella legge, ossia il carattere della inderogabilità, ancora indispensabile per «raggiungere la parità tra datore di lavoro e lavoratore» (123).

(119) A. Navarra, *Prevalenza del contratto collettivo di lavoro sulla legge per l'impiego privato*, in *FI*, 1934, I, p. 69; nello stesso senso, cfr. A. Sermoniti, *Il contratto collettivo di lavoro di fronte alla legge, agli usi, ai contratti individuali*, in *DL*, 1935, II, p. 117.

(120) A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Jovene, Napoli, 1988, p. 50. La Cassazione, infatti, continuò a sostenere che «i contratti collettivi di lavoro non possono derogare alle leggi formali di ordine pubblico e quindi neppure alla legge sul contratto d'impiego privato» (Cass. 23 novembre 1936-2 febbraio 1937, in *Mag. lav.*, 1937, p. 563). Viceversa, nella giurisprudenza di merito trovò spazio la tesi della derogabilità del r.d.l. n. 1825/1924 a opera dei contratti collettivi: cfr., ad esempio, *Mag. lav. Catania*, 7 febbraio 1930, in *MGL*, 1930, p. 81.

(121) G. Petraccone, *La legge sul contratto d'impiego privato e il sistema corporativo*, in *DL*, 1935, I, 242.

(122) A. Uckmar, *La riforma della legge sul contratto d'impiego privato*, in *DL*, 1935, I, p. 385.

(123) *Ivi*, rispettivamente, pp. 392 e 390.

4. — *La parabola corporativa del valore giuridico degli usi: dall'art. 17 del r.d.l. n. 1825/1924 all'art. 2078 cod. civ.* — Una questione all'epoca particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, anzi il vero e proprio «*casus belli*» che diede origine alla massiccia offensiva contro la legge del 1924» (124), fu quella relativa alla derogabilità — per opera dell'autonomia privata — di quegli usi impiegatizi che risultassero più favorevoli (al lavoratore) rispetto al contenuto delle disposizioni di legge.

La questione si poneva, in particolare, in materia di indennità di preavviso e di anzianità, dove maggiori erano le lagnanze padronali, e dove maggiore era l'interesse a neutralizzare pattiziamente l'effetto di quelle consuetudini che avevano imposto un livello di tutela sopravanzato rispetto ai minimi legali nel frattempo intervenuti.

Secondo una prima tesi, dalla previsione di cui all'art. 17 r.d.l. n. 1825/24 doveva desumersi la «forza di legge» degli usi in materia di impiego privato, che acquistavano — come fu detto — «valore imperativo», ed erano dunque inderogabili a opera di fonti subordinate alla legge (125): fu questa l'opinione tenacemente sostenuta da una parte della dottrina, in particolare nei contributi apparsi sulle pagine della *Rivista dell'Impiego privato e del Mandato Commerciale* (126) ed enunciata in qualche pronuncia giurisprudenziale (127).

In questa prospettiva, l'effetto prodotto dall'affermato principio della inderogabilità *in peius* di cui all'art. 17 era duplice: da un lato, tale norma *cristalizzava* gli usi più favorevoli al momento dell'entrata in vigore della legge, evitando che «il ripetersi, pacifico e incontestato, di u-

(124) G. C. Jocteau, *La magistratura e i conflitti di lavoro durante il fascismo 1926/1934*, cit., p. 275.

(125) G. Davicini, *Piccolo manuale sui rapporti d'impiego privato*, Tip. sociale torinese, Torino, 1929, p. 24; in senso conforme, D. R. Peretti Griva, *Inderogabilità degli usi più favorevoli all'impiegato*, in *DL*, 1930, II, p. 142; G. De Amicis, *La non derogabilità degli usi impiegatizi, neppure per desuetudine, è ius receptum*, in *Mag. lav.*, 1940, p. 750.

(126) Lo stesso direttore del periodico inaugurò tale orientamento, sostenendo che, attraverso il richiamo agli usi più favorevoli di cui all'art. 17, questi acquistavano «natura ed efficacia coattiva» (M. Levi de Veali, *Efficacia della rinuncia e della transazione sui diritti derivanti dal contratto d'impiego privato*, 1924, p. 188). Tra i contributi, apparsi nella stessa *Rivista*, a favore della tesi della inderogabilità degli usi, v. G. Petraccone, *L'inderogabilità degli usi nella legislazione sull'impiego privato*, 1928, p. 2; L. Rovelli, *Gli usi nella giurisprudenza impiegatizia*, 1938, p. 5.

(127) A titolo esemplificativo, v. Cass. 14 novembre 1930, in *Riv. imp. priv.*, 1931, p. 61.

na serie di deroghe peggiorative» (128) li facesse in breve tempo cadere in desuetudine; dall'altro, essa favoriva e incentivava la formazione spontanea di nuove consuetudini, nei limiti in cui queste apportassero miglioramenti alle disposizioni di legge (129).

Invero, per sostenere la vincolatività degli usi impiegatizi nei confronti dell'autonomia privata, occorreva elevarli al rango di norme imperative di legge, disconoscendo, quindi, la tradizionale «secondarietà della consuetudine nei confronti colla legge scritta» (130).

Proprio sul terreno della collocazione delle norme di formazione consuetudinaria, rispetto alla triade legge/contratto collettivo/contratto individuale, si mosse la principale obiezione avanzata dai detrattori della tesi in esame. Attraverso il rinvio ai principi generali in tema di gerarchia delle fonti, secondo i quali la consuetudine poteva svolgere una funzione di integrazione suppletiva della legge, in quanto da questa richiamata, mentre non poteva mai ostacolare la formazione di una contraria volontà delle parti, si giungeva a concludere che – secondo il diritto comune – «l'uso è e rimane fonte sussidiaria di diritto obbligatorio soltanto dove non impera la legge e non disponga il contratto» (131).

In sostanza, l'orientamento che sosteneva la derogabilità degli usi impiegatizi da parte delle disposizioni contrattuali, anche quando queste ultime avessero introdotto trattamenti peggiorativi rispetto ai primi, riconduceva la consuetudine alla sua tradizionale posizione all'interno

(128) M. Lombardi, *Modifica e desuetudine degli usi impiegatizi*, in *Rass. lav.*, 1935, p. 369.

(129) Cfr. G. Petraccone, *Ancora sulla inderogabilità degli usi impiegatizi*, in *Riv. lav.*, 1937, p. 14.

(130) D. Peretti Griva, *Il rapporto d'impiego privato*, cit., p. 68. L'equiparazione dell'uso alla norma di legge fu sostenuta anche in giurisprudenza: cfr., ad esempio, Cass. 21 marzo 1932, in *Rass. lav.*, 1932, p. 201.

(131) M. Mammoli, *Ancora in tema di inderogabilità degli usi impiegatizi*, in *MGL*, 1930, p. 576. In senso favorevole alla derogabilità degli usi mediante private convenzioni, v. P. Greco, *Derogabilità degli usi da parte del contratto d'impiego*, in *DL*, 1927, II, p. 130; L. De Litala, *La derogabilità degli usi in tema di impiego privato*, in *Rass. lav.*, 1932, p. 157; F. Cernelutti, *Inderogabilità degli usi in tema di impiego privato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, p. 144; E. Malchiodi, *Possano esistere consuetudini inderogabili?*, in *FI*, 1930, I, p. 852; G. Zelbi, *Derogabilità degli usi in materia di contratto d'impiego privato*, in *MGL*, 1934, p. 156; M. Levi, *Gli usi impiegatizi sono inderogabili*, *ivi*, 1935, p. 602; A. Sermoniti, *Accertamento e limiti di derogabilità degli usi impiegatizi*, *ivi*, 1936, p. 492. In giurisprudenza, cfr., fra le altre, Mag. lav. Bari, 26 giugno 1929, *MGL*, 1929, p. 404; Trib. Roma, 22 aprile 1933, *ivi*, 1934, p. 156.

della gerarchia delle fonti normative. Si riteneva, insomma, che la legge sull'impiego privato non avesse in alcun modo alterato (né esplicitamente, né implicitamente) «il rapporto posto dal diritto comune tra l'uso e la convenzione»; pertanto, come «terza delle fonti di regolamento del rapporto sorgente *ex contractu*» all'uso non poteva che prevalere «così la legge come la convenzione» (132).

I princìpi richiamabili erano, da un lato, quello di cui dall'art. 1124 cod. civ., per il quale – in relazione agli effetti dei contratti – le norme di formazione consuetudinaria erano collocate in posizione subordinata rispetto alla convenzione e alla legge; dall'altro, quello sancito – in materia commerciale – dall'art. 1 cod. di commercio, il quale prevedeva che gli usi mercantili, pur prevalendo sulla legge civile, rispetto a quella commerciale si applicassero solo come fonte sussidiaria.

In relazione a quest'ultima disposizione, tornava in ballo la discussione già avviata nella dottrina gius-commercialistica a proposito della posizione assunta dai probiviri, i quali avevano teorizzato l'esistenza di consuetudini commerciali di «ordine pubblico» e quindi inderogabili mediante private convenzioni. Non tutti condividevano l'opinione espressa da Vivante (in polemica con il diverso orientamento probivirale) nel senso della inammissibilità di usi imperativi (v., *supra*, par. 2): in particolare, secondo Alfredo Rocco, una volta provato che il fondamento di un uso in materia di lavoro (ad esempio, quello del preavviso di licenziamento) «fosse in una ragione di interesse sociale, cioè nella tutela del contraente più debole contro quello economicamente più forte, nulla vietava di considerare imperativa o cogente la norma giuridica risultante dal richiamo che l'art. 1 cod. di commercio fa a quest'uso» (133).

A sostegno dell'inapplicabilità degli ordinari criteri di gerarchia delle fonti, si richiamava poi la *specialità* della regola posta dall'art. 17 della legge impiegatizia, la quale anteponeva la fonte più vantaggiosa al lavoratore, ponendo quindi come regola ciò «che in materia commerciale costituisce l'eccezione [...], e cioè la subordinazione della legge agli usi» (134). Tale orientamento, dunque, optava per la prevalenza al trattamento più favo-

(132) F. Carnelutti, *Inderogabilità degli usi in tema di impiego privato?*, cit., p. 146.

(133) A. Rocco, *Principi di diritto commerciale (Parte generale)*, Utet, Torino, 1928, p. 149. In esplicita polemica con la tesi di Rocco, v. E. Nattini, *Lezioni di diritto commerciale. Parte generale - Cambiale*, S. A. d'Arte Poligrafica, Genova, 1937, p. 12.

(134) G. De Semo, *Rapporti fra contratti collettivi di lavoro e consuetudini*, in *MGL*, 1931, p. 111; v., pure, G. De Amicis, *L'equità, fonte di creazione del diritto del lavoro*, in *Mag. lav.*, 1935, p. 751.

revole al lavoratore, ovunque questo fosse rintracciabile: in tal modo, l'uso si rendeva inderogabile a opera dell'autonomia privata.

La tesi opposta considerava, invece, come unico, insormontabile, limite posto all'autonomia privata (tanto individuale quanto collettiva), quello dei minimi di legge: quel «minimo legale indefettibile», oltre il quale altro «ostacolo o divieto» la legge speciale non ha posto «alla convenzione delle parti; cosicché questa, quando questa sia rispettosa del trattamento minimo legale, è e rimane, secondo il diritto comune, la vera legge delle parti» (135).

Una soluzione intermedia fra quelle innanzi prospettate riconobbe solo al contratto collettivo corporativo la possibilità di prevalere sugli usi più favorevoli all'impiegato (136), nel dichiarato intento di «conciare l'efficacia di una legge non abrogata con le esigenze del nuovo sistema corporativo» (137).

A tale conclusione si giunse sulla base dell'art. 54 del r.d. 1° luglio 1926, n. 1130, il quale disponeva la prevalenza – sul contratto collettivo – del contratto individuale più favorevole (v., *infra*, par. 5), ma non anche degli usi: tale omissione dimostrerebbe – si disse – «che il legislatore ha voluto escludere la derogabilità del regolamento collettivo di lavoro da parte di usi più favorevoli al lavoratore» (138).

In effetti, era logico che agli studiosi dell'epoca risultasse difficile da accettare la sottoposizione del contratto collettivo, e – in genere – della disciplina corporativa, alla fonte consuetudinaria. In questo campo – si disse – «ancor più ripugna la inderogabilità delle norme consuetudinarie» (139); anzi, si stava ragionando su un eventuale superamento della stessa legislazione in materia d'impiego privato, o quanto meno della sua inderogabilità a opera della fonte collettiva (v., *supra*, par. 3).

(135) G. Zelbi, *Il contratto collettivo in rapporto alla formazione e alla deroga di usi e consuetudini*, in *MGL*, 1930, p. 280.

(136) A. Fontana, *Dizionario completo dell'impiego privato*, cit., p. 52. In senso favorevole alla derogabilità degli usi a opera del contratto collettivo corporativo, v. pure G. Agrò, *Contrasto tra usi e contratto collettivo*, in *DL*, 1931, II, p. 393; G. De Semo, *Sull'ammissibilità di usi imperativi*, in *Riv. imp. priv.*, 1937, p. 1; F. Colitto, *Il problema dei conflitti fra le fonti del regolamento del rapporto di lavoro*, F.lli Petrucciani, Campobasso, 1937, pp. 104 ss. In giurisprudenza, cfr., fra le altre, Cass. 12 gennaio 1933, in *MGL*, 1933, p. 65; Cass. 21 febbraio 1935, in *Riv. imp. priv.*, 1935, p. 270.

(137) G. De Semo, *Il contratto collettivo di lavoro e la legge sull'impiego privato*, cit., p. 292.

(138) F. Pergolesi, *Nozione, sistema e fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da U. Borsi e F. Pergolesi, Cedam, Padova, 1938, p. 122.

(139) M. Mammoli, *op. cit.*, p. 578.

Il dibattito dottrinale preparava, in realtà, un'operazione più ampia da realizzarsi attraverso il nuovo codice civile, ossia il drastico ridimensionamento del ruolo assegnato alle norme di formazione consuetudinaria, essendosi esaurita la loro funzione di aprire le porte a un diritto nuovo. Peraltro, proprio «l'unificazione della disciplina delle obbligazioni e dei contratti [...] e la conseguente necessità di mantenere tale unità di disciplina hanno invero reso necessario l'abbandono del principio di cui all'art. 1 cod. di commercio» (140).

In generale, ai sensi dell'art. 8, disp. prel. cod. civ., «nelle materie regolate dalle leggi o dai regolamenti», in assenza di un esplicito richiamo, non si riconosce alcuna efficacia agli usi, i quali – anzi – soccombono alle norme corporative «anche se richiamati dalle leggi e dai regolamenti», «laddove per l'art. 1 cod. di commercio essi fruttificavano copiosamente, integrando o colmando le inevitabili incompletezze o lacune della legge scritta, e prevalendo sullo stesso “diritto civile”» (141).

In materia di lavoro, poi, l'art. 2078 cod. civ. dispone che gli usi si applichino solo ove manchino «disposizioni di legge e di contratto collettivo»; tutto ciò che rimane della norma della legge impiegatizia è l'inciso secondo cui «gli usi più favorevoli ai prestatori di lavoro prevalgono sulle norme dispositive di legge».

In verità, per i rapporti d'impiego inerenti all'esercizio dell'impresa, nel conflitto fra legge impiegatizia e uso si conserva il principio del *favor*, consentendo agli usi di derogare anche alle norme imperative (e non solo a quelle dispositive come stabilito dall'art. 2078, comma 1): infatti, l'art. 98 disp. att. cod. civ. prevede che le disposizioni del r.d.l. n. 1825/24 si applichino «in mancanza di norme corporative o di usi più favorevoli».

Una considerazione a parte merita, pure, il rapporto di lavoro domestico, ove – con norma evidentemente speciale – è sancita la prevalenza degli usi (se più favorevoli al lavoratore) sulle norme di cui al Capo II, Titolo IV, Libro V del codice civile (cfr. art. 2240 cod. civ.).

In generale, però, «le norme imperative prevalgono tanto sugli usi meno favorevoli, quanto sugli usi più favorevoli ai prestatori di lavoro» (142) (come si

(140) A. Pavone La Rosa, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *ED*, IX, 1961, p. 514.

(141) G. De Semo, *La nuova posizione gerarchica degli usi con speciale riguardo al Libro del Lavoro*, in *DL*, 1941, I, p. 393.

(142) G. Nicolini, *Fonti extralegislative del diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1982, p. 91.

evince dall'art. 2078, comma 1, cod. civ.). In secondo luogo, le regole di formazione consuetudinaria divengono derogabili (senza limitazioni) da parte dall'autonomia privata tanto individuale quanto collettiva: lo conferma la disposizione di cui al comma 2 dello stesso art. 2078, ove, in senso opposto a quanto stabiliva l'art. 17 della legge sull'impiego privato, è previsto che «gli usi non prevalgono sui contratti individuali di lavoro».

Il processo di *giuridificazione* delle regole consuetudinarie, avviato dalla magistratura probivirale e poi accelerato dalla legislazione sul contratto di impiego privato, raggiunse il suo epilogo. Il diritto del lavoro aveva trovato casa; si era ormai *incorporato* nel sistema codicistico e non aveva più bisogno dell'impulso evolutivo delle antiche usanze di piazza, da cui trasse la sua linfa iniziale: del resto, «la rilevanza dell'uso è inversamente proporzionale alla completezza dell'ordinamento giuridico in un determinato settore» (143).

L'ideologia del tempo celebrava la fine della originale (ma anche spuria) categoria della consuetudine d'ordine pubblico: grazie all'ordinamento corporativo – si affermava – «svaniscono quei motivi di ordine sociale, per i quali un determinato uso poteva ritenersi inderogabile dalle private convenzioni» (144).

La funzione di tutela del lavoro (più che dei lavoratori) era demandata alla contrattazione collettiva e all'uniformità di disciplina realizzata attraverso la sua «funzione livellatrice» (145), in grado di raggiungere tutte le «piazze» e quindi di superare il particolarismo degli usi locali.

Per il diritto del lavoro fu un po' come sancire la fine della sua età preistorica.

5. — *Il contratto collettivo inderogabile: dal concordato di tariffa all'art. 2077 cod. civ.* — La questione della inderogabilità del contratto collettivo da parte del contratto individuale si presenta storicamente come un problema di definizione di tecniche giuridiche con le quali rispondere all'emersione di una forma di manifestazione del diritto – il

(143) L. Riva Sanseverino, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale. Artt. 2060-2034*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Soc. ed. Foro italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 123.

(144) G. De Semo, *La nuova posizione gerarchica degli usi con speciale riguardo al Libro del Lavoro*, cit., p. 394.

(145) Cfr., sul punto, G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Angeli, Milano, 1985, pp. 112-118.

contrahere per gruppi, appunto – destinata a incrociare «i grandi temi della “crisi” dello Stato liberale ottocentesco» (146).

Inizialmente circoscritta – per lo meno nell’esperienza anglosassone (147) – a un problema di *effettività* politico-sociale (148) (risolvibile attraverso quella che poi Hugo Sinzheimer chiamerà *soziale Exekution*) (149), l’esigenza di garantire l’osservanza individuale del patto (*rectius*: dei minimi di trattamento in esso previsti) concluso dall’organizzazione dei lavoratori con il singolo imprenditore o con la relativa organizzazione, si trasformò ben presto in un problema di *efficacia* giuridica, costituendo una delle principali questioni sulle quali il nascente pensiero gius-sindacale (in particolare, in Francia e in Germania) cominciò a sperimentare la propria autonomia, e – al contempo – la propria dipendenza, dalla scienza giuridica ufficiale.

A parte le ricorrenti proposte di un intervento legislativo *ad hoc* (150), la questione della inderogabilità del contratto collettivo a opera dei singoli contratti individuali fu esaminata alla luce del diritto comune e ricondotta nell’ambito delle categorie giuridiche civilistiche di stampo liberale.

Fu Philipp Lotmar (151) il principale fautore di tale operazione ermeneutica: spostando l’indagine «dal piano riformatore-legislativo a quello interpretativo-contrattuale», il giurista elvetico propugnò

(146) C. Vano, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Liguori, Napoli, 1986, p. 132.

(147) Sulla configurazione del contratto collettivo nel sistema giuridico britannico come *gentleman’s agreements*, privo di *legal enforceability* nei confronti del contratto individuale, può utilmente rinviarsi a O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, Stevens, London, 1977; K. W. Wedderburn, *The Worker and the Law*, Penguin, Harmondsworth, 1986; Idem, *Inderogability, Collective Agreements and Community Law*, in *Industrial Law Journal*, 1992, p. 245.

(148) È in particolare nel pensiero di Sidney e Beatrice Webb, *Industrial Democracy* (1897), trad. it., *La democrazia industriale*, Utet, Torino, 1912, che tale problema appare «risolvibile [...] non secondo questo o quel criterio giuridico-formale, ma sulla base dei rapporti di forza esistenti fra le parti sociali» (G. Vardaro, *op. cit.*, p. 39).

(149) H. Sinzheimer, *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1916, p. 101; sul tema, v. G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, Napoli, 1984, pp. 1-12.

(150) La prima richiesta di una soluzione legislativa fu avanzata dal *Katheder Sozialismus*, e in particolare da L. Brentano, *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1872.

(151) Il tema della inderogabilità è affrontato nel suo *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 15,

l'inquadramento del contratto collettivo nella categoria del contratto di diritto privato, evidenziando – al contempo – la particolare funzione del *Tarifvertrag*, ossia «il carattere di predeterminazione generale del contenuto di una futura produzione negoziale, una nozione che successivamente sarebbe stata inquadrata nel paradigma del contratto normativo» (152).

In questa prospettiva, l'inderogabilità era ridotta a semplice questione di conformazione delle clausole del contratto individuale a quelle fissate nel contratto collettivo: secondo Lotmar, queste ultime, quand'anche non «riproposte nel contratto di lavoro, entrano comunque a far parte del suo contenuto», costituendo «parte integrante del contratto di lavoro» (153).

In verità, era necessaria un'evidente, ma inconfessata, forzatura dei principi del diritto delle obbligazioni, per spiegare l'effetto della correzione delle clausole del contratto individuale difformi dalle tariffe collettive, posto che, al momento della stipulazione dei contratti individuali di lavoro, «ciascuna coppia ha il potere di sciogliersi, per mutuo dissenso, dall'obbligo reciproco di conformare il contenuto del contratto individuale alle clausole del contratto collettivo» (154).

È ben nota l'influenza che il pensiero del Lotmar ebbe sulla dottrina italiana impegnata nella fondazione dogmatica della categoria del contratto collettivo e della sua vincolatività nei confronti del contratto individuale, ed è altrettanto nota l'originalità con la quale il più autorevole interprete delle tesi del giurista elvetico, Giuseppe Messina, ne offrì una personale rielaborazione, o – come fu detto – «un contributo di perfezionamento» (155).

Del tutto comune fu, anzitutto, il punto di partenza del ragionamento: anche Messina, infatti, si proponeva di ricercare nel diritto codificato le risposte alla questione dell'efficacia del contratto collettivo, prima di invocare «la necessità dell'intervento legislativo» (156).

1900, 1, oggi disponibile nella (non integrale) traduzione italiana, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, in *DLRI*, 1984, p. 313.

(152) F. De Pasquale, *Appunti sul contratto collettivo*, in *DL*, I, 1981, p. 280.

(153) P. Lotmar, *I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro*, cit., p. 376.

(154) Così L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus*, 1975, pp. 450-451.

(155) Così M. D'Amelio, *Per un progetto di legge sul contratto di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, p. 236.

(156) G. Messina, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro* (1904), ora in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano, 1948, p. 4.

Aderendo esplicitamente alle tesi del Lotmar, Messina sostenne la piena compatibilità tra la pratica dei concordati di tariffa e «il principio generale della libertà contrattuale che deve dominare tutto il campo delle obbligazioni finché non lo restringa una norma di diritto cogente», ricordando come tale principio tollerasse «che quella libertà» venisse limitata «da disposizioni derivanti a loro volta da liberi accordi»; a tal proposito, l'Autore richiamava in via analogica le limitazioni all'autonomia contrattuale costituite dalle «clausole di concorrenza» (157).

Il problema tecnico era quello di impedire che nei rapporti fra contratti collettivi e individuali operasse il principio del mutuo dissenso (cfr. art. 1123, comma 2, cod. civ. del 1865), che consente alle parti di sostituire liberamente con un nuovo accordo un regolamento negoziale precedentemente concordato.

La strada percorsa da Messina è nuova e contiene, in effetti, i germi della futura elaborazione dei concetti di autonomia collettiva e di interesse collettivo.

Attraverso «la riduzione della pluralità dei membri di una parte contraente a un unico paciscente» (158), il contratto collettivo, inquadrato nella struttura giuridica dell'atto complesso, assiste alla propria nascita come istituto giuridico, autonomo rispetto al contratto individuale di lavoro, insomma come «contratto unico e non come una serie di singoli contratti (tanti quanti sono le coppie di stipulanti) [...] che avrebbe per conseguenza la derogabilità *ad libitum* del concordato per opera di ogni coppia di contraenti» (159); «configurazione unitaria del concordato di tariffe, da un lato, e riconoscimento di una autonoma soggettività giuridica del gruppo stipulante, dall'altro», che prescindono dal conferimento della personalità giuridica in capo alle associazioni sindacali, contrariamente all'opinione domi-

(157) *Ivi*, p. 37.

(158) *Ivi*, p. 40.

(159) G. Messina, *I «contratti collettivi» ed il disegno di legge sul contratto di lavoro* (1905), ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 61. A una configurazione unitaria del contratto collettivo accedeva anche A. Galizia, *Il contratto collettivo di lavoro*, Pierro, Napoli, 1907, in particolare, pp. 32 ss. e pp. 77-78: sul contributo di tale Autore alla elaborazione dei concetti di contratto collettivo e di interesse collettivo, v. R. Bortone, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria*, Cacucci, Bari, 1992, pp. 23-28. Altra parte della dottrina precorporativa sembrava propensa, invece, ad accogliere una concezione ancora atomistica del contratto collettivo: v., in particolare, A. Ascoli, *Sul contratto collettivo di lavoro (a proposito di recenti sentenze)*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 99.

nante, che esigeva tale attributo come condizione, non per l'esistenza, ma quanto meno per la vincolatività del concordato (160).

In relazione alla particolare efficacia attribuita al contratto collettivo rispetto ai singoli contratti conclusi dagli aderenti al gruppo, il pensiero di Messina si discostò sensibilmente dalla costruzione del Lotmar. Tale efficacia, infatti, non era – secondo Messina – di natura *reale*, ossia di «tale intensità da impedire che si possano stipulare con piena validità tra singoli operai e intraprenditore patti difformi» dalle tariffe. Dal diritto dei contratti poteva desumersi, piuttosto, una soluzione in termini risarcitori, consistente nell'azione di danno, promuovibile, in reazione alla stipulazione di un contratto individuale a condizioni difformi da quelle fissate nel concordato, «contro la parte avversa [...] sulla base del contratto *unitario* concluso», e contro il singolo lavoratore, «in virtù del *rapporto giuridico di coalizione*» (161).

In realtà, sul piano giuridico quella di Messina non è una soluzione «forte»; ne è consapevole lo stesso Autore, quando riconosce che sono «i mezzi di esecuzione psicologica», quali «in particolare “l'esclusione del contravveniente dal gruppo o il suo boicottaggio», a garantire l'osservanza delle tariffe più efficacemente di quanto non facciano i rimedi di diritto comune, «l'insufficienza dei quali è nella convinzione di tutti» (162): non a caso, nel corso del tempo, l'atteggiamento di Messina divenne sempre più critico nei confronti del diritto codificato, sino a propugnare – con un'improvvisa inversione di rotta (compiuta nel corso della XII sessione del Consiglio superiore del lavoro) – «quel riconoscimento legislativo dell'“effetto automatico” del contratto collettivo, inizialmente ritenuto inopportuno» (163).

Data l'impraticabilità delle soluzioni risarcitorie, la questione dell'inderogabilità del contratto collettivo tornava a spostarsi sul terreno della effettività politico-sindacale, ossia della capacità – affidata a «una coscienza operaia molto sviluppata» – di garantirne «un rispetto volontario, in mancanza di una sanzione legale» (164). Tornavano a

(160) V., sul tema, U. Romagnoli, *La IX sessione del Consiglio superiore del Lavoro: per una storia del diritto sindacale in Italia*, in *Studi storici*, 1971, p. 362.

(161) G. Messina, *I «contratti collettivi» ed il disegno di legge sul contratto di lavoro*, cit., p. 67.

(162) *Ivi*, p. 44, corsivo mio.

(163) B. Veneziani, G. Vardaro, *op. cit.*, p. 455.

(164) E. Marchetti, *I rapporti fra capitale e lavoro nella ricostruzione della vita economica nazionale*, Treves, Milano, 1920, pp. 172-173.

galla i limiti del diritto comune rispetto al fenomeno sindacale, e «il problema della legge sociale, espulso dalla porta, si riaffacciava dalla finestra» (165).

La consapevolezza dell'ineluttabilità di una soluzione di carattere legislativo al problema dell'inderogabilità del contratto collettivo traspare anche nei ragionamenti di Barassi; dalle pagine della sua opera dedicata alla costruzione dogmatica del contratto di lavoro, egli rigettò senza mezzi termini la tesi dell'efficacia reale, alla quale mosse l'usuale accusa di eccessiva enfasi per i fenomeni sociali emergenti, e – conseguentemente – di scarso rigore giuridico (166).

Nel condividere il principio della inderogabilità, che desumeva però «dall'inesauribile capacità integrativa dell'art. 1124 del codice civile» (167), anche Barassi riteneva che, alla stregua del diritto comune, solo una tutela meramente obbligatoria potesse assistere tale principio. Una simile soluzione, alla quale egli perveniva semplicemente attraverso «un nesso di interdipendenza contrattuale tra i soggetti rappresentati dalle parti che concludono il concordato di lavoro» (e, dunque, in una prospettiva ancora atomistica) (168), appariva inefficace a realizzare l'obiettivo della vincolatività del contratto collettivo nei confronti di quello individuale, in mancanza di una espressa riproduzione – da parte del singolo lavoratore e del singolo datore di lavoro – delle clausole pattuite in sede collettiva: «se un'adesione volontaria occorre, si capisce che le parti possono anche rinunciare esplicitamente a includere nel contratto le clausole concordate». A quel punto, Barassi prendeva atto che «per evitare questo inconveniente» non restava che la strada di una legge «che abbia a toglier ogni valore a qualunque deroga» (169).

Né a diverse conclusioni poteva condurre l'analisi della nascente giurisprudenza formatasi sul contratto collettivo, grazie all'apporto della magistratura probivirale.

Quest'ultima, infatti, solo muovendosi al di fuori dello *strictum ius*, e in nome di un generico «principio di solidarietà fra consorti legati in patto associativo», riuscì a sostenere l'inderogabilità degli accordi col-

(165) G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 57.

(166) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., pp. 317-318.

(167) L. Castelvetti, *op. cit.*, p. 363.

(168) L. Nogler, *La scienza giuslavoristica italiana tra il 1901 e il 1960 e Hugo Sinzheimer*, in *DLRI*, 2001, p. 545.

(169) L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 319.

lettivi a opera dei patti individuali (170); un'affermazione che comunque non appariva – come invece è stato detto – «sistematica» e «quasi ossessiva» (171), tanto da potersi affermare che anche sul profilo della inderogabilità del contratto collettivo, l'orientamento probivirale appare inevitabilmente oscillante, perché preordinato alla soluzione equitativa del caso concreto.

In ogni caso, l'affermata vincolatività dell'accordo collettivo (preludio alla evoluzione successiva) non era accompagnata dalla teorizzazione di un qualche meccanismo di sostituzione automatica delle clausole derogatorie, ma sembrava piuttosto non travalicare l'orizzonte della soluzione risarcitoria.

Mentre nel nostro paese fallivano i tentativi di regolamentazione legislativa del contratto collettivo, altrove si giungeva all'emanazione di una legge sindacale: in particolare, in Francia, con la legge del 25 marzo 1919, e, in Germania, con la *Tarifvertragsverordnung* del 23 dicembre 1918.

Fino all'entrata in vigore dell'ordinamento corporativo la questione dell'inderogabilità del contratto collettivo rimase – nel nostro sistema giuridico – un problema di ricostruzione e di interpretazione del diritto comune delle obbligazioni.

Le perplessità e i dubbi sull'opportunità di una soluzione legislativa caddero d'un colpo: il legislatore fascista (e in questo la vicenda italiana fu «assolutamente atipica, rispetto all'evoluzione degli altri paesi europei») (172), nel dichiarato intento di colmare un'imperdonabile lacuna che l'ordinamento liberale non aveva saputo affrontare, emanava la legge 3 aprile 1926, n. 563, con la quale risolveva «la profonda crisi del contratto collettivo» (173).

Il «riformismo capovolto» (174) con il quale lo Stato fascista, sciogliendo d'un botto i dilemmi del pensiero gius-sindacale dei primi ven-

(170) L. Castelvetti, *op. cit.*, p. 212; cfr., sul punto, le massime citate da S. Caprioli, *op. cit.*, p. 31.

(171) M. Cappelletto, *op. cit.*, p. 1242. Non mancano, infatti, decisioni che ammettono la derogabilità del contratto collettivo per mezzo di accordi individuali: v. Prob. Milano, *Alimentari*, 20 giugno 1901, in L. Eusebio, *Dizionario di giurisprudenza probivirale sul contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1909, p. 132; Prob. Milano, *Alimentari*, 16 dicembre 1903, e Prob. Torino, *Edilizie*, 14 giugno 1904, in E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, cit., p. 93, nn. 288 e 290.

(172) G. Vardaro, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, cit., pp. 26-27.

(173) M. Casanova, *Sistema e fonti nel diritto del lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 570.

(174) G. Giugni, *Conclusioni*, in *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale*, a cura di L. Bellardi, F. Angeli, Milano, 1985, p. 211.

ti anni del secolo, irrigidiva e assorbiva il fenomeno sindacale all'interno dello Stato-apparato, era, però, qualcosa di più di un semplice atto di forza da parte di un legislatore sbrigativo e autoritario.

Sul piano giuridico era la dimostrazione di un fallimento.

Confermava, infatti, l'incapacità di elaborare una soluzione che garantisse l'inderogabilità del contratto collettivo, senza rinnegarne la matrice negoziale, il suo essere espressione del diritto dei privati che liberamente accedono a un componimento dei propri interessi in conflitto.

Era questo lo scoglio sul quale si era arenato il dibattito dell'età giolittiana: non esser riusciti a venir fuori dalla «rigida (e fuorviante) alternativa fra pura e semplice fedeltà al sistema comune dell'efficacia obbligatoria degli atti di autonomia privata e configurazione dell'inderogabilità *in peius* in termini gerarchico-autoritativi» (175).

In buona sostanza, l'ordinamento corporativo, nel momento in cui prendeva atto che «l'inderogabilità non può essere stabilita che per precetto di legge» (176), si limitava soltanto a tirare delle somme. Ricodotta la questione della nderogabilità del contratto collettivo a un problema di gerarchia delle fonti, inscindibilmente connessa – cioè – a quella della natura giuridica del contratto stesso, di atto di autonomia privata ovvero di norma di diritto obiettivo, il riconoscimento legislativo dell'effetto automatico finiva con l'apparire quasi inevitabile, in un sistema che si proponesse di superare gli attriti sociali.

Insomma, era tutto pronto per attuare quel «*do ut des* [...] della tregua in fabbrica» (177), tanto temuto dai giuristi giolittiani. L'obiettivo della pace sociale era raggiunto una volta per tutte, imposto dall'alto e non più di volta in volta lasciato alla lungimiranza delle forze in campo; solo a tale condizione (la riduzione del soggetto sindacale a un'emmanazione dell'apparato burocratico dello Stato, e quindi a un braccio disarmato del sistema) il sindacato vedeva concedersi uno strumento normativo così efficace, che implicava non il riconoscimento di una funzione, ma piuttosto l'elargizione di un privilegio.

La particolare forza del contratto collettivo corporativo risiedeva nel mutamento della sua natura giuridica, nel trasformarsi in fonte di diritto obiettivo.

(175) G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 61.

(176) A. Cioffi, *L'inderogabilità del contratto collettivo di lavoro nella legislazione italiana*, in *Riv. lav.*, 1932, I, p. 16.

(177) F. Arcà, *I concordati di tariffa nel diritto vigente*, in *Il contratto di lavoro*, 1908, p. 134.

Sul piano degli effetti, ciò consentiva di oltrepassare la sanzione della nullità dell'atto posto in violazione di norme inderogabili. Nel sistema corporativo, infatti, il contratto individuale di lavoro «assorbiva» la disciplina collettiva imperativa, in luogo della singola clausola nulla.

L'art. 54, r.d. 1° luglio 1926, n. 1130, in effetti, rappresenta «il testo legislativo in cui compare per la prima volta l'espressione poi usata dall'art. 1339» (178), ossia il meccanismo della sostituzione automatica di clausole. I giuristi erano ben consapevoli della portata radicalmente innovativa – rispetto alle regole del diritto comune – di tale disposizione: Cesare Vivante la definì «legge sovversiva di un principio fondamentale di diritto privato per cui i contratti fanno legge per i contraenti e se sono contrari a norma di diritto pubblico non sono sostituibili, ma cadono nel nulla, appunto perché il solo libero incontro dei consensi fa legge» (179).

Attraverso il privilegio di emanare «leggi professionali di categoria», la cui violazione da parte dei contratti individuali di lavoro non ne determinava la nullità, bensì la sostituzione delle clausole difformi, il contratto collettivo cambiava pelle, se non anche nome (in favore del termine «regolamento collettivo», più congeniale alla sua nuova vocazione), e – abbandonando la tradizionale fisionomia privatistica – si trasformava in norma di diritto obiettivo; insomma, la materia – come fu detto – usciva «dal campo del diritto privato, dove si trovava a disagio» (180), e faceva ingresso nell'area pubblicistica.

Si pensi che la stipulazione di un contratto individuale di lavoro difforme dal contratto collettivo si trasformò in un illecito penale; con l'art. 26 del r.d. 26 febbraio 1928, n. 471, poi assorbito nell'art. 509 cod. pen., fu introdotta la figura del reato di «inosservanza del contratto collettivo» (che comprendeva, a mente del citato art. 26, «l'assunzione di lavoratori a condizioni inferiori a quelle stabilite dal contratto collettivo»).

A seguito di tale disposizione, in virtù della quale, «per una evidente anomalia, l'interesse pubblico all'osservanza del contratto col-

(178) E. Saracini, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 359.

(179) C. Vivante, *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in *DL*, 1931, I, p. 438.

(180) G. Treves, *Regolamento intersindacale dei rapporti di lavoro*, S. Lattes & C. ed., Torino, 1931, p. 26.

lettivo» trovava «una tutela più rigorosa dello stesso interesse pubblico all'osservanza delle leggi in materia di lavoro», si arrivò a sostenere che il contratto collettivo fosse «addirittura un precetto penale», in quanto «parte essenziale» della «norma in bianco» contenente la relativa sanzione (181).

La riflessione dei giuristi si concentrò, inevitabilmente, sulla individuazione della (mutata) natura del contratto collettivo e «servì a mettere a nudo parecchi aspetti prima intoccati della teoria delle fonti» (182): pur con diverse sfumature, le possibili qualificazioni furono quelle della legge, del contratto, ovvero di un *tertium genus* fra i due (atto regolamentare, legge in senso materiale, contratto di diritto pubblico ecc.): insomma un *ibrido*, o – se si preferisce – un *monstrum*, dotato del corpo del contratto e dell'anima della legge, secondo un'espressione rimasta celebre nella storia della nostra materia (183).

Al di là della «frenesia definitoria» che colpì la dottrina del ventennio, abituata «dalla tradizione esegetica a un esame definitorio-statico degli istituti giuridici» (184), la questione, anche se affrontata in un'ottica spesso puramente accademica, *potenzialmente* presentava riflessi devastanti, in quanto la configurazione legislativa (*pubblicistica*) ovvero negoziale (*privatistica*) del contratto collettivo avrebbe potuto investire il «persistere della legislazione a tutela del lavoro» (185).

La codificazione del '42 placava la disputa intorno alla natura del contratto collettivo, prevedendo – «con gesto radicale» (186) – l'inserzione delle norme corporative nella classificazione delle fonti del diritto (art. 1 delle preleggi).

In ogni caso, a prescindere dalla sua qualificazione in termini giuridici, sul piano politico-sindacale il contratto collettivo corporativo – per la coazione a stipularlo, per il suo procedimento di formazione e soprattutto per il criterio di selezione dei soggetti abilitati a contrarre – era espressione non più di autonomia, bensì di una potestà

(181) A. Sermoniti, *Il contratto collettivo di lavoro di fronte alla legge, agli usi, ai contratti individuali*, cit., p. 120.

(182) P. Grossi, *op. cit.*, p. 238.

(183) F. Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1928, p. 117.

(184) G. Vardaro, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, cit., p. 127, nota 45.

(185) M. Levi de Veali, *Dibattiti sul contratto collettivo*, in *Riv. imp. priv.*, 1930, p. 130.

(186) G. Naletto, *op. cit.*, p. 57.

normativa esercitata su delega del regime; non era, insomma, che uno «strumento della volontà dello Stato» (187).

6. — *L'inderogabilità dell'accordo economico collettivo* — Già nel periodo pre-corporativo la contrattazione collettiva «ebbe in Italia, come altrove, una portata più ampia di quella riferentesi strettamente al rapporto di locazione d'opere»: in particolare, ancor prima dell'emanazione della legge 3 aprile 1926, n. 563, «vennero considerati come contratti collettivi di lavoro i capitolati generali per la piccola affittanza collettiva e per la mezzadria» (188).

A seguito dell'approvazione della legge sindacale del '26 (recante la *disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro*), si diffuse la prassi di sottoporre i contratti o capitolati stipulati dalle organizzazioni di categoria dei mezzadri e coloni, da una parte, e dei proprietari terrieri, dall'altra, alle formalità previste per i contratti collettivi (cfr. art. 10, comma 4, legge n. 563/1926). Tale circostanza contribuì ad alimentare il dibattito intorno all'applicabilità della disciplina lavoristica del contratto collettivo alla già intensa produzione contrattuale intercorrente fra le predette organizzazioni; vi era, infatti, chi riteneva che i capitolati colonici e di mezzadria non potessero rivestire la medesima natura giuridica dei contratti collettivi di lavoro, soggiacendo piuttosto alla normativa generale in materia di contratti (individuali) (189).

La disputa poté dirsi risolta a seguito dell'approvazione della legge 3 aprile 1933, n. 437, che estese la *disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro* a «tutti i capitolati, convenzioni, patti e accordi, comunque denominati», stipulati dalle «competenti associazioni sindacali per regolare il rapporto di compartecipazione nel ramo di produzione agricola (colonia parziaria, mezzadria, partitanza ecc.)», nonché ai «contratti di piccola affittanza», se stipulati da piccoli affittuari che coltivassero «direttamente il fondo con lavoro prevalentemente proprio o di persone della propria famiglia».

(187) F. Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, cit., p. 27.

(188) A. Angelelli, *Il rapporto di agenzia e la legge sindacale*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, p. 190.

(189) Altra opinione, facendo leva sull'art. 52 del r.d. 1° luglio 1926, n. 1130, il quale escludeva taluni rapporti di lavoro dalla sfera regolativa «del contratto collettivo», sosteneva (argomentando *a contrariis*) che «tutti gli altri rapporti non esclusi, compresi quindi quelli di colonia e di mezzadria (tutte le volte che possono considerarsi contratti di lavoro)» fossero «suscettibili di disciplina contrattuale collettiva» (A. Benaglia, *I contratti di compartecipazione agricola e il contratto collettivo di lavoro*, in *DL*, 1928, I, p. 328).

Tale operazione attuava una più generale linea politica, tesa a «estendere il regolamento collettivo a ogni settore della vita produttiva del paese dove in qualche misura avesse rilievo l'elemento "lavoro"» (190). Fu poi – come è noto – il codice civile a sancire l'applicabilità della «disciplina del contratto collettivo di lavoro» ai «rapporti di associazione agrari» e di «affitto a coltivatore diretto del fondo» (art. 2079, comma 1), sia pure con significative deviazioni per ciò che concerne il contenuto dell'accordo collettivo (191) e la sua vincolatività nei confronti dei contratti individuali.

Sempre al periodo corporativo risale pure «una vivace esperienza di contrattazione collettiva» con riferimento agli agenti e ai rappresentanti di commercio; proprio a tale produzione contrattuale deve ascriversi il «merito» di aver, almeno parzialmente, riconosciuto a tali figure il trattamento della legge impiegatizia (192), con particolare riguardo alle indennità di licenziamento, e di aver poi ispirato la disciplina codicistica degli artt. 1742 ss.

Nel frattempo, l'estensione del sistema della contrattazione collettiva dal campo dei rapporti di lavoro a quello dei rapporti economici, avveniva attraverso la previsione dell'*accordo economico collettivo* quale strumento per regolare i rapporti intercorrenti «fra le varie categorie della produzione rappresentate da associazioni sindacali legalmente riconosciute» (art. 12, n. 3, legge 20 marzo 1930, n. 206), in deroga alla disposizione di cui all'art. 22, comma 2, r.d. n. 1130/1926, ove si stabiliva che «in nessun caso, fuori dei rapporti di lavoro, le associazioni possono dettar norme obbligatorie per i non soci».

Nella sua fisionomia originaria, l'accordo economico collettivo (nella denominazione assunta a seguito del r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721, poi consacrata nell'art. 2063, comma 2, cod. civ.) era un atto concluso fra

(190) L. Montuschi, *Osservazioni in tema di legittimità dello sciopero mezzadrile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, p. 1681.

(191) Infatti, da un lato, l'art. 2079, comma 2, cod. civ., preclude al contratto collettivo la regolamentazione di importanti aspetti, quali il salario, l'orario di lavoro, le ferie e il periodo di prova, imponendogli di rispettare «la natura» dei rapporti agrari; dall'altro, l'art. 2080 cod. civ. fa salve le clausole dei contratti (individuali) di colonia parziaria e di affitto a coltivatore diretto, con obbligo di miglioria, che siano difforni dalle disposizioni del contratto collettivo stipulato nel corso del rapporto.

(192) R. Del Punta, *Riflessioni sulla nuova disciplina del contratto d'agenzia (d.lgs. n. 65 del 1999)*, in *DRI*, 2000, p. 316; per la dottrina dell'epoca v. A. Asquini, *Il rapporto di agenzia commerciale nell'accordo economico collettivo 12 luglio 1935*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 509.

le associazioni sindacali degli imprenditori (anch'esse portatrici di interessi tra loro contrapposti) (193), esplicitamente accostato dalla dottrina ai contratti di cartello (con una funzione di «razionalizzazione» della concorrenza) (194); un atto alla formazione del quale si auspicava la partecipazione diretta delle organizzazioni dei lavoratori, ma nell'esplorazione di un interesse (pur sempre *collettivo*) estraneo alla sfera del rapporto di lavoro (195).

Per di più, la stipulazione dell'A.E.C. doveva osservare un procedimento differenziato (rispetto a quello previsto per il contratto collettivo di lavoro), caratterizzato da un penetrante sistema di controlli e approvazioni da parte degli organismi corporativi, a testimonianza della «influenza diretta che l'interesse unitario della produzione nazionale aveva sulla formazione» dell'accordo stesso (196).

Sul piano della costruzione dogmatica, l'introduzione di tale fonte fu considerata utile a conferire esplicita rilevanza giuridica agli «interessi collettivi economici», collocati a fianco agli «interessi collettivi di lavoro», come altra *species* del medesimo *genus* (i «rapporti collettivi»). Significativamente, la linea di demarcazione fra rapporti economici e rapporti di lavoro fu tracciata lungo il confine dell'impresa: i primi erano rapporti *interaziendali*, ossia relazioni esterne all'organizzazione dell'impresa, i secondi avevano invece una rilevanza *introaziendale*, avendo a oggetto il lavoro (eventualmente anche non subordinato, come nel caso della mezzadria o colonia, e dei rapporti di piccola affittanza agricola) (197).

(193) Cfr., in tal senso, F. Colitto, *L'accordo collettivo economico*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 80. In sostanza, tale opinione respingeva l'assimilazione (v., sul punto, A. Sermonetti, *Sulla natura giuridica degli accordi economici collettivi*, in *MGL*, 1939, pp. 257 ss.) tra A.E.C. e norma corporativa; quest'ultima, infatti, era uno «strumento creato per raggiungere uno scopo diverso: non più autodisciplina nell'interesse delle categorie, ma attuazione di norme economiche nell'interesse, soprattutto, dell'economia nazionale» (V. Simi, *Accordo economico collettivo e norma corporativa*, in *Riv. imp. priv.*, 1940, p. 158, corsivo nel testo).

(194) Cfr., sul punto, C. Lega, *Disciplina intersindacale dei rapporti economici collettivi*, in *DL*, 1953, I, p. 91.

(195) Ad esempio, «la fissazione dei prezzi, che spesso avviene per mezzo di accordi economici collettivi, incide in modo notevole sulle possibilità salariali nei confronti dei lavoratori e sulle condizioni generali di lavoro» (U. Prosperetti, *L'accordo economico collettivo*, Casa ed. C. Cya, Firenze, 1940, p. 117).

(196) R. Balzarini, *Sugli accordi economici collettivi corporativi (a proposito della sentenza n. 1 del 1963 della Corte Costituzionale)*, in *MGL*, 1964, p. 284.

(197) U. Prosperetti, *op. cit.*, pp. 15 e 19.

Si manifestava così l'aspirazione corporativa a ricondurre i rapporti economici e i rapporti di lavoro alla comune matrice del cosiddetto «diritto professionale», nella sua concezione *oggettiva*, «che avrebbe esteso la propria sfera di applicazione nei confronti di tutti i gruppi economici, in quanto capaci di autoregolamento collettivo» (198), trasformando il contratto collettivo in «un istituto generale del diritto professionale italiano» (199).

Attraverso l'autodisciplina di tutte le categorie produttive, prima importante forma di decentramento istituzionale del potere regolativo dei rapporti economico-sociali, avrebbe dovuto scomparire, sempre in nome dell'interesse superiore della produzione nazionale, la contrapposizione fra capitale e lavoro, partorita e tollerata dal precedente sistema liberale (200).

In definitiva, l'accordo economico collettivo avrebbe dovuto segnare il passaggio dalla «fase del lavoro» (celebrata dalla legge sindacale del '26) alla «fase economica» (201), completando la costruzione del sistema corporativo.

Proprio la configurazione dell'accordo economico collettivo nei termini innanzi descritti spiega, a mio avviso, la differente disciplina in tema di inderogabilità posta dall'art. 2066 cod. civ., rispetto alla corrispondente norma dettata per il contratto collettivo di lavoro (art. 2077 cod. civ.).

L'affermata inderogabilità dell'A.E.C. era frutto di un percorso travagliato: in un primo tempo, la giurisprudenza aveva riconosciuto a tale fonte efficacia dispositiva, ritenendo inapplicabile il principio

(198) G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 6. L'idea di fondo era che non vi fosse alcuna differenza «fra rapporto collettivo di lavoro e rapporto collettivo economico, entrambi essendo rapporti giuridici regolati dall'ordinamento dello Stato e qualificati dall'interesse della categoria professionale» (C. Sega, *Gli accordi collettivi intersindacali*, Cedam, Padova, 1941, p. 21).

(199) U. Prosperetti, *op. cit.*, p. 26.

(200) È la tesi di C. Costamagna, *Diritto professionale o diritto del lavoro?*, in *DL*, 1928, I, p. 333, alla quale replicò F. Pergolesi, *L'autonomia del diritto del lavoro*, *ivi*, p. 443, respingendo l'assorbimento del diritto del lavoro in un indeterminato «diritto professionale»: su questa polemica e, più in generale, sul tema della autonomia del diritto del lavoro nel periodo corporativo, v. G. Cazzetta, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in *Quad. fior.*, n. 28, 1999, pp. 562-579.

(201) In tal senso, esplicitamente, F. Pergolesi, *Gli accordi economici collettivi in agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 1943, I, p. 291.

fissato per i contratti collettivi dall'art. 54 del r.d. n. 1130/1926, che, in effetti, non era richiamato né dalla legge 206/1930, né dalla successiva legge n. 163/1934. Di contro, la prevalente dottrina sosteneva la tesi della inderogabilità, in quanto l'art. 11 della legge n. 163/1934 prevedeva che, «per le sanzioni», in caso di «inosservanza» dell'accordo collettivo a opera di un contratto individuale, si applicassero «le disposizioni legislative relative ai contratti collettivi di lavoro» (202).

L'art. 2066 chiuse tale discussione, però introducendo una disciplina – come detto – significativamente diversa da quella dell'art. 2077. Infatti, si dispose che gli accordi economici collettivi (ormai divenuti fonti del diritto grazie al combinato disposto degli artt. 1 e 5 delle cd. «preleggi») potessero abilitare i contratti individuali a derogare ai primi, senza limitazioni di sorta, quindi tanto *in melius*, quanto *in peius*. Contemporaneamente, fu previsto che «le clausole dei contratti individuali, difformi dalle norme inderogabili» contenute nelle ordinanze corporative e degli accordi economici collettivi, fossero «sostituite di diritto dalle norme suddette», senza ulteriori specificazioni.

Come è evidente, da un lato, l'inderogabilità era un attributo al quale la pattuizione collettiva poteva «rinunciare», rendendosi dispositiva; dall'altro, era esclusa *a priori* l'operatività del *favor*, ossia la possibilità – per l'autonomia individuale – di introdurre trattamenti più favorevoli per una delle parti.

Mancava, dunque, ogni considerazione della condizione di debolezza contrattuale che pur sottostava alla costruzione del contratto collettivo corporativo e che giustificava la regola della inderogabilità unilaterale.

In realtà, sin dal periodo corporativo, accanto agli accordi tra associazioni di imprenditori, che ponevano una disciplina dell'attività economica di settore, venivano stipulati altri contratti (sempre ricondotti al medesimo *nomen iuris* dell'A.E.C.), i quali avevano – come fu detto,

(202) Sul tema della inderogabilità dell'A.E.C., v. F. Gargano, *Sul valore degli accordi economici collettivi*, in *DL*, 1934, II, p. 387; F. Loriga, *Accordi economici intersindacali*, Giuffrè, Milano, 1936; G. Mazza, *La inderogabilità degli accordi economici*, in *Riv. imp. priv.*, 1939, p. 193; V. E. Calusi, *Gli accordi economici collettivi. Natura giuridica ed applicazione*, in *Arch. studi corp.*, 1939, p. 139; M. Comba, *Ancora sulla natura giuridica degli accordi economici collettivi*, in *Riv. imp. priv.*, 1940, p. 125; F. Colitto, *Ancora della natura giuridica degli accordi collettivi economici e della loro inderogabilità*, in *Mag. lav.*, 1941, p. 630.

parafrasando la felice espressione carneluttiana – «il corpo di accordi economici e l'anima di contratti collettivi» (203). Si trattava degli accordi conclusi fra associazioni, delle quali «una rappresentava una categoria di lavoratori autonomi trovatasi però in una situazione di soggezione economica nei confronti della categoria rappresentata dall'altra associazione»: «uno stato di fatto tale da menomare la libertà contrattuale d'una delle parti e, in questo senso, l'accordo economico collettivo [...] veniva riportato alla motivazione di fondo giustificatrice della contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro» (204).

Emergono dunque le radici storiche di quel fenomeno successivamente conosciuto come l'espansione del diritto del lavoro verso aree limitrofe a quella tracciata dall'art. 2094 cod. civ., purché caratterizzate da una situazione che – solo per brevità – definiamo di «sottoprotezione sociale».

La consapevolezza che l'accordo economico collettivo avesse una duplice «anima» era già presente nella dottrina corporativa, la quale, «in qualche caso di disciplina di *locatio operis* che, sul piano sociale», non presentasse «una notevole distinzione dal contratto di lavoro vero e proprio», invocava l'applicazione di regole proprie della nostra materia, quali l'inderogabilità, non bilaterale, ma soltanto *in peius* del contratto collettivo e l'assoggettamento delle relative controversie al rito speciale del lavoro (205).

In altri termini, riconosciuta l'inderogabilità bilaterale dell'A.E.C. «allorquando le categorie contraenti si trovano sullo stesso piano», «se invece gli accordi disciplinano una prestazione personale – quali quello degli agenti di assicurazione e quello degli agenti rappresentanti di commercio – non è forse azzardato pensare che la inderogabilità operi a vantaggio dei prestatori d'opera come nei contratti collettivi, in quanto tali prestatori si equiparano, se proprio non si identificano, con i lavoratori veri e propri» (206).

La stessa distinzione sarà poi ripresa a commento della legge 14 luglio 1959, n. 741, la quale – si affermava – «ha per oggetto i minimi di trattamento economico e normativo dei *lavoratori* e non può, quindi,

(203) A. Sermoniti, *Sulla natura giuridica degli accordi economici collettivi*, cit., p. 263, nota 11.

(204) G. Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano, 1960, p. 136.

(205) U. Prosperetti, *op. cit.*, pp. 142 e 148.

(206) G. Mazza, *op. cit.*, p. 196.

che riferirsi agli accordi economici riguardanti rapporti di lavoro autonomo, nei quali uno dei soggetti è un lavoratore autonomo, non già un'altra impresa» (207).

Nel frattempo, era caduto l'ordinamento corporativo e le tutele costituzionali del fenomeno sindacale avevano dato «il colpo di grazia alla concezione oggettiva del diritto professionale o dell'autodisciplina di categoria» (208), riconoscendo e proteggendo l'autonomia e l'autotutela collettiva, in quanto strumenti di riequilibrio della disparità di potere fra i soggetti del rapporto di lavoro.

(207) R. Balzarini, *op. cit.*, p. 286.

(208) G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., 8.

Pietro Curzio (*)

LA LEGGE 30 DUE ANNI DOPO ALLA LUCE
DELLE PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il decreto legislativo sulle funzioni ispettive. — 3. Le modifiche alla disciplina dell'orario di lavoro. — 4. Il decreto «correttivo». — 5. Il decreto sulla «competitività», la legge di conversione, la finanziaria 2006. — 6. La sentenza n. 50/2005 della Corte Costituzionale. — 7. La sentenza n. 384/2005 della Corte Costituzionale. — 8. I provvedimenti ministeriali. — 9. La legislazione regionale. — 10. La contrattazione collettiva. — 11. La verifica mancata. — 12. Legge e *Welfare*. — 13. Legge e occupazione.

1. — *Premessa* — Nei tre anni trascorsi dal 2003 molte cose sono accadute. Un esame puntuale e approfondito è contenuto nei singoli contributi di questo volume.

In sede di introduzione è opportuno tracciare uno schema generale, scandito su più livelli: le norme, le integrazioni, le interpretazioni.

2. — *Il decreto legislativo sulle funzioni ispettive* — Seguendo l'ordine cronologico degli interventi legislativi, deve in primo luogo ricordarsi che la delega contenuta nella legge n. 30 del 2003 non era stata esaurita con il decreto legislativo n. 276. Mancava un pezzo importante: l'attuazione dell'art. 8, contenente la delega «per la razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro». A tal fine è stato emanato il decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124.

Il provvedimento detta una nuova e organica disciplina dei servizi ispettivi che in parte riforma, in parte integra, quella preesistente. Introduce strumenti di coordinamento e razionalizzazione del sistema, tanto nella organizzazione interna del Ministero in relazione alle sue articolazioni territoriali, quanto in ordine ai rapporti con gli altri enti tito-

(*) Consigliere della Sezione lavoro della Corte d'Appello di Bari, componente del «Comitato scientifico» del Consiglio Superiore della Magistratura.

(**) Questo saggio riproduce una parte della *Introduzione* al volume: P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006.

lari di competenze in materia. La finalità è quella di garantire maggiore omogeneità all'attività di vigilanza, evitare sovrapposizioni e non disperdere energie, per incrementare, da un lato, le garanzie dei soggetti ispezionati, dall'altro il tasso di rispetto delle norme. Un ulteriore strumento di chiarificazione è costituito dal diritto di interpello, che consente agli ordini professionali e agli enti pubblici di formulare quesiti di ordine generale su materie di competenza del Ministero. Notevolmente innovativa è la parte sulle competenze degli ispettori del lavoro, che prevede una moltiplicazione di ruoli, non sempre invero facilmente conciliabili tra loro. Accanto ai fondamentali compiti di vigilare sul rispetto delle leggi e di fornire chiarimenti, effettuare inchieste, indagini e rilevazioni, agli ispettori viene affidato il compito di svolgere attività di prevenzione e di promozione, nonché di esercitare una funzione conciliativa (la conciliazione monocratica). Ulteriore novità è costituita dalla «diffida accertativa», cioè il potere conferito all'ispettore, qualora nell'attività di vigilanza emergano inosservanze da cui scaturiscono crediti patrimoniali in favore dei lavoratori, di diffidare il datore di lavoro a «corrispondere gli importi risultanti dagli accertamenti». Vengono infine potenziati i poteri di «diffida» alla regolarizzazione delle inosservanze che comportino sanzioni amministrative, di «disposizione» nelle materie in cui sia previsto un apprezzamento discrezionale, e viene dilatato, oltre l'originario campo di applicazione limitato alla sicurezza e igiene del lavoro, il potere di impartire «prescrizioni obbligatorie» in presenza di violazioni di carattere penale. L'ultima parte del provvedimento riforma la materia dei ricorsi amministrativi contro gli atti e i verbali delle Direzioni provinciali del lavoro e degli enti previdenziali, dettando una disciplina che introduce elementi di terzietà e di maggiore garanzia per i datori di lavoro.

Nel complesso, il decreto legislativo appare il frutto di un compromesso tra le istanze provenienti dal mondo delle imprese e delle loro associazioni e le istanze del mondo del lavoro, ma anche delle professionalità interne al Ministero e agli enti. Le prime, volte a ottenere maggiori garanzie procedurali e il confronto con un servizio ispettivo non predisposto solamente alla sanzione, ma anche alla consultazione e al chiarimento. Le seconde, volte a razionalizzare e rendere più efficace l'attività ispettiva, ampliando e tonificando gli strumenti di intervento e di sanzione per garantire un maggiore rispetto delle norme a tutela del lavoro. È evidente che il punto di equilibrio tra questi contrappesi sarà determinato in concreto dal tipo di *input* politico impresso dall'esecu-

tivo, dal grado di autonomia e professionalità che verrà riconosciuto agli ispettori e dalle dotazioni di uomini, mezzi e risorse che verranno impegnati.

3. — *Le modifiche alla disciplina dell'orario di lavoro* — Il riconoscimento di un adeguato rilievo ai profili sanzionatori si rinviene in un altro provvedimento: il decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213, che ha apportato alcune modifiche alla riforma dell'orario di lavoro realizzata con il decreto legislativo n. 66 del 2003 (emanato sulla base della delega contenuta nella legge n. 29 del 2003). Le modifiche concernono il campo di applicazione della nuova normativa (nel senso che viene ampliata l'area delle categorie di lavoratori direttamente escluse dalla tutela), la tutela in caso di prestazioni di lavoro notturno e la disciplina delle ferie. Su questi punti, certo di rilievo non secondario, alcuni dei quali danno luogo a delicati problemi di costituzionalità e di conformità del dato normativo interno rispetto alla disciplina comunitaria, si rinvia alla apposita trattazione (1). Deve invece sin da ora sottolinearsi la particolare importanza della modifica introdotta dal nuovo decreto con l'innesto nella precedente disciplina dell'art. 18-*bis*, che prevede le «sanzioni». Incredibilmente, nella riforma del 2003, alla modifica delle regole non era stata affiancata una modifica delle sanzioni. Si rinviava alle norme previgenti, con una scelta che, da un lato, contrastava con l'espressa indicazione della legge delega, dall'altro riversava sull'interprete il compito di individuare tra le norme sanzionatorie della vecchia normativa quelle che potessero essere ricollegate alle nuove regole sostanziali. Vecchie sanzioni per nuove regole. Un'asimmetria difficilmente sanabile sul piano ermeneutico. Una scelta che creava incertezze e difficoltà in una materia, quella delle sanzioni, che più di ogni altra deve essere regolata in maniera chiara e inequivoca. La dotazione di uno specifico apparato sanzionatorio risolve questo problema ed elimina una fonte probabilmente inesauribile di conflitti interpretativi.

4. — *Il decreto «correttivo»* — La legge delega n. 30 del 2003 prevede che, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di attuazione delle deleghe, «il governo può adottare e-

(1) Cfr., Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 213/2004*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, cap. V.

ventuali disposizioni modificative e correttive con le medesime modalità e nel rispetto dei medesimi criteri». Il governo si è avvalso di tale potere, emanando il decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, definito, appunto, decreto «correttivo».

L'elenco delle modifiche introdotte è lungo; non si può in questa sede che rinviare ai singoli capitoli che ne danno conto in maniera approfondita. Si può tuttavia evidenziare che alcune modifiche hanno maggior rilievo sistematico. Prima di tutto quella concernente le competenze regionali nelle autorizzazioni delle agenzie di intermediazione. Il comma 6 dell'art. 6 prevedeva e prevede che l'autorizzazione allo svolgimento delle attività di intermediazione (nonché di ricerca e selezione professionale e di supporto alla ricollocazione professionale) può essere concessa anche dalle Regioni e dalle Province autonome, ovviamente con riferimento al proprio territorio. In tal caso l'agenzia viene iscritta in una apposita sezione regionale dell'albo per le agenzie per il lavoro. Il testo originario del n. 276 affidava a un decreto del Ministro del lavoro il compito di fissare le modalità di costituzione di tale sezione dell'albo e le procedure connesse. Quest'ultima previsione, contenuta nel comma 8 dell'art. 6, è stata abrogata dal n. 251 e sostituita con la nuova regola che «le procedure di autorizzazione in tal caso sono disciplinate dalle Regioni nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi fondamentali desumibili in materia dal presente decreto».

È evidente che il decreto correttivo ridisegna la linea di ripartizione tra intervento statale e intervento regionale, ampliando le prerogative regionali e riducendo i poteri del Ministro.

Un'altra norma in buona parte riscritta è l'art. 18 in materia di sanzioni penali e amministrative. L'apparato sanzionatorio viene differenziato e rafforzato. Senza entrare in tutti i dettagli delle varie ipotesi di reato e di illecito amministrativo, è sufficiente sottolineare che, fra l'altro, sono state irrobustite (con una decuplicazione delle ammende) le sanzioni penali previste a carico di chi esercita, senza le autorizzazioni necessarie, l'attività di intermediazione e nei confronti di chi senza autorizzazione svolge attività di somministrazione di lavoro nonché, simmetricamente, quelle a carico di chi utilizza il lavoro somministrato da soggetti non autorizzati o, comunque, utilizza lavoro in somministrazione al di fuori dei limiti previsti.

Mediante l'aggiunta di un comma 5-*bis*, sono state previste specifiche sanzioni penali per «l'utilizzatore e il somministratore» nei casi di

«appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1» e di «distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1», con una operazione normativa che costituisce mera esplicitazione di ciò che in termini convergenti la dottrina aveva ritenuto discendere dal nuovo assetto relativo alla somministrazione di lavoro. Operazione, quindi, non necessaria e probabilmente foriera di nuovi problemi ricostruttivi (2). Analoga operazione si è fatta sul piano delle sanzioni civili, con l'aggiunta del comma 3-*bis* all'art. 29 in materia di appalto e di un comma 4-*bis* all'art. 30 in materia di distacco. Anche questa esplicitazione forse crea più problemi di quanti ne risolve (3). Peraltro in materia di sanzioni civili sono state apportate alcune correzioni utili. Con l'eliminazione di un inciso nel comma 4 dell'art. 21 si è limitata la previsione della nullità del contratto di somministrazione alla mancanza di forma scritta, evitando la preesistente parziale sovrapposizione con l'art. 27 in materia di somministrazione irregolare.

Modificando il comma 2 dell'art. 29, la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori viene estesa dall'appalto di (sole) opere a quello di servizi, con l'effetto di introdurre, per i crediti di lavoro, un regime diverso e sostitutivo di quello generale e meno incisivo dell'art. 1676 cod. civ. Tuttavia, a questa innovazione si aggiunge la facoltà dell'autonomia collettiva di introdurre una regolazione della responsabilità diversa da quella legale (4). Con una modifica dell'art. 32 – e quindi dell'art. 2112 cod. civ. – si è stabilito che, in caso di trasferimento di ramo d'azienda, quando l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera il regime di solidarietà previsto dal comma 2 dell'art. 29 (5).

Innovazioni di rilievo sistematico sono state anche introdotte con riferimento al contratto di lavoro intermittente. Il comma 1 dell'art. 34 prevedeva, come si è visto, che qualora, entro sei mesi dalla entrata in vigore del decreto legislativo n. 276, le associazioni sindacali non avessero provveduto a individuare le esigenze che giustificano il lavoro in-

(2) Cfr., Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio, cit., cap. III, par. 6, anche per i richiami al dibattito dottrinale che aveva preceduto la modifica.

(3) V., ancora, i rilievi di Chieco, *op. cit.*, par. 6.1.

(4) Sull'opportunità, l'ampiezza e i limiti di tale rinvio, cfr., Chieco, *op. loc. cit.*

(5) Per approfondimenti, si rinvia a Chieco, cit., par. 7.3, e a Bavaro, *Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in Curzio, cit., cap. IV.

termittente, vi avrebbe provveduto il Ministro del lavoro con apposito decreto. La nuova formulazione dell'articolo non contempla più questo potere surrogatorio del Ministro, ma non può dirsi che in questo modo il correttivo elimini il potere sostitutivo ministeriale e riconosca alle parti sociali un potere insindacabile di sviluppare o no il contratto, perché la previsione abrogata trova una replica nell'art. 40, che non è stato toccato (6). La modifica presenta il vantaggio di evitare quella ripetizione di norme e i relativi problemi di coordinamento, ma certo non ripristina il ruolo dell'autonomia collettiva in materia. Peraltro, con la nuova previsione viene anche individuato un ambito in cui si prescinde del tutto dall'autonomia collettiva, nel senso che si possono stipulare contratti di lavoro intermittente al di là delle esigenze individuate dalla contrattazione. È l'area, di notevole ampiezza e delicatezza, dei lavori intermittenti per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese e dell'anno di cui all'art. 37. Pertanto, in questa materia, la contrattazione collettiva non solo non riacquista spazi, ma anzi li perde drasticamente.

In tema di apprendistato e contratto di inserimento il correttivo ha introdotto altre rilevanti modifiche. In primo luogo è stata ampliata l'area delle abrogazioni della originaria disciplina dell'apprendistato, perché, mentre il n. 276 abrogava l'art. 2, comma 2, della legge 19 gennaio 1955, n. 25, il correttivo ha aggiunto l'abrogazione dell'art. 3 e dell'art. 11, lett. *l*, della medesima legge. L'art. 3 regolava l'assunzione degli apprendisti tramite l'ufficio di collocamento ed era, quindi, collegato a un sistema ormai superato; al contrario suscita perplessità l'abrogazione della lettera *l* dell'art. 11, che imponeva di non adibire gli apprendisti a lavori di manovalanza e di produzione in serie. La possibilità di adibire l'apprendista a questo tipo di attività risulta difficilmente coordinabile con le finalità formative che caratterizzano l'istituto e rischia di indurre a utilizzazioni della cui modernità è lecito dubitare (7).

Un elemento di chiarezza è stato invece introdotto in materia di sanzioni in caso di inadempimento nella erogazione della formazione. Il comma 3 dell'art. 53, prevedeva e prevede una sanzione qualora l'ina-

(6) E, infatti, il Ministro ha emanato, pochi giorni dopo la pubblicazione del correttivo, il d.m. 23 ottobre 2004, i cui contenuti hanno suscitato forti critiche (per approfondimenti si rinvia a Voza, *I contratti ad orario «ridotto, modulato o flessibile» tra lavoro e disponibilità*, in Curzio, *Lavoro e diritti*, 2006, cit., cap. VI, par. 2.2).

(7) Cfr., D'Onghia, *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto d'inserimento*, in Curzio, cit., pp. 405-406.

dempimento formativo sia esclusivamente ascrivibile al datore di lavoro e sia tale da impedire la realizzazione delle finalità proprie dell'apprendistato (diverse, a seconda del tipo di apprendistato). Nella versione originaria la sanzione consisteva nel fatto che il datore di lavoro in tal caso era tenuto a versare la quota di contributi agevolati maggiorati del 100 per cento; ora si stabilisce, più puntualmente, che è tenuto a versare «la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento». Inoltre si aggiunge che la maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione. Un'analoga modifica è stata introdotta con la sostituzione dell'ultimo comma dell'art. 55 in materia di contratto di inserimento. Questa nuova versione è sicuramente più precisa nella individuazione della sanzione, anche se permangono le perplessità sulla efficacia di tale livello sanzionatorio (8). Certo il legislatore ha perso un'occasione per esplicitare cosa succede sul piano civilistico e non meramente contributivo quando viene violato l'obbligo di formazione (9).

In materia di lavoro accessorio il decreto correttivo ha riscritto parte della disciplina, che sarà poi ulteriormente modificata dalla legge n. 80 del 2005 (10), prima ancora che l'istituto diventasse operativo. Per l'analisi compiuta delle modifiche introdotte si rinvia all'apposita trattazione (11); in questa sede ci si limita a segnalare che con il correttivo si è scelto di spostare sulla decretazione ministeriale, alla quale già erano stati affidati alcuni profili di regolamentazione, anche altri snodi. A un decreto del Ministro, da aggiornare periodicamente, è stata affidata la determinazione del valore nominale del «buono» (12).

Al Ministro si è parimenti affidato il compito di individuare, con proprio decreto, le aree e il concessionario del servizio attraverso cui av-

(8) Tuttavia, per le possibili implicazioni di questa modifica sulle sanzioni civili, v. ancora D'Onghia, *I contratti*, cit., par. 2.5.3.

(9) Sui tentativi, a livello interpretativo, di ricostruire la situazione, cfr. D'Onghia, *op. cit.*, par. 4.

(10) Cfr., le modifiche apportate dall'art. 1-*bis*, comma 1, della legge 14 maggio 2005, n. 80.

(11) Spinelli, *Il lavoro accessorio*, in Curzio, *Lavoro e diritti*, 2006, cit., cap. IX.

(12) Valore che l'art. 72 impone di fissare tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini a quelle di cui all'art. 70, nonché del costo di gestione del servizio.

viare una prima sperimentazione delle prestazioni, oltre che i criteri e le modalità per il versamento dei contributi e delle relative coperture assicurative e previdenziali (13). Il segno delle modifiche è pertanto quello della sperimentazione parziale e dell'incremento dell'intervento ministeriale; scelte che, a prescindere da ogni altro genere di valutazione, dovrebbero contribuire a far decollare una forma di lavoro rimasta per ora solo sulla carta.

Modifiche importanti sono state introdotte in materia di certificazione. La prima riguarda l'art. 68, che è stato riscritto, ponendo fine a un contrasto interpretativo. Alcuni Autori ritenevano che la versione originaria della norma consentisse di sostenere la tesi della derogabilità assistita delle norme legali sul lavoro a progetto, cioè consentisse di affermare che in sede di certificazione del lavoro a progetto le parti potessero derogare alle norme che disciplinano la materia. La versione introdotta dal decreto correttivo chiude il discorso, come sostengono convergentemente non solo gli Autori che avevano criticato quella tesi (14), ma anche coloro che l'avevano sostenuta (15). Con il nuovo testo si chiarisce, o comunque si stabilisce, che, quando si riconduce nel lavoro a progetto un rapporto di lavoro già in essere, i diritti derivanti dal rapporto pregresso (e solo questi) possono essere oggetto, in sede di certificazione, di rinunzie o transazioni secondo lo schema dell'art. 2113 cod. civ. (16).

La seconda modifica riguarda l'estensione dell'istituto. Nella versione originaria dell'art. 75 si stabiliva che la certificazione era finalizzata a ridurre il contenzioso in materia di qualificazione di alcuni contratti di lavoro, e precisamente: lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione (17). Con la nuova versione della norma si fa riferimento, indistin-

(13) Su tutti questi temi il Ministro è intervenuto con d.m. 30 settembre 2005.

(14) Per approfondimenti, si rinvia a M. G. Garofalo, *Contratti di lavoro e certificazione*, in Curzio, *op. cit.*, pp. 586-7, e a Pinto, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in Curzio, *op. cit.*, pp. 466 ss.

(15) Cfr. De Angelis, *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, in *FI*, 2005, I, c. 49, anche per richiami a posizioni analoghe.

(16) Anche questa nuova versione non è immune da delicati problemi interpretativi. Cfr. Pinto, *La categoria*, cit., pp. 467 ss.

(17) Peraltro, gli artt. 83 e 84 estendevano, ed estendono tuttora, l'utilizzabilità dell'istituto anche in materia di lavoro nelle cooperative e ai fini della distinzione tra appalto e somministrazione.

tamente, a tutto il contenzioso in materia di qualificazione di contratti di lavoro. Una volta creato il complesso sistema di norme, di commissioni, di competenze e di strutture per far funzionare la certificazione, appare ragionevole la scelta di estenderla a tutti i contratti di lavoro. Il problema però rimane in radice. Ciò di cui si continua a dubitare fortemente è proprio della utilità in sé del nuovo istituto. La finalità enunciata di ridurre il contenzioso avrebbe potuto essere perseguita impiegando le consistenti risorse istituzionali, professionali e finanziarie necessarie per la certificazione in modi più adeguati. Le controversie sulla qualificazione del contratto di lavoro non costituiscono un segmento particolarmente ampio nel quadro generale delle cause di lavoro e di previdenza, e la sua riduzione avrebbe un valore relativo ai fini della riduzione complessiva di quel contenzioso. Ma, soprattutto, il modo in cui la normativa sulla certificazione è stata articolata rischia di provocare l'effetto esattamente opposto: rischia di non ridurre, bensì di ampliare e di complicare le controversie (18). A oltre due anni di distanza, si è ben lontani dal poter seriamente valutare gli effetti sul contenzioso della certificazione, ma le molteplici riflessioni dottrinali hanno accresciuto, anziché diradarli, i dubbi sulla validità della scelta operata dal legislatore (19).

5. — *Il decreto sulla «competitività», la legge di conversione, la finanziaria 2006* — Oltre al decreto specificamente volto a correggere il n. 276, altre modifiche sono state introdotte da un provvedimento legislativo di più ampia portata, il cd. decreto competitività. L'11 marzo 2005 il governo ha approvato il «Piano d'azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale» composto da un decreto legge e da un disegno di legge. Al decreto, emanato il 14 marzo 2005 con il n. 35, è stata data priorità assoluta e al suo interno sono state inserite alcune previsioni originariamente contenute nel disegno di legge. Fra queste, anche norme di contenuto lavoristico. Il decreto è stato convertito con la legge 14 maggio 2005, n. 80, che, a sua volta, ha introdotto altre modifiche, alcune delle quali vertono anche sui profili lavoristici.

La prima modifica consiste nella abrogazione del comma 6 dell'art. 13, articolo che nel complesso consente una serie di operazioni alle a-

(18) Cfr., Costantino, *Profili processuali della certificazione*, in Curzio, *Lavoro e diritti*, 2006, cit., cap. XIII.

(19) Cfr. M. G. Garofalo, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., anche per i richiami agli altri Autori intervenuti sul tema.

genzie di somministrazione al fine «di garantire il reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori svantaggiati» (20). Si tratta di «misure di incentivazione» molto incisive e molto discusse, quali la possibilità di derogare al regime generale della somministrazione imperniato sulla parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'impresa utilizzatrice (21) o la possibilità di applicare, entro determinati limiti temporali, detrazioni del trattamento retributivo del lavoratore che fruisca indennità previdenziali o assistenziali (22). Questi incentivi, nel disegno originario del decreto legislativo n. 276, erano condizionati all'entrata in vigore di «norme regionali che disciplinino la materia» o alla stipula di una apposita convenzione tra le agenzie di somministrazione e i Comuni, le Province o le Regioni stesse. La legge n. 80, abrogando il comma 6, ha reso la normativa incentivante immediatamente operativa senza necessità di attendere i tempi e le regole delle norme regionali. In tal modo si sposta l'epicentro della regolamentazione della materia e viene sottratto uno spazio importante e delicato alla potestà di regolamentazione regionale. È probabilmente un contraccolpo della decisione della Corte Costituzionale intervenuta nel gennaio 2005, che verrà di qui a poco esaminata.

Un altro consistente cambiamento introdotto con la legge n. 80 concerne il lavoro intermittente, istituito già sottoposto a modifiche dal decreto correttivo. Il provvedimento sulla competitività ha sostituito il comma 2 dell'art. 34, il quale stabiliva «in via sperimentale» che il contratto di lavoro intermittente potesse essere «altresì» concluso (quindi in ipotesi ulteriori rispetto a quelle di cui al comma 1) anche per «prestazioni rese da soggetti in stato di disoccupazione con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età che siano stati espulsi dal ciclo produttivo o siano iscritti alle liste di mobilità e di collocamento». La nuova formulazione riduce i requisiti stabilendo che «il contratto di lavoro intermittente può essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche se pensionati». Richiede pertanto esclusivamente che sussista la condizione re-

(20) Sul concetto di «lavoratore svantaggiato», v. art. 2, comma 1, lett. *k*, del decreto legislativo n. 276.

(21) In forza del combinato disposto dell'art. 23, comma 2, e 1, comma 1, lett. *a*, del n. 276.

(22) Per approfondimenti critici su queste norme si rinvia ai saggi di Lagala, Chieco e D. Garofalo, in Curzio, *Lavoro e diritti*, 2006, cit.

lativa all'età, eliminando quelle occupazionali, e anzi prevedendo espressamente, per il lavoratore ultraquarantacinquenne, che il contratto può essere stipulato anche se questi è pensionato.

Un'ulteriore differenza tra la norma nuova e quella sostituita è costituita dal fatto che questa forma peculiare di contratto di inserimento era prevista dalla norma originaria «in via sperimentale». Nella norma modificata tale inciso non c'è più, e anzi si prevede che ciò è possibile «in ogni caso». La legge n. 80 porta quindi al superamento del carattere sperimentale della disciplina e alla sua stabilizzazione per una via diversa da quella che il legislatore del 2003 aveva preventivato (23).

Altra modifica importante concerne il contratto d'inserimento e, specificamente, la possibilità, prevista dall'art. 59, di inquadrare il lavoratore, quando si stipula tale tipo di contratto, in una categoria inferiore. È rimasta invariata la prima parte della norma che, appunto, prevede la possibilità di sottoinquadrare il lavoratore di massimo due livelli rispetto alla categoria spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale ai lavoratori addetti a mansioni corrispondenti a quelle alle quali è preordinato il progetto di inserimento. La nuova formulazione contiene un'aggiunta che esclude dalla possibilità di sottoinquadramento una delle categorie di lavoratori cui è riservato il contratto di inserimento: le donne che risiedono nelle aree geografiche individuate ai sensi della lett. *e* del comma 1 dell'art. 54 (24). L'eccezione trova a sua volta una deroga nel caso in cui esista una diversa previsione da parte dei contratti collettivi nazionali o territoriali sottoscritti da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Quindi nel contratto di inserimento è possibile inquadrare il lavoratore sino a due livelli in meno; tale possibilità non è consentita per le donne che risiedono nelle aree geografiche individuate dal decreto ministeriale. Anche per queste lavoratrici è tuttavia possibile il sottoinquadramento se lo consente una specifica previsione di un contratto collettivo

(23) Cfr., *infra*, par. 11.

(24) «Donne di qualsiasi età residenti in un'area geografica in cui il tasso di occupazione femminile determinato con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro sessanta giorni dalla entrata in vigore del presente decreto, sia inferiore almeno del 20 per cento di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10 per cento quello maschile».

Il decreto ministeriale è stato approvato il 17 novembre 2005 e pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale*, 31 gennaio 2006, n. 25.

nazionale o territoriale stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Anche la disciplina dell'apprendistato ha subito una modifica. Essa riguarda l'apprendistato professionalizzante, disciplinato dall'art. 49, al quale è stato aggiunto un comma ulteriore, il 5-*bis*, che sancisce: «Fino all'approvazione della legge regionale prevista dal comma 5, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Il comma 5 prevedeva e prevede che la regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante è rimessa alle Regioni e alle Province autonome, nel rispetto dei criteri e principi enunciati dalla norma. Il nuovo comma aggiunto in calce stabilisce che, sino a quando non saranno emanate le leggi regionali in materia, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi.

Da ultimo, la legge finanziaria del 2006 (25) ha introdotto un'ulteriore innovazione al n. 276, ampliando la tipologia degli organi di certificazione. L'art. 1, comma 256, della legge, mediante l'aggiunta di un punto *c-bis* e un punto *c-ter* nel comma 1 dell'art. 76 del decreto legislativo n. 276, ha previsto che sono abilitate alla certificazione dei contratti di lavoro le commissioni istituite, oltre che presso i soggetti indicati alle lettere *a*, *b* e *c* della norma, anche presso altri due soggetti: la «direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro» del Ministero del lavoro (lettera *c-bis*) (26) e «i consigli provinciali dei consulenti del lavoro» (lettera *c-ter*) (27).

(25) Legge 23 dicembre 2005, n. 266, pubblicata sul *Supplemento ordinario* della *Gazzetta Ufficiale*, n. 302, del 29 dicembre 2005.

(26) Le commissioni istituite presso tale direzione potranno certificare «esclusivamente» nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due Province anche di Regioni diverse oppure sia associato a organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzione certificati dalla neo-costituita commissione ministeriale.

La norma aggiunge anche un comma 1-*bis*, sempre all'interno dell'art. 76, con il quale si specifica che «nel solo caso di cui al comma 1, lettera *c-bis*, le commissioni di certificazione istituite presso le direzioni provinciali del lavoro e le Province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali».

(27) Di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12. In questo caso la certificazione potrà riguardare «esclusivamente» i contratti di lavoro «instaurati nell'ambito territoriale di riferimento».

6. — *La sentenza n. 50/2005 della Corte Costituzionale* — Un banco di prova importante per la legge n. 30 e il decreto legislativo n. 276 del 2003 è stato il giudizio della Corte Costituzionale. Nel dibattito giornalistico, ma anche in quello scientifico, si è parlato di superamento dell'esame di costituzionalità della legge, di «convalida» della legge da parte della Corte Costituzionale (28). In realtà le due importanti sentenze della Corte intervenute a oggi, la n. 50 del gennaio e la numero 384 dell'ottobre 2005, risolvono quasi integralmente a favore della costituzionalità della legge le questioni sollevate; tuttavia si trattava di questioni, numerose, ma tutte di un medesimo taglio, e la Corte stessa ha esplicitamente precisato che il suo esame era tutt'altro che esaustivo.

Le questioni sinora esaminate attengono, infatti, tutte a ricorsi proposti da una serie di Regioni contro la legge delega o i decreti di attuazione ai sensi del comma 2 dell'art. 127 della Costituzione, che riconosce alla Regione la facoltà di promuovere questioni di legittimità costituzionale quando ritenga che una legge dello Stato o di altra Regione leda la sua sfera di competenza.

Su questo e non su altro la Corte si è pronunciata. E nelle motivazioni sono numerosi e continui i passaggi volti a sottolineare la specificità della valutazione. Nella premessa della decisione n. 50 si sottolinea: «questa Corte ha più volte affermato che con il ricorso proposto ai sensi dell'art. 127, comma 2, Cost., le Regioni possono addurre soltanto la lesione delle loro attribuzioni legislative da parte dello Stato e non anche la violazione di qualsiasi altro precetto costituzionale», e «non possono aver rilievo denunce di illogicità o di violazione di principi costituzionali che non ridondino in lesioni delle sfere di competenza regionale».

Nel corso della decisione, poi, con riferimento alle singole censure la Corte ritorna in continuazione sul punto. Ad esempio, nei numerosi casi in cui motiva la «inammissibilità» di questioni poste dalle Regioni per violazione dell'art. 76 Cost., «dal momento che l'asserito eccesso di delega non ridonda in violazione della sfera di competenza regionale». Un altro esempio importante riguarda l'istituto della certificazione e la sua efficacia. La Regione Basilicata aveva affermato che tali norme, se interpretate nel senso di restringere la proponibilità di a-

(28) Miscione, *Introduzione*, in Carinci (coordinato da), *Il «correttivo» alla legge di riforma del mercato del lavoro*, IPSOA, Milano, 2005, p. xx.

zioni giudiziarie, contrastano con l'art. 24 della Costituzione. La Corte ha dichiarato inammissibile anche questa eccezione non perché escluda un contrasto con l'art. 24 della Costituzione, né perché ritenga che la normativa debba essere interpretata in modo diverso, ma perché il parametro dell'art. 24 «non riguarda la sfera di attribuzioni della ricorrente: nessuna competenza è, infatti, attribuita alle Regioni per la tutela del diritto di difesa».

Per avere un giudizio completo sulla conformità della legge ai principi costituzionali bisognerà pertanto attendere. Il giudizio di cui si dispone concerne la conformità dell'assetto legislativo alla ripartizione di competenze tra Stato e Regione delineato dal Titolo V della Costituzione. E anche questo giudizio non è ancora esaustivo, perché altre questioni vengono proposte in questo stesso ambito di valutazione.

Per formulare il suo giudizio la Corte ha dovuto compiere un lavoro preliminare di inquadramento che peraltro presenta un grandissimo interesse sistematico, oltre che metodologico. Come è noto il testo dell'art. 117 della Costituzione, scaturito dalla riforma del 2001, ripartisce per materia la potestà legislativa tra Stato e Regioni: in alcune materie lo Stato ha competenza esclusiva; in altre la competenza è concorrente: «spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato»; le Regioni sono infine competenti per ogni altra materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

In presenza di una serie di ricorsi di Regioni che assumevano la lesione delle loro competenze la Corte ha dovuto scandagliare la normativa, verificando, istituto per istituto, in quale ambito di competenza si rientrava. Ha precisato che la disciplina dei «servizi per l'impiego e in particolare del collocamento» rientra nella materia della «tutela e sicurezza del lavoro» affidata alla competenza concorrente Stato-Regioni. Il lavoro a tempo parziale, come la disciplina intersoggettiva di qualsiasi rapporto di lavoro, rientra nella materia dell'ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato. Le norme in tema di somministrazione di manodopera e sui rapporti tra fornitore e utilizzatore, come anche quelle in tema di appalto e i relativi apparati sanzionatori, rientrano nella materia dell'ordinamento civile di esclusiva competenza statale. La disciplina della certificazione dei contratti di lavoro rientra a sua volta in parte nella materia dell'ordinamento civile e, per altri versi, in quella della giurisdizione e norme processuali, alle quali è estranea qualsiasi competenza legislativa regionale. Intricatissima è la valutazione

della disciplina dei rapporti di lavoro a contenuto formativo: apprendistato e contratto di inserimento. La Corte afferma: «la circostanza che il legislatore non abbia limitato la delega alla determinazione dei principi fondamentali si può spiegare con il rilievo che i contratti a contenuto formativo, tradizionalmente definiti a causa mista, rientrano pur sempre nell'ampia categoria dei contratti di lavoro, la cui disciplina fa parte dell'ordinamento civile e spetta alla competenza esclusiva dello Stato». Tuttavia, su apprendistato e contratto di inserimento interferiscono anche altre componenti che rientrano nella competenza delle Regioni. Infatti, mentre la formazione privata rientra nel sinallagma contrattuale, e per tale via nella competenza dello Stato in materia di ordinamento civile, l'istruzione e la formazione professionale pubbliche rientrano nella competenza delle Regioni. Pertanto, in questi casi, secondo la Corte, si è in presenza di una «concorrenza di competenze», che è cosa diversa dalla competenza concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di «leale collaborazione», che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della «prevalenza», qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo a una materia piuttosto che ad altre». In ogni caso «le molteplici interferenze di materie diverse non consentono la risoluzione delle questioni sulla base di rigidi criteri».

L'applicazione di questi principi, come si è visto, ha portato la Corte a dichiarare inammissibili molte questioni e a dichiararne infondate molte altre.

Sono state peraltro accolte alcune eccezioni. È stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'intero articolo 60 del decreto legislativo n. 276, che regolava i tirocini estivi di orientamento, tema, secondo la Corte, di esclusiva competenza regionale, perché la disciplina era priva di qualsiasi collegamento con i rapporti di lavoro e non era preordinata in via immediata a eventuali assunzioni, sicché era tutta interna alla formazione regionale di competenza esclusiva delle Regioni.

Ancor più rilevante è la dichiarazione di incostituzionalità del comma 6 dell'art. 22 del decreto n. 276, che dichiarava non applicabile alla materia della somministrazione di lavoro la disciplina delle assunzioni obbligatorie e la possibilità per le Regioni di prevedere che una quota delle assunzioni effettuate da datori di lavoro privati e da enti pubblici economici sia riservata a particolari categorie di lavoratori a rischio

di esclusione sociale (riserva prevista dall'art. 4-*bis*, comma 3, del decreto legislativo n. 181 del 2000). Secondo la Corte in tal modo il decreto legislativo aveva illegittimamente limitato una potestà normativa della Regione.

In realtà l'area delle questioni sollevate dalle Regioni che avrebbero portato a declaratorie di incostituzionalità era più ampia. Alcune questioni sono state superate perché nel frattempo il governo ha posto rimedio con il decreto legislativo correttivo. La Corte ha preso atto di tali modifiche e ha spiegato che è sulle norme sostituite o modificate che occorre trasferire le censure. Censure che in parte risultano infondate, in altra parte, a causa della correzione operata, risultano superate, sicché è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere (29).

Un altro punto in cui la partita tra Stato e Regioni sul decreto legislativo n. 276 può dirsi finita in parità, pur in presenza di una pronuncia di rigetto della questione sollevata, è quella delle funzioni amministrative. L'art. 117 prevede che nelle materie di competenza concorrente l'attribuzione delle funzioni amministrative spetta integralmente alle Regioni. In forza di questo precetto costituzionale, la Regione Marche e la Regione Toscana avevano impugnato le norme della legge delega (art. 1, comma 2, lett. *e*, della legge n. 30 del 2003) e del decreto legislativo (art. 3, comma 2, prima parte, del decreto legislativo n. 276 del 2003) che, in materia di organizzazione del mercato del lavoro, statuivano il «mantenimento da parte delle Province delle funzioni amministrative, attribuite dal decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, e successive modificazioni e integrazioni». La Corte Costituzionale riconosce che l'allocazione delle funzioni amministrative in questa materia «non spetta, in linea di principio, allo Stato», «tuttavia, – aggiunge – come questa Corte ha già affermato (30), vi sono funzioni e servizi pubblici che non possono subire interruzioni se non a costo di incidere su diritti che non possono essere sacrificati. Tali rilievi comportano che le funzioni delle Province continueranno a svolgersi se-

(29) Il discorso concerne la previsione del comma 8 dell'art. 6. La Corte rileva che a seguito della modifica apportata dal n. 251 «non è più previsto che le modalità di costituzione dell'apposita sezione regionale dell'albo di cui all'art. 4, comma 1, e delle procedure a essa connesse siano stabilite da un decreto ministeriale; è invece previsto che le procedure di autorizzazione di cui ai commi 6 e 7 siano disciplinate dalle Regioni nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi fondamentali desumibili in materia dallo stesso decreto». Di conseguenza, non vi è luogo a provvedere essendo cessata la materia del contendere.

(30) Il rinvio è a Corte Cost. n. 13 del 2004.

condo le disposizioni vigenti fin quando le Regioni non le avranno sostituite con una propria disciplina. La norma va intesa, quindi, nel senso che le funzioni amministrative sono mantenute in capo alle Province senza precludere la possibilità di diverse discipline da parte delle Regioni. Così interpretata la norma non lede la sfera di attribuzioni regionali». In questo modo la Corte, all'evidente fine di evitare una gravissima interruzione dei servizi, salva l'attuale assetto delle funzioni amministrative, centrato sulle Province, puntualizzando però che l'allocatione delle funzioni amministrative in questa materia spetta alle Regioni, le quali pertanto ben potranno con un loro intervento effettuare scelte diverse.

7. — *La sentenza n. 384/2005 della Corte Costituzionale* — La Corte è nuovamente intervenuta sulla materia nell'ottobre del 2005 con la sentenza n. 384 in cui sono state esaminate le questioni proposte nei confronti del decreto legislativo n. 124 del 2004 e delle norme della legge delega che ne costituiscono il presupposto. Tale normativa, come si è visto, ha riformato l'assetto della vigilanza e delle ispezioni. La tesi di fondo delle Regioni ricorrenti era che la disciplina impugnata rientra nella materia «tutela e sicurezza del lavoro» e quindi nella competenza concorrente, con la duplice conseguenza che la potestà legislativa spetta alle Regioni e lo Stato può solo dettare i principi fondamentali, mentre la potestà regolamentare spetta esclusivamente alle Regioni.

La Corte ha drasticamente negato questa impostazione, affermando che la regolamentazione delle sanzioni spetta al soggetto competente a disciplinare la materia la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionato e che non è possibile determinare la competenza a regolare un'attività di vigilanza indipendentemente dalla individuazione della materia cui essa si riferisce. Poiché, secondo la Corte, la vigilanza disciplinata dal decreto legislativo n. 124 concerne il rispetto delle norme sui rapporti intersoggettivi tra datore di lavoro e lavoratore e i relativi profili previdenziali, essa, da un lato, rientra nella materia dell'ordinamento civile, dall'altro, nella previdenza sociale, materie di competenza esclusiva dello Stato. Questo ragionamento porta la Corte a escludere la fondatezza di quasi tutte le numerose eccezioni rivolte contro la nuova normativa, con un metodo che viene poi applicato, con risultati identici, anche a punti della disciplina che vanno al di là della attività di vigilanza, ma che sono comunque riconducibili a materie di competenza esclusiva dello Stato (di volta in volta, ancora l'ordinamento civile e la previden-

za sociale, ma anche la giurisdizione e le norme processuali, come nel caso della conciliazione monocratica e della diffida accertativa o delle norme sul rilievo probatorio dei verbali ispettivi). L'accoglimento delle eccezioni rimane così limitato a pochi frammenti della normativa che la Corte ritiene abbiano effettivamente leso prerogative regionali. Frammenti che vengono eliminati in due casi con una abrogazione netta (31), in altri due con una dichiarazione di illegittimità della norma (32) nella parte in cui non prevede che il decreto ministeriale al quale si rimette la regolamentazione debba essere adottato previa intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni. Al di là di questi punti molto specifici, la normativa ha superato la rete di ricorsi promossi dalle Regioni perché, come sottolinea la Corte nel passaggio finale della motivazione, «in larga prevalenza attiene a materie di competenza statale».

8. — *I provvedimenti ministeriali* — Con una scelta che ha sollevato critiche, i decreti legislativi attuativi della delega hanno previsto spesso il rinvio a decreti del Ministro del lavoro per la specificazione di numerosi aspetti della disciplina, a volte particolarmente salienti. Entro termini modulati in modo diverso, ma ormai tutti largamente scaduti, il Ministro avrebbe dovuto integrare la normativa con i suoi decreti. Alcuni provvedimenti ministeriali sono stati emanati (33), ma, a oltre di due anni dalla entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003, molti altri, quelli forse concernenti i temi più sensibili, non sono stati ancora emessi. Nessun decreto è stato poi approntato fra quelli previsti del decreto legislativo n. 124 del 2004. Senza volere effettuare una ricognizione completa e rinviando per una trattazione approfondita, istituito per istituito, ai vari capitoli, si può rilevare che sono stati emanati alcuni dei decreti previsti in materia di agenzie per il lavo-

(31) Vengono abrogati gli incisi «dal coordinatore nazionale delle aziende sanitarie locali» nel comma 2 dell'art. 3 del decreto legislativo n. 124 del 2004 e l'inciso «dal coordinatore regionale delle aziende sanitarie locali» nel comma 3 dell'art. 4 del medesimo decreto.

(32) Il comma 3 dell'art. 8 e il comma 1 dell'art. 10 del decreto legislativo n. 124 del 2004.

(33) Una raccolta completa dei decreti ministeriali è in Curzio, *Nuove regole dei rapporti di lavoro. Raccolta di leggi, decreti, circolari, accordi e sentenze*, Cacucci, Bari, 2005.

(34) Il d.m. 23 dicembre 2003 ha disciplinato le modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione per l'iscrizione all'albo delle agenzie per il lavoro e il d.m. 5 maggio 2004 ha fissato i requisiti per l'iscrizione nell'albo delle agenzie per il lavo-

ro (34) e il decreto interministeriale per l'individuazione degli *standard* tecnici per l'attuazione della Borsa continua per il lavoro (35). Sono stati approntati tre decreti in materia di lavoro intermittente: quello che individua le esigenze che giustificano il ricorso a questa forma di lavoro (36), quello che fissa la retribuzione convenzionale per il versamento della differenza contributiva da parte dei lavoratori (37), quello che quantifica l'indennità mensile di disponibilità (38). Analogo decreto è stato emesso in materia di indennità mensile di disponibilità da corrispondere al lavoratore nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo indeterminato (39). Un certo impegno è stato profuso in materia di certificazione: sono stati emessi tanto il decreto ministeriale sulle Commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province (40), quanto quello sulla istituzione dell'albo delle commissioni di certificazione universitarie (41). Di recente è stato pubblicato il decreto ministeriale in materia di lavoro accessorio (42) e, da

ro. Inoltre, con d.m. 18 novembre 2003, è stato istituito il «Comitato per il sostegno e l'incentivazione delle attività derivanti dalla collaborazione tra agenzie per il lavoro e operatori pubblici», al fine di favorire l'inserimento dei lavoratori svantaggiati nel mondo del lavoro.

(35) D.m. 13 ottobre 2004, *Standard tecnici per l'attuazione della Borsa continua nazionale del lavoro*.

(36) Il d.m. 23 ottobre 2004, ai sensi dell'art. 40 del d.lgs. n. 276, ha individuato, in via provvisoriamente sostitutiva delle determinazioni dell'autonomia collettiva, le esigenze che legittimano il lavoro intermittente, mediante un rinvio all'elenco di occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo contenuto nella tabella allegata al Regio decreto 6 dicembre 1923, n. 2657. Questo decreto ministeriale ha sollevato un coro di rilievi critici. Per approfondimenti si rinvia a Voza, *I contratti ad orario*, cit., pp. 355 ss.

(37) D.m. 30 dicembre 2004, *Determinazione della retribuzione convenzionale per il versamento della differenza contributiva da parte dei lavoratori assunti con contratto di lavoro intermittente*.

(38) Il d.m. 10 marzo 2004, ha fissato la misura dell'indennità mensile di disponibilità al 20% della retribuzione prevista dal contratto collettivo applicato.

(39) Il d.m. 10 marzo 2004 ha stabilito: «Nel contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, la misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali il medesimo rimane in attesa di assegnazione, non può essere inferiore a 350,00 euro mensili. Per la determinazione della quota oraria il divisore da utilizzare è 173».

(40) D.m. 21 luglio 2004.

(41) D.m. 14 giugno 2004.

(42) Il d.m. 30 settembre 2005 (pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*, n. 302, del 29 dicembre 2005), che fissa il valore del buono per le prestazioni di lavoro accessorio in 10 euro e individua le aree in cui avviare una prima fase di sperimentazione dell'istituto.

ultimo, è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il decreto ministeriale in materia di contratti di inserimento con lavoratrici (43).

A termini da tempo scaduti e a ben oltre due anni dalla entrata in vigore del decreto non può non rilevarsi che tutta una serie di regolazioni affidate al Ministro risultano ancora scoperte e si tratta dei temi più delicati. Basterà elencarne alcuni, senza pretesa di esaustività. Un decreto ministeriale da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del n. 276 (44), cioè dal 24 ottobre 2003, avrebbe dovuto disciplinare il «trattamento dei dati personali» nelle materie espressamente indicate nel comma 2 dell'art. 8 del decreto legislativo. Entro novanta giorni un apposito decreto ministeriale (45) avrebbe dovuto costituire, con specifico riferimento ai contratti di apprendistato, una Commissione di sorveglianza che avrebbe dovuto realizzare un lavoro di monitoraggio continuo, di rendicontazione periodica e di valutazione *in itinere* della riforma. Non è stato mai emanato il decreto che entro sei mesi dalla entrata in vigore del n. 276 avrebbe dovuto disporre «criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro» (46). Il Ministro aveva anche il compito di stabilire le modalità con le quali verificare la reale sussistenza della formazione nel contratto di apprendistato ai fini della erogazione degli incentivi economici alle imprese (47). Anche questo delicatissimo decreto non è stato ancora pubblicato. Né è stato emesso, in materia di contratto di inserimento, il decreto sulle modalità di definizione dei piani individuali di inserimento. Non è stato emesso il decreto con il quale il Ministro avrebbe dovuto «adottare» «codici di buone pratiche per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi» (48). Ma non è neanche stato emesso il decreto, più semplice, con il quale il Ministro definisce «moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo pro-

(43) V., *supra*, par. 5, e, *ampie*, D'Onghia, *I contratti a contenuto formativo*, cit., p. 408.

(44) Art. 8, comma 2.

(45) Cfr., art. 17, comma 8.

(46) Cfr., art. 18, comma 6, non toccato dal decreto correttivo, che pure ha modificato buona parte della norma.

(47) Art. 53, comma 3.

(48) Art. 78, comma 4.

gramma che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro» (49). Né è stato emanato il provvedimento con il quale il Ministro avrebbe dovuto adottare «codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio da parte dell'appaltatore» (50).

È trascorso ormai tanto tempo dalla scadenza dei termini in cui questi decreti avrebbero dovuto essere emanati che in molti casi si può cominciare a dubitare della volontà politica di adottarli. Le ragioni del lungo silenzio ministeriale sono difficilmente decifrabili: possono essere numerose e magari differenti a seconda del settore e del tipo di decreto. In qualche caso si può anche ipotizzare che sia maturata la consapevolezza che alcuni conferimenti di potere alla decretazione ministeriale superassero i limiti posti dal quadro costituzionale. Ad esempio, la norma sulle sanzioni penali (art. 18) si conclude con l'affidamento al Ministro del compito di «disporre» (testualmente: «il Ministro dispone») criteri interpretativi certi per la definizione dei giudizi in atto in materia di intermediazione e di interposizione, con una violazione del principio della divisione dei poteri difficilmente contestabile. Oltre tutto, la materia della definizione dei reati e dei rapporti tra reati è oggetto di riserva di legge e la dottrina costituzional-penalistica dubita che possa essere regolata con disposizioni in sede di decreti delegati; *a fortiori* è discutibile la costituzionalità di un decreto delegato che affidi poteri regolativi in tale materia a un decreto ministeriale. Il *mix* di difficoltà di realizzazione e di consapevolezza dei problemi ordinamentali che si determinerebbe con il passaggio dalla astratta previsione legislativa alla concreta attuazione spiega forse il silenzio ministeriale in materia di «codici di buone pratiche»; strumento che era stato presentato come una innovazione di particolare importanza sul piano tecnico e culturale e la cui mancata adozione acquista pertanto una risonanza ancora maggiore.

Se l'emanazione dei decreti ministeriali previsti dai provvedimenti legislativi è stata parziale, largo invece è stato il ricorso allo strumento delle circolari. Il Ministro ne ha adottate molte, a volte corpose, su qua-

(49) Art. 78, comma 5.

(50) Art. 84, comma 2.

si tutti gli istituti: dall'organizzazione del mercato del lavoro all'orario, dal lavoro a tempo parziale al lavoro intermittente, dall'apprendistato al contratto d'inserimento, dalla somministrazione al distacco, dal lavoro a progetto al lavoro nelle cooperative, dalla certificazione alla vigilanza (51). La lettura di questi atti mostra che spesso si tratta di trattazioni compilative, con riepiloghi, parafrasi o addirittura mera ripetizione del contenuto degli articoli di legge. Altre volte, invece, la circolare fornisce chiarimenti e indicazioni operative (52), con esiti diversi e non sempre positivi: in qualche caso il testo ministeriale contribuisce ad accrescere le difficoltà di lettura della norma (53). In alcuni casi le circolari integrano la previsione normativa e non mancano passaggi in cui sembrano essere stati travalicati i limiti consoni a un atto di tale natura (54). Circolari sono state anche emesse da altri Ministeri, come nel caso dell'importante provvedimento emesso dalla Presidenza del Consiglio, dipartimento della funzione pubblica, in materia di collaborazioni coordinate e continuative, nonché dagli enti previdenziali, chiamati a complicate operazioni di raccordo e coordinamento della disciplina sulle nuove tipologie contrattuali con gli istituti assicurativi, previdenziali e assistenziali.

9. — *La legislazione regionale* — Si è visto come il *Libro bianco* mirasse a realizzare il federalismo anche in materia di mercati e rapporti di lavoro (55), ma come invece la via percorsa con il decreto legislativo n.

(51) Anche le circolari sono raccolte in Curzio, *Nuove regole*, cit.

(52) V., ad esempio, vari passaggi della Circolare 24 giugno 2004, n. 24, in materia di vigilanza, approfonditi da Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: riforma della vigilanza in materia di lavoro*, in Curzio, *Lavoro e diritti*, 2006, cit., cap. XVI.

(53) V., ad esempio, con riferimento alla Circolare 3 marzo 2005, n. 8, in materia di orario, quanto sottolinea Leccese, *La disciplina dell'orario*, cit., par. 4.1.

(54) V., ad esempio, numerosi rilievi di Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit. Questo tipo di critica è stato da molti Autori riservato alla circolare 8 gennaio 2004, n. 1, sul lavoro a progetto, nella parte in cui afferma che la presunzione della natura subordinata del rapporto, laddove la collaborazione coordinata e continuativa venga instaurata senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma o fase, «può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio la prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo». Tale interpretazione, peraltro, è stata condivisa dal primo intervento giudiziario in materia (Trib. Torino, 15 marzo 2005). Sul problema, *ampie*, cfr. Pinto, *La categoria*, cit., par. 4, anche per un quadro completo delle posizioni dottrinali.

(55) Vi si affermava che «la potestà normativa concorrente delle Regioni non riguarda solo il mercato del lavoro bensì anche la regolazione dei rapporti di lavoro», e quindi «l'intero ordinamento del lavoro»: v. *supra*, Sezione I, par. 2 e nota di richiami.

276 sia stata notevolmente diversa: quella di «un testo fortemente centralistico» (56). Né è derivato un contenzioso con alcune Regioni, che trova ora un punto fermo nelle prime decisioni della Corte Costituzionale, che hanno riconosciuto alla competenza esclusiva dello Stato i rapporti di lavoro, mentre hanno inquadrato nella competenza concorrente Stato-Regioni i temi del mercato del lavoro, e a una «concorrenza di competenze» i contratti a finalità formative.

La legislazione regionale si è messa in movimento, sebbene anch'essa con tempi rallentati e solo da parte di alcune Regioni.

La prima è stata la Regione Marche, che nel gennaio 2005 ha emanato una legge «per l'occupazione la tutela e la qualità del lavoro» (57). Con questo ampio intervento viene definito l'assetto istituzionale del mercato del lavoro regionale: precisando le funzioni della Regione e delle Province, individuando uno strumento di coordinamento nella «conferenza interistituzionale di coordinamento regionale», istituendo commissioni e atti di programmazione delle politiche occupazionali. Viene quindi organizzato il sistema regionale dei servizi per l'impiego, regolando i centri per l'impiego, l'avviamento a selezione presso le pubbliche amministrazioni, i regimi delle autorizzazioni e degli accreditamenti degli operatori privati, il coordinamento pubblico-privato e il sistema informativo regionale. Un'ampia parte del provvedimento è dedicata alle politiche attive del lavoro (58) concepite come «misure dirette a far sì che la flessibilità non si traduca in precarietà: incentivi alle imprese che assumano a tempo indeterminato o regolarizzino rapporti di lavoro, incentivi per la formazione e l'occupazione di soggetti svantaggiati e disabili, per lo sviluppo dell'imprenditorialità, per le imprese che fanno innovazione o migliorano le condizioni ambientali di lavoro» (59).

(56) Carinci, 2004, *Introduzione*, in Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, IPSOA, Milano, p. XXXV.

(57) Legge regionale Marche, n. 2 del 2005, approvata nella seduta del Consiglio regionale del 19 gennaio 2005, Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro.

(58) Le politiche attive della Regione Marche sono articolate nei seguenti capitoli: lavoro e formazione, con la disciplina di raccordo tra pubblico e privato e la definizione dei profili formativi dell'apprendistato; promozione dell'occupazione, con inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati, sostegno del reddito, sostegno della creazione di impresa, inserimento lavorativo delle persone disabili; sicurezza e qualità del lavoro; sostegno alla stabilità, regolarità e sicurezza del lavoro.

(59) Cinelli, *La legge sul lavoro n. 2/2005 della Regione Marche*, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2005, n. 1, p. 12.

Sempre all'inizio del 2005 è intervenuta anche la Regione Toscana, che ha utilizzato una tecnica diversa emanando una legge (60) che novella una serie di articoli di una normativa regionale preesistente alla legislazione statale del 2003 e che rimette compiti di grande rilievo al regolamento regionale. La legge ha disciplinato l'albo per le agenzie per il lavoro che operano nella Regione, il raccordo di pubblico e privato nel sistema regionale per l'impiego, le convenzioni per l'inserimento dei lavoratori svantaggiati e dei disabili, la connessione tra sistema informativo regionale e la borsa continua nazionale per il lavoro. Altri compiti, delicati e importanti, a cominciare da quelli in materia di apprendistato (disciplina dei profili formativi e delle modalità organizzative e di erogazione della formazione esterna per tutti e tre i tipi di apprendistato previsti dal n. 276), sono stati rimessi al regolamento regionale, che è stato adottato quasi contestualmente (61).

Nell'estate del 2005 sono state poi emanate altre due leggi regionali. Il 26 luglio 2005 la Regione Emilia-Romagna ha approvato la legge n. 17, adottando uno schema di intervento analogo a quello della Regione Marche, con alcuni ampliamenti (62). Sempre nello stesso solco, ma ancor più corposo, è l'intervento legislativo della Regione Friuli-Venezia Giulia, realizzato con la legge 9 agosto 2005, n. 18 (63). Entrambe le leggi regolano funzioni di Regioni e Province, forme di coordinamento della loro azione e strumenti di programmazione delle politiche regionali per l'occupazione. Disciplinano il sistema regionale per i servizi per il lavoro, la materia delle autorizzazioni e degli accreditamenti, gli strumenti di coordinamento pubblico-privato, i sistemi informativi regionali. Entrambe le discipline, inoltre, regolano gli istituti volti alla promozione dell'occupazione e dell'autoimprenditorialità, all'inserimento dei lavoratori svantaggiati e disabili, alla gestione delle situazioni di grave difficoltà occupazionale, al contrasto del lavoro sommerso e irregolare, alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro, agli interventi a so-

(60) Legge regionale Toscana, 1° febbraio 2005, n. 20, *Modifiche alla legge regionale 26 luglio 2002, n. 32 (Testo Unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro), in materia di occupazione e mercato del lavoro.*

(61) Con decreto del Presidente della giunta regionale della Toscana n. 22/R del 2 febbraio 2005.

(62) Legge regionale della Emilia-Romagna, 26 luglio 2005, n. 17, *Norme per la promozione dell'occupazione, della qualità, sicurezza e regolarità del lavoro.*

(63) Legge regionale del Friuli-Venezia Giulia, 9 agosto 2005, n. 18, *Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro.*

stegno del reddito. Entrambe dedicano una specifica disciplina all'apprendistato raccogliendo il rinvio alla regolamentazione regionale operato dagli artt. 48, 49 e 50 del decreto legislativo n. 276 (64).

Una legge regionale dedicata specificamente all'apprendistato professionalizzante è stata approvata dalla Regione Puglia con un consenso politico molto elevato (65). La legge dà attuazione al comma 5 dell'art. 49 del decreto legislativo n. 276, disciplinando i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante con una normativa volta a garantire l'effettività della formazione dell'apprendista e a incentivare la successiva stabilizzazione del rapporto. Peculiare è la scelta di prevedere per i primi due anni di apprendistato un numero minimo di ore di formazione pari a quello previsto dal decreto legislativo («almeno» 120 ore annue), che però si innalza negli eventuali anni successivi perché «l'allungamento della durata massima dell'apprendistato a sei anni, operato con il decreto legislativo n. 276, può trovare giustificazione soltanto nella particolarità delle esigenze formative cui può corrispondere una durata così lunga (e onerosa per la collettività, per l'effetto degli sgravi contributivi)» (66). La legge contiene poi una serie di norme volte a garantire l'effettivo espletamento, l'adeguatezza e la spendibilità all'esterno della formazione, tramite un sistema di certificazioni e controlli sull'attività di formazione e sui soggetti che la erogano, ma anche tramite il finanziamento regionale della formazione esterna, effettuato sotto forma di «buono», che l'apprendista può utilizzare, d'intesa con il datore, presso uno degli enti di formazione accreditati. Altro dato caratterizzante è la scelta di sostenere il passaggio dall'apprendistato al contratto di lavoro ordinario, con la previsione di un «incentivo economico ai datori di lavoro che, senza soluzione di continuità rispetto al periodo di apprendistato, assumano il lavoratore a tempo indeterminato» (67). Si tratta di scelte coe-

(64) Da ultimo, è stata emanata la legge regionale della Sardegna, 5 dicembre 2005, n. 20, *Norme in materia di promozione dell'occupazione, sicurezza e qualità del lavoro. Disciplina dei servizi e delle politiche del lavoro* (in *Boll. uff. Regione autonoma Sardegna*, n. 37/2005).

(65) La legge regionale della Puglia, 15 novembre 2005, *Disciplina in materia di apprendistato professionalizzante*, è stata approvata con il voto favorevole della maggioranza di centro-sinistra, nonché di Alleanza Nazionale e dell'U.D.C., e con l'astensione di Forza Italia e della lista locale «Puglia prima di tutto».

(66) Così la relazione di accompagnamento al disegno di legge, che può essere letta in *Bollettino Adapt*, n. 45, in www.csmb.unimo.it.

(67) Art. 10, comma 1. In sede di approvazione del suo primo bilancio, la Giunta regionale della Puglia ha previsto una consistente concentrazione di risorse per ri-

renti con il profilo migliore del decreto legislativo n. 276, che, come si è visto, nella sua norma di apertura, enunciando le «finalità», dichiara che le disposizioni che seguono, «anche attraverso contratti a contenuto formativo», «sono finalizzate ad aumentare i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro» (68).

10. — *La contrattazione collettiva* — Mentre per le leggi regionali e per i decreti ministeriali è stato possibile offrire un quadro, sebbene schematico, di ciò che è stato realizzato, ciò diventa quasi impossibile con riferimento alla autonomia collettiva, dato il grande numero di contratti collettivi di tutti i livelli che stanno progressivamente integrando il tessuto regolativo della legge (69). Tanto meno è possibile, a questo stato di maturazione dell'esperienza, formulare dei giudizi, che non siano aprioristici e approssimativi, sul modo in cui l'autonomia collettiva sta interpretando il suo ruolo. Ci si deve limitare, pertanto, in materia, a poche considerazioni, rinviando agli approfondimenti contenuti nei singoli capitoli di questo volume.

In una indagine del Ministero del lavoro (70), concernente peraltro solo i contratti di livello nazionale, si dà conto del notevole lavoro svolto a livello contrattuale e si indicano gli istituti sui quali si è particolarmente concentrata l'azione di integrazione normativa contrattuale. Queste indicazioni lasciano intravedere che i tempi e, in generale, l'attenzione e l'impegno delle parti collettive risultano condizionati dal grado di interesse che il mercato del lavoro dimostra per il singolo tipo contrattuale. È una differenziazione che emerge, ad esempio, nella contrattazione in materia di somministrazione, che segue il maggior interesse verso la somministrazione a tempo determinato. Forte interesse, e quindi impegno, si è indirizzato sul lavoro a tempo parziale, sul lavoro

spettare questi impegni, attenendosi peraltro ai limiti, espressamente richiamati nel comma 3 dell'art. 10 della legge regionale, fissati dalla normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato a favore dell'occupazione (Regolamento Ce n. 2204/2002 della Commissione, del 12 dicembre 2002, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato Ce in materia di aiuti di Stato).

(68) Art. 1, comma 1, del decreto legislativo n. 276 del 2003, sul cui contenuto di orientamento dell'interprete e della normazione integrativa v. Curzio, *Introduzione a Lavoro e diritti*, 2006, cit., pp. 19-20.

(69) Cfr. la banca dati relativa ai contratti collettivi consultabile alla voce *Contrattazione collettiva (Banca dati)*, nel sito www.csmb.unimo.it.

(70) Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *La riforma Biagi e la contrattazione collettiva. Luglio 2005*, in www.welfare.gov.it.

a progetto e sul contratto di inserimento, a proposito del quale un ruolo decisivo nel consentire e segnare l'avvio della esperienza viene riconosciuto all'Accordo interconfederale 11 febbraio 2004 (71).

Una controprova si ha con riferimento all'apprendistato. Il tipo di apprendistato che suscita più interesse, l'apprendistato professionalizzante, ha dato luogo a una consistente produzione contrattuale. Lo studio del Ministero del lavoro sottolinea come l'incertezza del quadro normativo derivante dal ritardo della legislazione regionale non ha fatto desistere le parti sociali dall'intraprendere iniziative di regolamentazione dell'istituto. Persino con riferimento ai profili formativi, materia di stretta competenza regionale, in alcuni casi le associazioni sindacali hanno concordato discipline, anche sperimentali, tali da rendere l'istituto operativo anche prima che intervenisse la modifica introdotta dalla legge n. 80 (72).

Se questo è il quadro che emerge anche dall'indagine ministeriale, appare poco comprovato il giudizio formulato a livello politico, ma a volte riproposto sul piano dottrinale, di un atteggiamento ostruzionistico del sindacato. In realtà il diritto di critica che le associazioni sindacali hanno esercitato nel dibattito politico-sindacale non sembra essersi tradotto in un atteggiamento ostruzionistico in sede contrattuale. Peraltro, se anche la contrattazione è in ritardo, come si è visto, non lo è in misura maggiore degli altri soggetti ai quali è affidata l'integrazione normativa della legge, a cominciare da quelli che hanno avuto un ruolo di protagonisti nel concepire la disciplina o ne hanno pienamente condiviso i contenuti.

11. — *La verifica mancata* — Il decreto legislativo contiene una previsione di grande saggezza: molte sue norme sono state introdotte nell'ordinamento precisando che si tratta di norme sperimentali. L'art. 86, comma 12, qualifica come sperimentali: la delicatissima normativa dettata dall'art. 13, che consente alle agenzie di somministrazione di operare in deroga al principio di parità di trattamento e di applicare altri trattamenti deteriori al fine di ottenere l'inserimento di lavoratori svantaggiati nel mercato del lavoro, nonché l'altrettanto delicata normativa dettata, sempre con tali finalità, dall'art. 14; la disciplina del contratto di la-

(71) V., anche, I.N.P.S., *Rapporto annuale 2004*, Roma, 2005, p. 59. L'accordo può essere letto in Curzio, *Nuove regole*, cit., pp. 184 ss.

(72) V., *supra*, par. 5.

voro intermittente per prestazioni rese da persone con meno di 25 anni o con più di 45 anni dettata dal comma 2 dell'art. 34; l'intero Titolo III, dedicato alla disciplina di somministrazione, appalto e distacco; il Capo II del Titolo VII sul lavoro occasionale; nonché il Titolo VIII concernente la certificazione. Operata questa qualificazione, il legislatore aveva stabilito: «decorsi diciotto mesi dalla data di entrata in vigore, il Ministro del lavoro procede, sulla base delle informazioni raccolte ai sensi dell'art. 17, a una verifica con le organizzazioni sindacali dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale degli effetti delle disposizioni in esso contenute e ne riferisce in Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza».

Era una norma saggia e oculata, perché avrebbe potuto consentire di ragionare sui nuovi istituti sulla base di un monitoraggio di fatti e dati oggettivi e concreti. Ma non è stata rispettata. I diciotto mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo sono trascorsi ormai da tempo. Non sono state raccolte le informazioni ai sensi di quanto previsto dall'art. 17 (73), anzi, più a monte, non sono stati neanche predisposti tutti gli strumenti e gli organi che avrebbero dovuto consentire di effettuare tale lavoro. A seguire, non sono state invitate le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori più rappresentative a valutare i dati per verificare insieme con il Ministro gli effetti della legge, né, fatto ancor più grave, il governo ha riferito al Parlamento ai fini della valutazione della ulteriore vigenza della parte sperimentale del decreto legislativo, come la norma gli imponeva di fare entro i successivi tre mesi.

12. — *Legge e Welfare* — Ma le inadempienze non finiscono qui. Il *leitmotiv* del *Libro bianco* era lo «spostamento delle garanzie dal rapporto al mercato». Garanzie sul mercato, secondo il *Libro bianco*, significa potenziamento dei servizi per l'impiego e un nuovo assetto degli incentivi e degli ammortizzatori sociali che concorra a realizzare un bilanciamento tra flessibilità e sicurezza. La flessibilizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro necessita, secondo il *Libro bianco*, di ammortizzatori sociali più sviluppati, di riordino del sistema degli incentivi, di una riduzione progressiva del carico fiscale e contributivo gra-

(73) L'art. 17 affida al governo una serie di «attività di monitoraggio», analiticamente regolate, che, come specificato nel comma 7 della norma, «devono consentire di valutare l'efficacia delle politiche attive per il lavoro, nonché delle misure contenute nel presente decreto, anche nella prospettiva delle pari opportunità e, in particolare, della integrazione nel mercato del lavoro dei lavoratori svantaggiati».

vante sul lavoro (74). Questo bilanciamento, che veniva prospettato come cruciale e imprescindibile in una operazione complessiva necessariamente contestuale, è stato progressivamente rinviato.

Sicuramente non possono essere presentate come riforma degli ammortizzatori sociali le modifiche alla disciplina dell'indennità di disoccupazione introdotte, per gli anni 2005 e 2006, dall'art. 13, commi 2-13, della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto competitività. Lo dimostra in modo evidente il contenuto della norma, ma ne costituisce una comprosa il fatto che il legislatore stesso esordisce con l'inciso «in attesa di una riforma organica degli ammortizzatori sociali e degli incentivi all'occupazione», riproponendo la formula di stile che apre le innumerevoli «legge» emanate nel corso degli anni in materia secondo una logica del particolare, che è l'esatto contrario di una riforma organica. A tre anni della legge n. 30 si può ormai cominciare a pensare che quella riforma organica, così impegnativa e costosa, sia stata abbandonata.

Al contrario, la diffusione dei lavori atipici e flessibili rende più che mai necessaria non solo la riforma degli ammortizzatori sociali, ma, in generale, la ridefinizione del sistema di *welfare* (75). Come sottolinea l'I.N.P.S., il sistema previdenziale va incontro a una situazione di «criticità» dal punto di vista della copertura assicurativa dei lavoratori atipici «che non possono contare di quella continuità contributiva atta a garantire al termine della carriera lavorativa un trattamento pensionistico adeguato» e, per i lavoratori parasubordinati, «la combinazione di basse aliquote contributive e bassi livelli reddituali fa sì che l'ammontare della pensione sia inferiore all'assegno sociale, costituendo così un ulteriore elemento critico per quanto riguarda la posizione di precarietà e i rischi di esclusione» (76).

Su tutto ciò la pur vasta normativa tace. La legge, si è detto, «non sfiora nemmeno la questione che essa medesima contribuisce a esasperare: la questione connessa alla garanzia delle prestazioni dello Stato sociale. Manca quindi l'essenziale» (77).

(74) *Libro bianco*, in *Glav*, n. 40, 16 ottobre 2001, n. 40, pp. XLIV ss.

(75) Cfr., Paci, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, Il Mulino, Bologna, 2005, e Lagala, *Precariato e Welfare in Italia*, Ediesse, Roma, 2005, ai quali si rinvia anche per aggiornati riferimenti bibliografici.

(76) I.N.P.S., *Rapporto annuale 2004*, Roma, 2005, p. 49.

(77) Romagnoli, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, n. 1, p. 69.

13. — *Legge e occupazione* — Si afferma, diffusamente, che le modifiche alla disciplina dei rapporti di lavoro introdotte dalla legge n. 30 e dal decreto legislativo n. 276 del 2003 hanno comunque un forte punto a loro favore, costituito dal fatto che hanno determinato un incremento dell'occupazione (78). E questo «fatto» basta, da solo, anche in presenza di evidenti difformità tra il realizzato e quanto prospettato dallo stesso governo come necessario, anche in presenza di ragionevoli e specifiche critiche alle previsioni del provvedimento, a compensare i sacrifici richiesti al mondo del lavoro. L'affermazione è diventata quasi un luogo comune e si basa sulla diffusione dei dati sulla occupazione elaborati dagli istituti di ricerca. È però consigliabile leggere quelle indagini senza limitarsi alle sintesi e ai lanci giornalistici.

Il decreto legislativo n. 276 è entrato in vigore il 24 ottobre 2003. Una ripercussione sull'occupazione determinata da quella normativa può ipotizzarsi quindi a cominciare dal 2004. Su quest'anno (e sui primi tre trimestri del 2005) sono disponibili i dati dell'Istituto nazionale di statistica. La crescita dell'occupazione è reale: «Nel 2004 il numero degli occupati in Italia è risultato pari a 22 milioni e 404 mila, in aumento di 163.000 unità, corrispondente a un progresso su base annua del 0,7 per cento» (79). Quello che non è reale, né verosimile, è che questo incremento sia stato determinato dal decreto legislativo n. 276/2003. Se si legge tutto il capitolo dell'annuario I.S.T.A.T. dedicato alla evoluzione dell'occupazione nel 2004, si apprende che questo incremento non costituisce una novità, ma si iscrive in una «linea di tendenza» che è in atto «da nove anni». «Va sottolineato – scrive l'istituto – che si tratta del nono anno consecutivo di progresso occupazionale, un risultato che non trova riscontro né nel passato, né dal punto di vista della durata, né per l'intensità della crescita complessiva». Gli economisti parlano di «sorprendente

(78) È la tesi propugnata dal governo, da ultimo nel comunicato stampa del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 14 dicembre 2005 (in www.welfare.gov.it).

(79) I.S.T.A.T., *Annuario statistico italiano*, Roma, 2005, p. 206. Nelle prime due rilevazioni trimestrali del 2005, pubblicate rispettivamente il 20 giugno e il 31 ottobre, l'Istituto ha poi accertato che nel primo trimestre del 2005 il numero degli occupati è passato a 22.373.000, con un incremento su base annua del 1,4 per cento (+308.000 unità); nel secondo semestre del 2005 il numero degli occupati è risultato pari a 22.651.000 unità, con un incremento su base annua dell'1 per cento (+213.000 unità). Nella rilevazione relativa al terzo trimestre del 2005, resa nota il 20 dicembre 2005, si è invece accertata una contrazione del numero degli occupati, passato a 22.542.000 unità.

fenomeno, tipico dell'economia italiana dell'ultimo decennio, della crescita dell'occupazione senza crescita economica» (80). Il fenomeno è in atto da nove anni; non costituisce quindi una novità ascrivibile al decreto legislativo n. 276 del 2003. Anzi, al contrario, il «ritmo» di crescita in questi nove anni, «già attenuatosi nel 2002 e nel 2003, ha manifestato un ulteriore e significativo rallentamento» (81). Più specificamente la crescita dell'occupazione nel 2004 presenta un «ritmo di sviluppo dimezzato rispetto ai due anni precedenti. Nel 2003 l'incremento era stato, rispettivamente, di 328.000 unità e del 1,5 per cento» (82). Sono anche disponibili ragionate indagini sulla eziologia di questo incremento occupazionale. Le cause sono fondamentalmente due: una di respiro più lungo, l'altra specifica per gli ultimi due anni. La ragione di più lunga portata è costituita dalla moderazione salariale: «dalla seconda metà degli anni novanta – scrive Banca d'Italia – l'occupazione cresce a ritmi sostenuti sospinta dalla moderazione nella dinamica delle retribuzioni reali e dalla riduzione dei costi di utilizzo del lavoro» (83). La spiegazione specifica della crescita occupazionale negli anni più recenti è invece costituita dagli effetti delle leggi di regolarizzazione del lavoro degli stranieri emanate nel 2002. Sempre Banca d'Italia scrive: «Nell'ultimo biennio, in un contesto di produzione stagnante, il continuo incremento del numero degli occupati è ampiamente spiegato dalla regolarizzazione dei lavoratori immigrati» (84) e l'I.S.T.A.T., commentando la contrazione del numero degli occupati registratasi nel terzo trimestre del 2005, sottolinea che il fenomeno «sconta l'attenuazione degli effetti dovuti alla regolarizzazione dei cittadini stranieri registrati in anagrafe» (85).

(80) Rodano, *Aspetti problematici del d.lgs. 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *DLRI*, 2004, n. 3, p. 430.

(81) I.S.T.A.T., *Annuario statistico italiano*, 2005, p. 206.

(82) *Ibidem*.

(83) Banca d'Italia, *Bollettino economico*, n. 45, novembre 2005, p. 47. V. anche Rey-Neri, *Sociologia del mercato del lavoro*, II. *Le forme dell'occupazione*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 138.

(84) Banca d'Italia, *Bollettino*, cit., 2005, p. 47. I dati analitici sulle regolarizzazioni sono riportati a p. 50, dando conto del numero delle persone «già di fatto occupate, che però non erano in precedenza rilevate dall'indagine sulle forze del lavoro, in quanto non iscritte all'anagrafe». Anche l'I.N.P.S. (*Rapporto*, cit., p. 52) spiega l'incremento occupazionale degli ultimi due anni con il processo di regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari privi di permesso di soggiorno avviato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189, e dal decreto legge 9 settembre 2002, n. 195, convertito con modificazioni nella legge 9 ottobre 2002, n. 222.

(85) I.S.T.A.T., *Rilevazione sulle forze del lavoro, III trimestre 2005*, comunicato diffuso il 20 dicembre 2005, in www.istat.it.

In nessuno degli studi istituzionali sull'argomento viene avanzata l'ipotesi che il decreto legislativo n. 276 abbia incrementato l'occupazione. Anzi, molti ragionati interventi sottolineano i possibili effetti frenanti della legge. La moltiplicazione dei tipi contrattuali, la bulimia normativa, la complicata rete di rinvii alle diverse fonti secondarie rendono il quadro delle regole ipertrofico, intricato, difficile da coordinare e interpretare. Ciò costituisce un problema aggiuntivo per gli operatori del mercato del lavoro e rallenta, anziché agevolare, le dinamiche occupazionali. Non mancano specifiche scelte intrinsecamente disincentivanti, come nel caso del *part-time*, la cui nuova disciplina, rendendo più difficile il contemperamento tra tempi di vita e di lavoro, finirà per inibire a molte persone, in particolare alle donne, l'accesso a questo strumento, che invece potrebbe giocare un ruolo rilevante nelle strategie occupazionali (86). Più in generale, viene sottolineato (87) che i nuovi contratti, anche laddove consentono salari più bassi, «sono intrinsecamente meno produttivi e perciò più costosi», il che forse contribuisce a spiegare perché alcuni rapporti di lavoro introdotti dal decreto legislativo, pur essendo connotati da forme di flessibilità fortemente accentuate, stiano trovando scarsissimo gradimento tra i datori di lavoro (88).

Alla luce di questi dati e di queste riflessioni, continuare a ripetere che la legge ha fatto crescere l'occupazione significa non solo introdurre un elemento errato nella valutazione del provvedimento, ma significa anche falsare la delicata analisi del mercato del lavoro che è alla base delle strategie e delle proposte per il futuro. E si tratta di scelte e progetti che non è consentito formulare in modo approssimativo e demagogico, perché sull'occupazione, e sulla sua qualità, si gioca, oggi più che mai, una partita drammatica e fondamentale per la vita delle persone.

(86) V., *infra*, Voza, *I contratti*, cit., par. 1.

(87) Rodano, *op. cit.*, p. 429, a conclusione di un articolato ragionamento sviluppato nelle pagine precedenti.

(88) Cfr. i dati di una indagine realizzata dal Centro studi Assolombarda riportata da Rodano, *op. cit.*, pp. 422 e 423.

Chiara Catalucci (*)

DIRETTIVE EUROPEE, CLAUSOLA DI NON REGRESSO E MODELLI DI RECEPIMENTO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. — 2. Attuazione mimetica-sovrabbondante: tutela contro le discriminazioni. — 3. Attuazione mimetica-pedissequa: diritto d'informazione. — 4. Attuazione coerente: salute e sicurezza dei lavoratori. — 5. Attuazione di principio: parità di trattamento. — 6. Attuazione derivata: Comitato Aziendale Europeo. — 7. Attuazione estensiva del campo di applicazione: trasferimento d'azienda. — 8. Attuazione migliorativa: contratto a tempo parziale. — 9. Attuazione frammentaria-rimaneggiata: congedi parentali. — 10. Attuazione strumentale: contratto a tempo determinato. — 11. Attuazione deviata: insolvenza del datore di lavoro. — 12. Attuazione incompresa: orario di lavoro. — 13. Attuazione multiforme: licenziamenti collettivi. — 14. Conclusioni.

1. — *Cenni introduttivi* — La Direttiva è l'atto che, a norma dell'art. 249 Ce vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto concerne il risultato da raggiungere, lasciando al suo destinatario, invece, la scelta della forma e dei mezzi. Tutte le direttive, a norma dell'articolo 249 Ce, necessitano, con limiti di discrezionalità più o meno ampi, di misure interne di attuazione e, fin dall'inizio, lo strumento utilizzato dall'ordinamento italiano è stato quello della delega legislativa prevista dall'articolo 76 della Costituzione: periodicamente il Parlamento conferiva al governo ampie deleghe per l'emanazione delle misure di attuazione delle direttive di volta in volta indicate.

Nonostante le critiche, a partire dal 1982 il ricorso a deleghe generalizzate divenne sistematico, fino a che, qualche anno dopo, fu emanata la legge 9 marzo 1989, n. 86 (legge «La Pergola»), con cui fu istituito un meccanismo permanente di attuazione del diritto derivato: ogni anno il Parlamento doveva emanare una legge comunitaria contenente tutte le disposizioni per l'attuazione delle direttive; l'iniziativa spettava al governo che doveva presentare il relativo disegno di legge entro il 10 marzo di ciascun anno.

(*) Collaboratrice alla Cattedra di Diritto del lavoro dell'Università di Perugia.

Recentemente, tuttavia, tale disciplina è stata abrogata dalla legge 4 febbraio 2005, n. 11, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* del 15 febbraio 2005, recante norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari (1).

Nelle direttive in materia di politica sociale, inoltre, a partire dai primi anni novanta, vengono a essere sistematicamente inserite le clausole «di non regresso», che, ponendo ulteriori vincoli al legislatore nazionale in fase di attuazione, suscitano estremo interesse soprattutto in riferimento ai loro effetti normativi interni.

Tali clausole, infatti, prevedono esplicitamente che l'attuazione della direttiva non possa costituire giustificazione per un regresso del livello generale di tutela dei lavoratori, garantito dalla legislazione preesistente nei singoli Stati membri; queste si sono aggiunte ad altre clausole, cd. delle disposizioni più favorevoli, di uso più tradizionale, che, apposte, consentono agli Stati membri di attuare le prescrizioni in modo più favorevole ai lavoratori (2).

Le clausole «di non regresso» condividono, con le clausole sulle disposizioni più favorevoli, la medesima funzione, che è quella di impedire che il processo di armonizzazione incida negativamente su posizioni già acquisite dai lavoratori di un certo Stato membro, ma hanno sicuramente una funzione precettiva più articolata: queste, infatti, si riferiscono ai livelli generali di protezione dei lavoratori e non alle disposizioni emanate o da emanarsi in un singolo Stato sulla stessa materia oggetto della disciplina comunitaria (3).

(1) La riforma del Titolo V della Costituzione attuata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, riformulando le norme sui rapporti fra Stato e Regioni, ha portato l'esigenza di una modifica della precedente disciplina. Per un'analisi della riforma, delle implicazioni costituzionali e sui nuovi scenari aperti nel rapporto tra autorità centrali e locali, si veda F. Pocar, *Con l'abrogazione della legge La Pergola maggior peso alla fase ascendente*, in *Gdir*, n. 9, 2005, pp. 32 ss.; E. Cannizzaro, *Nel recepimento delle norme dell'Unione i condizionamenti del modello federale*, in *Gdir - Comunitario ed Internazionale*, n. 2, 2005, pp. 8 ss.

(2) In tal senso L. Garofalo, *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *q. Riv.*, n. 1, 2004, pp. 39 ss.

(3) Uno studio approfondito sulle clausole di non regresso e di *favor*, dalla loro origine ed evoluzione si rinviene in U. Carabelli e V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favore di non regresso nelle direttive sociali*, reperibile su http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n64_carabelli_leccese.pdf, sviluppo del precedente *Parere sulle clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2004, n. 3, pp. 536 ss.

Solo l'interpretazione del singolo atto comunitario potrà individuare il contenuto e l'ampiezza del precetto comunitario, espresso dalle clausole di non regresso (4).

Utili indicazioni in tal senso sono state offerte dalla Corte di Giustizia Ce con la recente sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Rüdiger Helm*, dove per la prima volta essa ha affrontato il tema del non regresso, pronunciandosi, nel caso di specie, sulla clausola 8, punto 3 dell'Accordo quadro sul contratto di lavoro a tempo determinato.

Se l'applicazione di tale principio non costituisce per gli Stati membri un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerto ai lavoratori nell'ordinamento giuridico nazionale, la Corte di Giustizia Ce sottolinea che questo vincolo non riguarda la sola trasposizione della direttiva, «ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate».

La Corte di Giustizia Ce precisa tuttavia che una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori, nella materia disciplinata, non è in quanto tale vietata dalla direttiva quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questa.

Tenuto conto di tali limiti, l'analisi che segue ha cercato di analizzare, all'interno di ciascuna materia, l'attuazione delle direttive nell'ordinamento italiano, verificando, inoltre, in quelle che ne fossero dotate, il rapporto con le clausole di non regresso: i temi oggetto dell'analisi hanno preso in considerazione tutti gli aspetti principali del rapporto di lavoro, dalla sua nascita e svolgimento, fino alla sua estinzione e successive conseguenze, senza tralasciare, per completezza d'indagine, il momento sindacale.

I dati raccolti dal confronto tra le fonti sono serviti per operare una ricostruzione delle tipologie attuative: sono emersi dodici diversi modelli di recepimento, di cui si è cercato di delineare aspetti, caratteristiche e peculiarità. La parabola attuativa, con i suoi esiti, né scontati, né immediati, ha dato certamente conto, in un'ottica differente, di un quadro normativo estremamente variegato e articolato.

(4) Così M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, n. 95, pp. 3 ss. Per ulteriori approfondimenti, si veda M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, Working Papers C.S.D.L.E. n. 49/2004, reperibile su http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/n49_roccella.pdf.

2. — *Attuazione mimetica-sovrabbondante: tutela contro le discriminazioni* — Il recepimento di una direttiva può avvenire in maniera del tutto meccanica: viene ripetuto, nel provvedimento italiano di attuazione, il testo della direttiva comunitaria, il cui contenuto è trasposto senza alcuno sforzo di coordinamento.

Il rischio di tale prassi è rappresentato dall'introduzione, nell'ordinamento italiano, di norme sovrabbondanti o carenti, a seconda del difetto originario delle disposizioni comunitarie.

In tema di lotta contro le discriminazioni, nel 2000 il Consiglio europeo ha approvato due importanti direttive: la Direttiva 29 giugno 2000, n. 43, concernente la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la Direttiva 27 novembre 2000, n. 78, sulla parità di trattamento nell'ambito dell'occupazione e delle condizioni di lavoro (5).

Entrambe le direttive si fondano sul nuovo riconoscimento dei principi di parità contenuto nel Trattato di Amsterdam, il quale ha inserito, nel Trattato Ce, la previsione dell'articolo 13, secondo la quale il Consiglio, fatte salve le altre disposizioni del Trattato, e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età (6) o le tendenze sessuali.

I decreti legislativi 9 luglio 2003, n. 215, e n. 216, hanno attuato tali direttive (7) senza suscitare difficoltà, né profili particolari, su cui soffermarsi, ma hanno prodotto testi ripetitivi e sovraeccedenti rispetto al contenuto di principio.

(5) Per una generale panoramica sui contenuti delle direttive antidiscriminatorie del 2000, si v. M. Roccella e T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità europea*, terza edizione, Padova, Cedam, 2002, pp. 240 ss., e L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, III edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2001, pp. 191 ss.

(6) Principio che nella sentenza della Corte di Giustizia Ce, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Rüdiger Helm* (vedi in questo stesso fascicolo nella sezione *Giurisprudenza* il commento di Laura Calafà alle pp. 205 ss.), assurge a principio cardine dell'ordinamento comunitario, per cui la Corte di Giustizia Ce statuisce che «è compito del giudice nazionale assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale» anche quando il termine di trasposizione di una direttiva non è ancora scaduto.

(7) Per specifiche e approfondite riflessioni sull'attuazione dei due testi comunitari si v. R. Nunin, *Recepte le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. giur.*, 2003, 10, pp. 905 ss.

In tale caso i decreti attuativi sono stati caratterizzati da un senso di abbondanza: il lettore è colpito proprio dalla struttura delle norme di recepimento, le quali, pur di contenuto omogeneo rispetto alle indicazioni comunitarie, hanno ripetuto in entrambi i provvedimenti gli stessi principi, mancando di sintesi.

Al di là di questo senso di sovrabbondanza, va comunque sottolineata, sotto il profilo dell'attuazione dell'indicazione comunitaria, l'introduzione di alcune significative disposizioni, tra cui quella, presente in entrambi i decreti, in tema di protezione delle vittime, secondo la quale eventuali comportamenti di ritorsione rispetto a precedenti azioni giudiziarie, o comunque di reazione a una precedente attività del soggetto leso, volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento, debbono entrare nella valutazione operata dal giudice ai fini della liquidazione del danno.

Nei decreti attuativi, tuttavia, mancano, rispetto ai contenuti delle due direttive, disposizioni che facciano specifico riferimento alla promozione di azioni positive, così come al dialogo sociale e a quello con le organizzazioni non governative.

3. — *Attuazione mimetica-pedissequa: diritto d'informazione* — La trasposizione mimetica della direttiva comunitaria può comportare conseguenze più rilevanti del semplice senso di abbondanza.

La trascrizione pedissequa delle norme comunitarie porta in sé, infatti, il rischio di veder trasferite, nella normativa di recepimento, le manchevolezze del provvedimento originario, le quali possono consistere in difetti marginali, ma anche, come in questo caso, possono causare una storpiatura nella coerenza interna della disciplina.

In materia di diritto di informazione del lavoratore, il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, ha recepito la Direttiva 14 ottobre 1991, n. 533, riproducendo pedissequamente le disposizioni: questo ha generato conseguenze sfavorevoli, sia da un punto di vista interno all'ordinamento nazionale, sia da un punto di vista di realizzazione degli obiettivi prefissati dalla direttiva stessa (8).

(8) Obiettivi, finalità e contenuti della Direttiva comunitaria 14 ottobre 1991, n. 533, si rinvengono in R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2002, pp. 310 ss.; F. Pocar e I. Viarengo, *Diritto comunitario del lavoro*, II edizione, Padova, Cedam, 2001, pp. 355 ss. Per una disamina più specifica e approfondita del testo comunitario si veda D. Izzi, *La Direttiva sugli obblighi di informazione del datore di lavoro*, in *DRI*, 1998, 3, pp. 393 ss.

La fedeltà della trasposizione nel testo di attuazione ha condotto il legislatore italiano anche a inopportune traduzioni di norme di matrice europea, con il risultato di una evidente difficoltà di coordinamento con la preesistente disciplina italiana, determinando la sovrapposizione con norme già in vigore.

Questa difficoltà di integrazione è testimoniata dall'articolo 1 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, dove la comunicazione della «durata del periodo di prova se previsto» (lettera *e*) e della «durata del rapporto di lavoro, precisando se si tratta di rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato» (lettera *d*), è indice del fatto che il legislatore non ha considerato che nell'ordinamento italiano il patto di prova e il contratto a termine già prevedono la forma scritta *ad substantiam* (9).

La difficoltà di coordinamento è ancora più evidente riguardo l'articolo 96 delle disposizioni di attuazione del codice civile, secondo cui «l'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per le quali è stato assunto»: il legislatore, dimenticandosi di tale disposizione, ha riprodotto fedelmente l'articolo 2, comma 2, lett. *c*, della Direttiva 14 ottobre 1991, n. 533, sancendo nell'articolo 1, lett. *f*, del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, che l'informazione scritta deve avere per oggetto «l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro» (10).

Nella sua riproduzione pedissequa, inoltre, il legislatore, non risolvendo gli evidenti limiti del testo comunitario, ha dimostrato di non averne compreso appieno gli obiettivi, incentrati sulla tutela dell'effettiva consapevolezza del lavoratore: già nella direttiva si era registrata una distonia tra la disciplina degli obblighi datoriali prevista e gli obiettivi fissati dalla stessa nel considerando n. 2 del suo preambolo, riferendosi in particolare a quello della «migliore tutela dei lavoratori subordinati contro un eventuale misconoscimento dei suoi diritti».

(9) E. Gagnoli, *Prime considerazioni sul decreto sulla trasparenza nel lavoro privato*, in *Lav. giur.*, 1997, 12, pp. 986 ss.

(10) Sulla difficoltà di coordinamento della disposizione attuativa con l'articolo 96 disp. att. cod. civ., nonché sulla necessità di una ricostruzione unitaria dei due obblighi informativi, si veda E. Gagnoli, *Obbligo di informazione del datore di lavoro ed efficacia probatoria dei suoi atti*, in *RIDL*, 1998, II, pp. 440 ss., nonché D. Izzi, *op. cit.*, pp. 396 ss.

L'obbligo di informazione, infatti, impone al datore di lavoro, non di fornire asetticamente un elenco di notizie, ma di compiere un'attività collaborativa che porti il prestatore di lavoro ad avere tutti gli strumenti per comprendere la propria posizione contrattuale e lavorativa.

Il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, invece, nell'aver mantenuto il meccanismo del rinvio «alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore», quale modalità di adempimento degli obblighi informativi (articolo 1, comma 4, e articolo 2, comma 2, per le prestazioni all'estero), dimostra di non aver avuto tale sensibilità (11).

Stesso discorso vale per l'articolo 3 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, che, riproducendo l'articolo 5, comma 2, della Direttiva 14 ottobre 1991, n. 533, prevede la non obbligatorietà della comunicazione per iscritto delle modifiche intervenute rispetto alle notizie oggetto della comunicazione originaria, quando queste derivino «direttamente da disposizioni legislative o regolamentari, ovvero dalle clausole dei contratti collettivi», ai sensi degli articoli 1, comma 4, e 2, comma 2, del decreto.

Tale meccanicismo attuativo è testimoniato anche dal silenzio del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, circa il grado di efficacia probante assegnato agli atti, attraverso i quali il datore di lavoro adempie agli obblighi di informazione: così come la Direttiva 14 ottobre 1991, n. 533, anche il testo italiano non comprende che non si può assicurare «una migliore tutela dei lavoratori subordinati contro un eventuale misconoscimento dei loro diritti», senza preoccuparsi di assegnare un valore probatorio ai documenti scritti consegnati ai dipendenti, permanendo così gli stessi problemi, che erano sorti sul piano comunitario.

In questo contesto non stupisce che la Corte di Giustizia Ce, alla prima occasione (12), sia intervenuta per cercare di ripristinare l'ori-

(11) Numerose le riflessioni circa il rinvio quale modalità di adempimento dell'obbligo di informazione datoriale: perplessità sono state avanzate da M. Marando, *L'obbligo di informazione dal datore di lavoro: la Direttiva 91/533/Cee e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *OGI*, 1998, osservatorio comunitario, pp. 50 ss.

(12) La questione del valore probatorio delle informazioni oggetto dell'obbligo datoriale è stata affrontata dalla Corte di Giustizia Ce nella sentenza 4 dicembre 1997, cause riunite da C-253/96 a C-258/96, *Kampelmann e a. c. Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Stadtwerke Witten GmbH c. Shade, Haseley c. Stadtwerke Altena GmbH*, per il cui commento si rimanda a E. Brida, *La Corte Ce ed il valore probatorio delle informazioni dovute al lavoratore*, in *Lav. giur.*, 1998, 9, pp. 751 ss.

ginario valore di una direttiva, che non a caso è stata soprannominata «*The Cinderella Directive*» (13).

4. — *Attuazione coerente: salute e sicurezza dei lavoratori* — L'importanza di alcune direttive comunitarie spesso è legata allo spirito e alla filosofia che le sorregge, per cui essenziale, nell'attuazione di tali provvedimenti, è proprio la comprensione del *leit-motiv* sotteso.

La portata innovativa della Direttiva-quadro 12 giugno 1989, n. 391 (14), contenente le disposizioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, risiede proprio in questo, nella sua nuova concezione globale di prevenzione, che diventa metodo sistematico e integrato nell'impresa, secondo un'attività di programmazione e coinvolgimento totale.

La Direttiva 12 giugno 1989, n. 391, infatti, «concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro», non si è limitata a porre l'accento sull'attività di prevenzione, ma si è spinta a qualificare la stessa in termini di programmazione (15), intendendo quest'ultima come esercizio secondo un metodo sistematico e integrato, volto a coinvolgere l'intera comunità presente in azienda a tutti i livelli, sia di produzione sia gerarchici.

Si è trattato di un nuovo approccio globale, basato su di una pianificazione a rilevanza non solo tecnica, ma anche umana, dovendo

(13) J. Clark e M. Hall, *The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship*, in *The Industrial Law Journal*, 1992, pp. 106 ss.

(14) Le implicazioni e le innovazioni connesse all'attuazione di tale direttiva costituiscono per l'Italia, secondo Marco Biagi, «un'occasione per colmare un grave vuoto normativo in materia di salute e sicurezza dei lavoratori»: M. Biagi, *La Direttiva-quadro in materia di sicurezza e salute dei lavoratori*, in *DPL*, 1990, n. 15, pp. 944 ss.; una dettagliata analisi delle innovazioni principali del decreto legislativo n. 626/94 si ritrova in G. Ferraro e M. Lamberti, *La sicurezza sul lavoro nel decreto legislativo attuativo delle direttive Cee*, in *q. Riv.*, 1995, I, pp. 35 ss.

(15) Sul principio di programmazione e pianificazione della prevenzione e sul suo rapporto con le norme previgenti nell'ordinamento italiano, si veda M. Cerreta e M. Orazi, *Le prospettive derivanti dalla Direttiva-quadro n. 391/1989 concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro*, in *DL*, 1990, I, pp. 434 ss., e C. Smuraglia, *Caratteristiche e finalità del recente intervento legislativo*, in *Aa.Vv.*, *La nuova normativa su prevenzione e sicurezza. Problemi e prospettive dopo il decreto legislativo n. 626/1994*, Milano, Franco Angeli, 1995, pp. 18 ss.

essa mirare all'integrazione della tecnica stessa con le condizioni di lavoro, l'organizzazione e le relazioni sociali.

Il decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, di attuazione della Direttiva-quadro, ha risposto in maniera abbastanza esauriente a tali indicazioni, dimostrando di aver colto, nella sostanza, lo spirito e la filosofia che sorreggono l'intervento comunitario nella materia della salute e sicurezza sul lavoro: lo dimostra, innanzi tutto, la definizione del campo di applicazione, che risulta particolarmente esteso, essendo riferito, conformemente all'articolo 2 della direttiva, a tutti i settori di attività pubblici o privati.

Il cambiamento, apportato dalla Direttiva-quadro, emerge chiaramente nell'articolo 6 del testo comunitario, dove si afferma che, poiché il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute sul lavoro rappresenta un obiettivo che non può essere raggiunto affidandosi unicamente a considerazioni di carattere economico (16), il datore di lavoro deve prendere tutte le misure necessarie ai fini della sicurezza, tenuto conto del «grado di evoluzione della tecnica», e provvedendo altresì al loro aggiornamento.

La direttiva richiama pertanto il principio essenziale della «massima sicurezza tecnologicamente possibile», secondo cui il datore di lavoro deve adottare tutte le misure di sicurezza, parallelamente all'impulso, che le stesse ricevono dal progresso scientifico e tecnologico, determinando il passaggio da una visione statica dell'obbligo di sicurezza a una configurazione dinamica, in continuo aggiornamento.

La nuova prospettiva viene accolta dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, che, nell'articolo 4, introduce a carico di tutti i datori di lavoro l'obbligo primario di valutazione del rischio.

Nonostante abbia rappresentato, in alcuni punti, una «pedissequa e miope riscrittura del testo europeo» (17), nella sua primitiva formulazione, il decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, di attuazione della Direttiva-quadro, ha comunque risposto, al di là di alcuni aspetti di dettaglio, in maniera abbastanza esauriente alle indicazioni comunitarie, dimostrando di aver colto lo spirito di fondo e il motivo guida della direttiva, e raccogliendo i suggerimenti ispirati dalla logica partecipativa, che finalmente irrompe in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

(16) La nuova filosofia è ben evidenziata da L. Montuschi, *La tutela della salute e la normativa comunitaria: l'esperienza italiana*, in *RIDL*, 1990, I, pp. 395 ss.

(17) L. Galantino, *op. cit.*, p. 145.

Aspetti problematici si sono, tuttavia, evidenziati in alcuni settori disciplinati dalle cd. direttive «figlie», contenenti le prescrizioni dettagliate, informate ai principi della Direttiva-quadro (18).

5. — *Attuazione di principio: parità di trattamento* — Le direttive comunitarie, oltre che contenere affermazioni di principio, impongono, ai loro destinatari, di prendere i provvedimenti opportuni, perché gli obiettivi e le finalità da esse perseguiti, possano essere concretamente realizzati: a volte il recepimento del principio, per quanto profondamente innovativo possa essere, non è sufficiente.

La Direttiva 9 febbraio 1976, n. 207, «relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione, e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro», ha certamente segnato un'epoca e ha completamente cambiato lo scenario giuridico nel quale si muove il rapporto uomo-donna, poiché il principio di parità e di non discriminazione è stato esteso a tutti gli aspetti della vita professionale.

In Italia le indicazioni comunitarie sono state raccolte in tempi molto rapidi, visto che l'anno successivo è stata approvata la legge 9 dicembre 1977, n. 903 (19): nell'ordinamento italiano è stato così recepito il principio della parità di trattamento che, formulato come divieto di non discriminazione, ha cercato di cancellare quella condizione di inferiorità cui le donne erano costrette dal precedente sistema.

Tali obiettivi sono stati perseguiti, dalla legge italiana, attraverso la proclamazione del divieto di discriminare le donne nell'accesso al lavoro, comprese le iniziative in materia di orientamento, formazione, per-

(18) Tra i casi più rilevanti si ricorda la pronuncia della Corte di Giustizia relativa all'attuazione della Direttiva del 28 giugno 1990, n. 394, «sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da una esposizione ad agenti cancerogeni durante il lavoro», sentenza 17 dicembre 1998, n. 2/97, in *FI*, 2000, IV, c. 38; non meno significativa la pronuncia della Corte di Giustizia, concernente la non conformità della legislazione italiana alla Direttiva del 29 maggio 1990, n. 270, «relativa alle prescrizioni minime in materia di sicurezza e salute per le attività lavorative svolte su attrezzature munite di videoterminali», sentenza 12 dicembre 1996, nn. 74/95 e 129/95, in *FI*, 1997, IV, c. 3, con nota di R. Guariniello, *La sentenza della Corte di Giustizia sulla sicurezza del lavoro ai videoterminali*.

(19) Una ricognizione organica sull'iter di recepimento e sui significati ideologici e giuridici di tale legge si rinviene in M. V. Ballestrero, *Dalla tutela alla parità, la legislazione italiana sul lavoro delle donne*, Bologna, Il Mulino, 1979, nonché in M. L. De Cristofaro, *Tutela e Parità, le leggi sul lavoro femminile tra protezione e uguaglianza*, Bari, Cacucci Editore, 1979.

fezionamento e aggiornamento professionale, nell'ambito della retribuzione e dell'attribuzione della qualifica, delle mansioni e progressione nella carriera (20).

Le cause della rigidità dell'offerta di lavoro femminile sono note: «la qualità di madre e di figlia» (21); la parificazione effettiva del lavoro femminile si può ottenere solo rimuovendo le cause strutturali di rigidità, che ne determinano la discriminazione.

Nel complesso, la scelta del Parlamento del 1977 è stata, invece, quella di realizzare una parità, finalizzata a unificare il soggetto lavoratore, cancellando gli spazi del privilegio e della diversità, e mirando a rendere tendenzialmente omogenea la protezione legale di tutti coloro, donne o uomini, che si presentano sul mercato: la legge si è preoccupata di integrare le donne nella condizione giuridica, che fino ad allora era stata propria solo dei lavoratori maschi, ma non è intervenuta, se non in modo assai limitato e marginale, sulle cause che hanno determinato, dalle origini della industrializzazione, la divisione per sesso della forza lavoro.

Se, quindi, il recepimento del principio è stato operato, è mancata, almeno nella fase iniziale, l'attuazione dell'articolo 2, comma 4, della direttiva, relativo alle «misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne», che in particolare pongono «rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne», e quindi l'utilizzo della tecnica legislativa di tipo promozionale quale sostegno all'espansione dell'occupazione femminile: la lacuna verrà colmata, e i risvolti operativi della parità di trattamento sviluppati, solo successivamente con la legge 10 aprile 1991, n. 125, concernente le «azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro».

Negli ultimi decenni il diritto comunitario ha compiuto notevoli passi avanti in materia di parità di trattamento, soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Ce: per consacrare tale evoluzione, il 23 settembre 2002 il Parlamento europeo e il Consiglio

(20) Tra i divieti sopravvissuti, quello relativo al lavoro notturno femminile, previsto dall'articolo 5 della legge 9 dicembre 1977, n. 903: detta previsione diede luogo a una lunga vicenda giurisprudenziale, per il cui *excursus* si rimanda, tra gli altri, a S. Bellomo, *Divieto di lavoro notturno delle donne e diritto comunitario*, in q. Riv., 1995, II, pp. 275 ss., F. Carinci, *Divieto di lavoro notturno per le donne: una prevedibile imminente condanna della corte*, in *Lav. giur.*, 1997, pp. 733 ss.

(21) L. Frey, *Flessibilità e «part-time»*, appendice II, p. 49, in Frey, Livraghi, Olivares, *Nuovi sviluppi delle ricerche sull'occupazione femminile*.

hanno dato corpo alla Direttiva n. 73, entrata in vigore il 5 ottobre 2002, la quale modifica espressamente la precedente Direttiva 9 febbraio 1976, n. 207, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione, alla promozione professionale, e le condizioni di lavoro (22).

In base alla delega conferita al governo nell'ambito della legge comunitaria 2003, all'articolo 17 della legge 31 ottobre 2003, n. 306, è stato approvato il decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 145 (23), che va a modificare le due leggi principali in materia: la legge 10 aprile 1991, n. 125, e la legge 9 dicembre 1977, n. 903.

Si estende così la tutela in materia di lavoro, precisando che è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso al lavoro «in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma».

Dopo aver fornito le definizioni di discriminazione diretta e indiretta, all'articolo 4 della legge 125 del 1991 sono aggiunti i commi 2-bis, 2-ter, 2-quater, nei quali si qualifica la molestia come un comportamento indesiderato, connesso al sesso di una persona, avente lo scopo di violarne la dignità e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo.

Ne consegue che sono nulli gli atti, i patti, o i provvedimenti, concernenti il rapporto di lavoro, adottati a seguito del rifiuto, o della sotmissione a tali comportamenti, da parte di una persona che ne sia stata vittima (24).

6. — *Attuazione derivata: Comitato Aziendale Europeo* — In base all'articolo 137 Trattato Ce, «uno Stato membro può affidare alle parti

(22) Per un'analisi della recente direttiva, ma anche per uno studio globale sul tema della parità di trattamento, si rinvia a D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005.

(23) Per un approfondimento sui contenuti del decreto di attuazione si veda D. Izzi, *Parità tra uomini e donne nel lavoro: recepita la direttiva Ce*, in *DPL*, 2005, n. 38, pp. 2069 ss.

(24) Solleva perplessità il requisito della non desiderabilità del comportamento, quanto meno nella concreta delimitazione della sua sfera applicativa, stante la complessità frequente delle situazioni, e la prevista sanzione della nullità, dal momento che, frequentemente, non sussiste alcun concreto atto, patto o provvedimento da inficiare.

sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive, prese a norma del paragrafo 2», nelle materie indicate al paragrafo 1 dello stesso articolo.

Tale modalità traspositiva, comunque circondata di molte cautele, richiede la garanzia della norma statutale, per assicurare a tutti i lavoratori una protezione effettiva e un adeguato apparato sanzionatorio.

L'attuazione nell'ordinamento italiano della Direttiva 22 settembre 1994, n. 45, in materia di Comitato Aziendale Europeo (25), è avvenuta grazie all'intervento delle parti sociali, che hanno assunto l'iniziativa di porre in essere la disciplina traspositiva, tramite l'Accordo interconfederale (di seguito A. I.) del 27 novembre 1996, prevedendo l'intervento legislativo solo in un momento successivo (26).

La scelta effettuata dallo Stato di consentire alle parti sociali di realizzare la disciplina di adattamento alla Direttiva comunitaria sull'istituzione del C.A.E. ha inciso fortemente sui contenuti dell'intervento legislativo che, resosi nel frattempo necessario, è intervenuto successivamente per colmare le lacune e i limiti tecnici dell'A. I. evidenziati dalla dottrina in seguito alla sua adozione. Il contenuto di tale accordo, la cui natura, va ricordato, è interconfederale, ha caratterizzato fortemente il C.A.E. di diritto italiano soprattutto nelle modalità della sua composizione, espressione di una ricerca di coerenza con il sistema contrattuale e con il sistema di rappresentanza da esso disciplinato.

Tale impostazione è rimasta anche nella struttura posta in essere dal decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74, il quale, tuttavia, ha ommesso di intervenire su quegli aspetti problematici che la dottrina aveva evidenziato, e che il legislatore avrebbe dovuto risolvere, tra cui la sorte della Delegazione Speciale di Negoziazione (di seguito D.S.N.), una volta istituito il C.A.E., e l'adeguamento della composizione del C.A.E. alle dinamiche dimensionali e strutturali del gruppo.

Nonostante ciò, una lacuna come quella relativa alla sorte del C.A.E. di fronte ai mutamenti dell'impresa o del gruppo non è, a ben vedere,

(25) Le esigenze che hanno presieduto all'emanazione della Direttiva n. 94/45 e la sua genesi sono ripercorse da U. Draetta, *Il comitato aziendale europeo: una nuova realtà per le imprese di dimensioni comunitarie*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1995, n. 3-4, pp. 759 ss.

(26) Ripercorre la vicenda relativa all'attuazione della Direttiva sui C.A.E. G. Dondi, *Comitati aziendali europei: il d.lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della Direttiva n. 94/45/Ce*, in *ADL*, 2003, n. 1, pp. 103 ss., nonché F. Guarriello, *Il recepimento della direttiva sui comitati aziendali europei*, in *q. Riv.*, 1999, n. 2, pp. 293 ss.

imputabile al decreto legislativo di riferimento, così come anche le perplessità suscitate dall'apparato sanzionatorio da esso posto in essere, bensì sembra che la vera responsabilità sia da attribuire alla direttiva stessa.

La realtà è che la direttiva ha lasciato, per molti versi, troppo spazio agli ordinamenti nazionali, offrendo, così, un esempio assai discutibile di applicazione del principio di sussidiarietà, di cui all'articolo 5 del Trattato Ce; questo si avverte nella disciplina di composizione della D.S.N. e del C.A.E., che, risentendo troppo delle tradizioni sindacali nazionali, produce effetti che si riverberano sulla natura giuridica del C.A.E. e sulla sua azione, oltre che sull'apparato sanzionatorio.

Le omissioni della fonte comunitaria riguardano anche altri profili, non meno rilevanti, tra cui il momento dell'informazione e consultazione dei C.A.E. rispetto all'adozione della decisione aziendale, e quello della loro legittimazione a negoziare; i C.A.E., infatti, non possono svolgere un'efficace funzione senza una disciplina, innanzi tutto comunitaria, che assicuri loro quegli effetti di omogeneità necessari a un istituto destinato a operare in maniera transnazionale.

Se, dunque, nel decreto legislativo non si rilevano discordanze significative rispetto alle prescrizioni comunitarie, delle quali costituisce l'attuazione, è soprattutto perché la Direttiva 22 settembre 1994, n. 45, rappresenta un modello di «contrattazione collettiva per obiettivi», nel quale il precetto comunitario è semplice: «negoziare tra voi, parti sociali, la partecipazione, altrimenti si applicheranno le prescrizioni minime del legislatore nazionale» (27).

Il decreto, così, risulta, da un lato, la prosecuzione naturale dell'A. I., mantenendo con esso la forte caratterizzazione nazionale, erroneamente concessa dalla direttiva; dall'altro dà attuazione all'atto comunitario sfruttando gli ampi spazi da questo lasciati, concentrandosi sul momento costitutivo del C.A.E., senza intervenire sui profili di maggior debolezza evidenziati dalla disciplina e attinenti al profilo operativo dell'istituto stesso.

La normativa di recepimento, infatti, ha risentito fortemente della struttura sindacale nazionale, e la configurazione della materia, che ne è scaturita, è risultata caratterizzata da un marcato accento nazionale, che si riverbera su un istituto destinato, al contrario, a operare a livello soprattutto transnazionale.

(27) M. Biagi, *Sulla società europea l'incognita partecipazione*, in *Il Sole-24 Ore* del 7 settembre 2001.

Questi sono i rischi di un'attuazione «derivata» da una fonte di stampo sindacale, quando essa è riutilizzata a livello legislativo, senza quegli adattamenti necessari che la rendano consona al nuovo rango (28).

7. — *Attuazione estensiva del campo di applicazione: trasferimento d'azienda* — Nell'attuare una direttiva comunitaria, l'ordinamento può decidere di estenderne il campo di applicazione, per favorire l'operatività della disciplina in un maggior numero di ipotesi: è esemplare la vicenda legata all'evoluzione della normativa in tema di trasferimento d'azienda.

Il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18 (29), infatti, recependo la Direttiva comunitaria 29 giugno 1998, n. 50, ha innovato significativamente la disciplina legale del trasferimento d'azienda, con riferimento sia alla norma codicistica del 2112, sia all'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428.

La prima innovazione riguarda proprio l'articolo del codice civile, che, per la prima volta, contiene una definizione della nozione di trasferimento d'azienda, inteso come «qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto e l'affitto d'azienda» (30).

(28) Per un esame comparatistico dell'esperienza di tre C.A.E. all'interno di uno stesso gruppo multinazionale americano nei settori chimico e metalmeccanico si veda V. Pulignano, *Rappresentanza del sindacato e spazio europeo: uno studio comparato sull'esperienza dei C.A.E. in due settori*, in *DLRI*, 105, 2005, 1, pp. 105 ss.

(29) Per una ricognizione organica dei contenuti del d.lgs. n. 18/2001, si può vedere, tra gli altri, M. Freudiani, *Brevi cenni sul nuovo art. 2112 cod. civ.*, in *Lav. giur.*, 2001, n. 4, pp. 328 ss.; M. Mobilia, *Trasferimento d'azienda e di ramo aziendale: le modifiche apportate alla normativa italiana per l'attuazione della Direttiva n. 98/50/Ce*, in *DRI*, 2001, n. 2, pp. 261 ss.

(30) La nuova nozione di trasferimento d'azienda, introdotta nell'articolo 2112 cod. civ., è analizzata ampiamente da N. De Marinis, *La nuova nozione di trasferimento d'azienda. Brevi note in margine al D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18*, in *DL*, 2001, n. 1, pp. 239 ss.; G. Santoro Passarelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, 2001, n. 2, pp. 575 ss.; A. Maresca, *Le «novità» del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, n. 2, pp. 587 ss.; G. Vidiri, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18: trasferimento d'azienda tra «flessibilità» e «garantismo»*, in *MGL*, 2003, n. 1-2, pp. 2 ss.

Tale nozione è palesemente distante da quella proposta dalla giurisprudenza nazionale, che, nel silenzio definitorio della legge italiana di attuazione della Direttiva 14 febbraio 1977, n. 187, aveva continuato a trovare applicazione, secondo la quale l'articolo 2112 cod. civ. era operante, al di là dei casi espressamente indicati di vendita, affitto e usufrutto dell'azienda, in tutte le ipotesi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si avesse la sostituzione della persona del titolare, quale che fosse il mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale tale sostituzione fosse attuata.

Questo orientamento aveva trovato, poi, un'ulteriore specificazione nell'identificazione del presupposto essenziale per l'applicazione dell'istituto, consistente nell'acquisto a titolo derivativo, e sulla base di un atto di disposizione volontaria, dell'insieme dei beni organizzati per l'esercizio di un'attività strutturata in forma di impresa.

La nozione risultante dalla Direttiva 14 febbraio 1977, n. 187 (31), invece, aveva attribuito rilievo a qualsiasi mutamento della persona fisica o giuridica responsabile della gestione dell'impresa, a prescindere dalla ricorrenza di un atto di natura negoziale traslativo della titolarità della stessa, purché permanesse «l'identità dell'entità economica», rispetto alla quale si verificava il mutamento del soggetto titolare.

Il richiamo a tale impostazione è evidente nella nuova disposizione, e tale parallelismo viene ribadito dal riferimento al requisito dell'identità dell'impresa oggetto del trasferimento.

Al fine di rendere l'istituto maggiormente compatibile con l'attuale assetto delle relazioni industriali, il legislatore ha realizzato una serie di aperture, volte a facilitare l'accesso all'utilizzo dello stesso: il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, infatti, ha arricchito la tipologia negoziale traslativa, e ha agevolato il ricorso al trasferimento d'azienda, fornendo una definizione nuova e meno materialistica, soprattutto nell'individuazione della nozione di ramo aziendale, intesa come «articolazione funzionalmente autonoma», di un'attività economica organizzata, preesistente, come tale, al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Se tale normativa, pur con la garanzia della preesistenza, era stata diretta a liberare da eccessive rigidità i processi di scomposizione delle im-

(31) Sulla nozione di trasferimento d'azienda, risultante dalla Direttiva n. 77/187, si veda E. Chioccioli, *Aspetti e problemi della politica sociale comunitaria*, in *Riv. dir. lav.*, 1979, I, pp. 313 ss.

prese attuabili attraverso il trasferimento d'azienda, la sua evoluzione ha prestato, invece, il fianco a facili condotte fraudolente di aggiramento della disciplina posta a tutela dei lavoratori.

Tramite l'articolo 32 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, infatti, a sostegno di una ulteriore «smaterializzazione» della nozione, è stato previsto che l'autonomia dell'articolazione aziendale, oggetto del trasferimento, non debba essere più preesistente allo stesso, essendo sufficiente che sia identificata come tale «dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento».

8. — *Attuazione migliorativa: contratto a tempo parziale* — Le direttive comunitarie vincolano gli Stati destinatari per ciò che concerne il risultato da ottenere: per evitare abusi quelle in materia di politica sociale contengono delle clausole di non regresso, volte a impedire che, in occasione dell'attuazione delle stesse, si realizzi un peggioramento nel livello generale di tutela già vigente negli ordinamenti nazionali.

Le norme contenute nelle direttive sono, tuttavia, delle disposizioni minimali, le quali, pur perseguendo lo scopo della parificazione nel progresso, lasciano allo Stato la facoltà di introdurre o mantenere prescrizioni più favorevoli, per i lavoratori, di quelle contenute nell'atto: tale opportunità è garantita dall'inclusione nelle direttive della clausola della disposizione più favorevole.

Raccogliendo tale possibilità, il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, di attuazione della Direttiva 15 dicembre 1997, n. 81, sul contratto a tempo parziale, ha operato una riforma generale dell'istituto, introducendo un sistema di flessibilità moderata, nel quale, accanto a incentivi per la parte datoriale, si è mantenuto un elevato livello di protezione del lavoratore.

Il sistema così introdotto ha realizzato gli obiettivi della direttiva, ma ha predisposto una normativa ancora più favorevole, per il lavoratore, di quanto non richiedesse la stessa norma comunitaria (32); non compreso, tale intervento fu ritenuto non abbastanza aderente allo spirito della direttiva e, con successivi rimaneggiamenti, è stato progressivamente depotenziato.

La Direttiva 15 dicembre 1997, n. 81, infatti, relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, concluso dall'U.N.I.C.E., dal C.E.P.

(32) Per tale ricostruzione si veda S. Centofanti, *Il nuovo contratto di lavoro a tempo parziale: tipo generale e tipo a collocazione temporale elastica*, in *Lav. giur.*, 2000, n. 6, pp. 505 ss.

e dalla C.E.S. (33), si proponeva, quale finalità primaria sancita nel «considerando» n. 11 e nel Preambolo, di «definire un quadro generale per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e per contribuire allo sviluppo delle possibilità di lavoro a tempo parziale, su basi che siano accettabili sia per i datori di lavoro, sia per i lavoratori».

A tutto ciò ha affiancato anche un efficace controllo delle organizzazioni sindacali, le quali erano chiamate a intervenire per completare, sul piano operativo, la disciplina di molti aspetti del contratto a tempo parziale: basti pensare che la contrattazione collettiva doveva regolare modalità e forme del ricorso alle clausole elastiche, o provvedere alla fissazione dei limiti e delle maggiorazioni nel lavoro supplementare.

Una volta entrata in vigore, tuttavia, tale regolamentazione ha cominciato a suscitare diverse critiche e perplessità: le si rimproverava di non essere abbastanza aderente allo spirito della direttiva, e di non averne rispettato i propositi sbandierati di semplificazione e flessibilizzazione dell'ordinamento del lavoro, cogliendo l'occasione, al contrario, per introdurre una normativa rigida con numerose prescrizioni vincolistiche.

Il giudizio finale, in sostanza, era quello per cui il decreto delegato non aveva realizzato il fine della direttiva comunitaria di «contribuire allo sviluppo delle possibilità di lavoro a tempo parziale, su basi che siano accettabili sia per i datori di lavoro, sia per i lavoratori».

Un primo intervento correttivo si realizzò già l'anno successivo, con il decreto legislativo 26 febbraio 2001, n. 100 (34), il quale si propose di aumentare le flessibilità nel ricorso al lavoro a tempo parziale, riducendo al contempo i vincoli, ma la disciplina incise in misura minima sull'impianto complessivo.

La riforma, tanto auspicata, avvenne, invece, due anni più tardi in un clima giuslavoristico, che era stato, ormai, già segnato dagli interventi in tema di lavoro a tempo determinato e in tema di orario di la-

(33) I contenuti dell'Accordo collettivo del 6 giugno 1997, anche alla luce anche della Direttiva n. 97/81/Ce, sono esaminati da G. Martinucci, *Prime note sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *DRI*, 1997, n. 3, pp. 199 ss., S. Scarponi, *Luci e ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *q. Riv.*, 1999, pp. 399 ss., e S. Scarponi, *Questioni in tema di trasposizione dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *DRI*, 2001, n. 1, pp. 23 ss.

(34) Obiettivi, finalità e contenuti dell'intervento si rinviengono in C. M. Dalmasso, *Ancora un intervento legislativo sul rapporto di lavoro a tempo parziale*, in *L-PO*, 2001, n. 6, pp. 690 ss.

voro: la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, nell'articolo 3, assegna al governo il compito di introdurre «norme per promuovere il ricorso a prestazioni di lavoro a tempo parziale, quale tipologia contrattuale idonea a favorire l'incremento del tasso di occupazione».

A tal fine avrebbero dovuto essere previste «agevolazioni del ricorso a prestazioni di lavoro supplementare», «a forme flessibili ed elastiche di lavoro a tempo parziale», con l'«abrogazione o integrazione di ogni disposizione in contrasto con l'obiettivo della incentivazione del lavoro a tempo parziale, fermo restando il rispetto dei principi e delle regole contenute nella Direttiva n. 97/81/Ce del Consiglio, del 15 dicembre 1997».

Su tali premesse viene emanato il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, il quale, nell'articolo 46, opera una riforma dell'istituto, per rimuovere le rigidità della disciplina precedente, colpevole, a suo avviso, di non avere eliminato tutti gli ostacoli che potevano limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale (35).

Per agevolare la diffusione del ricorso al *part-time*, esso introduce numerosi elementi di flessibilizzazione, concentrandoli essenzialmente sul lato della domanda di lavoro, con un aumento di flessibilità a senso unico, *pro* datore, riducendo i vincoli e diminuendo quindi le tutele e le sicurezze del lavoratore.

Il nuovo impianto della disciplina si caratterizza fortemente per la valorizzazione dell'autonomia individuale, il che rende superflua, o quanto meno depotenziata, la contrattazione collettiva in materia: infatti, pur essendo ancora richiesta, in molti ambiti, la negoziazione sindacale, il rilievo a essa attribuito risulta essere, nella pratica, indebolito dal nuovo ruolo sostitutivo, che è stato invece assegnato all'autonomia individuale, che consente l'utilizzo dei vari strumenti di flessibilità, anche in assenza di contratti collettivi.

9. — *Attuazione frammentaria-rimaneggiata: congedi parentali* —
Attuare una direttiva comunitaria non significa soltanto trasporne le disposizioni nell'ordinamento nazionale: le norme di recepimento devono trovare un'adeguata sistemazione all'interno del sistema, nel quale si inseriscono, altrimenti viene a essere pregiudicata la coerenza e l'effettività dell'intervento stesso.

(35) Per una ricostruzione organica si veda R. Del Punta, *Lavoro a tempo parziale*, in Pedrazzoli (coordinatore), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, pp. 469 ss.

Il rischio che si corre è quello di aggiungere soltanto un ennesimo strato normativo a una disciplina già articolata, a discapito della chiarezza e organicità della materia: si pensi alle conseguenze ulteriori, laddove l'intervento comunitario si sovrapponga a una pluralità di interventi interni, mai coordinati.

È quanto successo in materia di congedi parentali: la Direttiva 3 giugno 1996, n. 34 (36), infatti, anche se non espressamente richiamata, è stata attuata con la legge 8 marzo 2000, n. 53, la quale regola materie diverse, il cui collegamento, talvolta, può anche sembrare labile o problematico (37).

L'intervento, operato dalla legge, non è stato organico (38), in quanto non è stata sfruttata l'occasione, offerta dalla disciplina comunitaria, per riformare profondamente l'istituto, ma si è preferito, invece, intervenire in maniera più limitata, apportando ritocchi, più o meno ampi, ma pur sempre parziali, ai vari provvedimenti, che si erano venuti accumulando nel corso di quasi trent'anni.

La tecnica utilizzata ha portato a novellazioni di articoli, aggiunte o soppressioni di disposizioni, mentre talvolta le modifiche hanno avuto a oggetto singoli commi, addirittura poche parole nell'ambito di uno stesso comma: i rimaneggiamenti più estesi li ha subiti proprio la legge relativa alle lavoratrici madri, legge 30 dicembre 1971, n. 1204, anche se interessate, in varia misura, dalla riforma sono state anche quelle sulla parità di trattamento fra uomini e donne, legge 9 dicembre 1977, n. 903, sull'indennità di maternità per le lavoratrici autonome, legge 29 dicembre 1987, n. 546, e sull'assistenza alle persone handicappate, legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Ne è risultata un'opera frammentaria, il cui significato complessivo non può essere colto, se non attraverso un minuzioso e paziente impegno di ricostruzione: di ciò si è mostrato consapevole lo stesso legislatore, il quale, nell'articolo 15 della legge stessa, ha conferito la delega al governo per la stesura di un Testo Unico, «al fine di conferire [...] si-

(36) Per un'interessante ottica europea e comparativa si veda D. Gottardi, *La direttiva europea del marzo 1996. I congedi parentali in Europa*, in *LI*, 1996, n. 9, pp. 15 ss.

(37) Un'analisi approfondita e sistematica si rinviene in M. R. Gheido e A. Casotti, *La nuova tutela della maternità*, in *DPL*, inserto n. 46, 2000; ulteriori riflessioni sono presentate da L. Pelliccia, *La nuova disciplina dei cosiddetti congedi parentali a favore dei genitori*, in *LPO*, 2000, n. 6, pp. 1109 ss.

(38) In tal senso si esprime anche A. Fontana, in *Commento alla legge 8 marzo 2000, n. 53*, in *Famiglia dir.*, 2000, n. 4, pp. 321 ss.

stematicità» alle norme in questione, provvedendo, tra l'altro, «alla puntuale individuazione» di quelle in vigore, e della loro attuale formulazione, da un lato, e di quelle abrogate, dall'altro.

Il 26 marzo 2001 è stato approvato il «Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità» (39), il quale ha cercato di riorganizzare le precedenti disposizioni, secondo una nuova impostazione, ma non è riuscito a colmare appieno le lacune derivanti da un'elaborazione normativa, segnata in misura eccessiva da continue stratificazioni, e che ha impedito all'ordinamento italiano di operare una riforma organica della materia, alla luce delle indicazioni comunitarie, e delle altre esperienze europee.

10. — *Attuazione strumentale: contratto a tempo determinato* — Come già più volte ricordato, per evitare che l'attuazione della direttiva possa costituire l'occasione per gli Stati membri per introdurre disposizioni peggiorative, rispetto al livello di tutela già offerto all'interno degli ordinamenti nazionali, le istituzioni comunitarie appongono a questo tipo di atti le ben note clausole di non regresso: dietro il recepimento di una direttiva possono essere nascoste, infatti, finalità e strumentalizzazioni di vario genere, che deviano rispetto agli obiettivi fissati a livello comunitario.

Molte volte, ad esempio, l'attuazione di una direttiva non serve neanche, in quanto la disciplina al momento vigente all'interno di uno Stato membro può essere perfettamente in linea con le indicazioni comunitarie, e in sintonia con le finalità e gli obiettivi prefissati.

Nell'ordinamento italiano la legge 18 aprile 1962, n. 230, sul contratto a tempo determinato era già conformata allo spirito della Direttiva 28 giugno 1999, n. 70, la quale, sulla base della premessa, secondo cui i contratti a tempo indeterminato «sono e continueranno a essere la forma comune dei rapporti di lavoro», aveva predisposto un quadro normativo finalizzato alla prevenzione degli abusi, che possono derivare dall'utilizzo in successione di tale istituto.

Il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, pur non affermando che il contratto a tempo indeterminato è la modalità ordinaria di assunzione, stabilisce che la relazione tra la normalità e la deroga deve essere comunque effettuata in base a ragioni «di carattere tecnico, pro-

(39) Le disposizioni del Testo Unico sono ampiamente commentate da M. R. Gheido e A. Casotti, *Maternità e paternità: le disposizioni del Testo Unico*, in *DPL*, inserto n. 23, 2001.

duttivo, organizzativo o sostitutivo»: se nell'ambito delle ragioni produttive del datore di lavoro il contratto a tempo indeterminato risponde a esigenze di stabilità dell'occupazione, non aventi *ab origine* durata limitata nel tempo, è chiaro che le ragioni economiche che giustificano l'apposizione del termine dovrebbero essere, secondo logica, ricondotte alla categoria della «temporaneità».

Avendo individuato nella temporaneità della ragione tecnica, economica, e organizzativa la causa che consente il ricorso al contratto a termine, è consentito anche superare quella tesi che vede nella nuova legge una completa liberalizzazione del contratto a termine, il quale ancora oggi risulta condizionato dall'esistenza di temporanee ragioni oggettive che lo richiedano (40).

In realtà, il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (41), ha evidenziato, sin dall'inizio, evidenti profili di incostituzionalità in molte delle sue norme essenziali: tali profili attengono, in primo luogo, a un lampante vizio di incostituzionalità per violazione dell'articolo 76 della Costituzione, in quanto il governo era stato delegato dal Parlamento a emanare un decreto legislativo recante norme per l'attuazione dei contenuti e delle finalità della Direttiva 28 giugno 1999, n. 70 (42), in linea con gli obiettivi proclamati alle lettere *a* e *b* della clausola 1 del testo comunitario.

L'articolo 2, lettera *f*, della legge 29 dicembre 2000, n. 422, contenente la delega, inoltre, specificava che i decreti legislativi avrebbero dovuto assicurare «in ogni caso che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta sia pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime».

(40) Secondo tale ricostruzione S. Centofanti, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 2001, n. 10, pp. 913 ss.

(41) Tra i tanti che hanno scritto su tale tema si segnala V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *DRI*, 2003, n. 2, pp. 225 ss.; L. Failla, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *DPL*, 2001, n. 48, pp. 3149 ss.; M. Papaleoni, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, I, pp. 367 ss.; G. Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 Settembre 2001, n. 368*, Torino, Giappichelli Editore, 2002.

(42) Tra i tanti che hanno analizzato le disposizioni della Direttiva comunitaria in tema di contratto a tempo determinato si segnala E. Pau, *La direttiva comunitaria sul contratto a termine*, in *DPL*, 2000, n. 27, pp. 1891 ss.; R. Giovani, *Contratti a termine: la direttiva europea e l'accordo sindacale*, in *DPL*, 2001, n. 35, pp. 2352 ss.; M. Viceconte, *Brevi riflessioni a margine della Direttiva Comunitaria sul contratto di lavoro a tempo determinato*, in *LPO*, 2000, n. 12, pp. 2161 ss.

Il governo ha invece approfittato della delega (43) per introdurre una nuova disciplina del contratto a termine, e superare il precedente sistema delle singole fattispecie ammesse: anche laddove la normativa comunitaria avesse consentito di modificare le garanzie esistenti, sarebbe stata comunque necessaria una delega specifica con l'indicazione dei criteri da seguire per una modifica, quale quella apportata, relativa all'introduzione di una clausola generale basata su «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (44).

Il decreto si caratterizza anche per un secondo profilo di incostituzionalità, che si aggiunge a quello della mancanza di delega, che consiste nella violazione della delega e degli impegni comunitari: la direttiva europea, infatti, specificava, nella clausola 8, comma 3, che «l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso». Tale clausola di non regresso inibisce ai legislatori nazionali, che recepiscono la fonte comunitaria, l'introduzione di discipline peggiorative rispetto a quelle già vigenti in ciascuno Stato dell'Unione europea.

L'interpretazione delle nuove disposizioni porta a una valutazione del carattere peggiorativo della riforma in molti aspetti: basti pensare alla nuova disciplina della proroga nell'articolo 4, sicuramente meno rigida e garantista della precedente (45), o all'articolo 5, comma 4, dove si sostiene che due assunzioni successive a termine sono «quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità».

Il decreto è arrivato anche a sopprimere, sul piano della fonte legale, un diritto precedentemente previsto, quale il diritto soggettivo di precedenza nell'assunzione dei lavoratori a termine, rimettendolo alla individuazione da parte della contrattazione collettiva, con l'ulteriore previsione dell'estinzione, in ogni caso, per prescrizione entro un anno: una questione di costituzionalità che non è parsa manifestamente infondata al Tribunale di Rossano nella ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale del 17 maggio 2004, di cui si attende la pronuncia (46).

(43) Ricostruisce la vicenda G. Pera, *La strana storia dell'attuazione della Direttiva Ce sui contratti a termine*, in *Lav. giur.*, 2001, n. 4, pp. 305 ss.

(44) In tal senso S. Centofanti, *op. cit.*, p. 916.

(45) Per una più accurata ricostruzione dell'istituto si rimanda, tra gli altri, a S. Centofanti, *op. cit.*, pp. 922 ss.; L. Failla, *op. cit.*, pp. 3152 ss.; e M. Papaleoni, *op. cit.*, pp. 386 ss.

(46) Per un commento, anche alla luce di una riflessione più generale sul tema del non regresso, si evidenzia A. Andreoni, *La nuova disciplina sul lavoro a tempo*

Altro importante caso di violazione della clausola di non regresso è l'articolo 8, il quale ha modificato i criteri di computo: il decreto legislativo, infatti, supera quell'interpretazione ormai consolidata nell'ordinamento, che vedeva i lavoratori a tempo determinato valere, in proporzione alla durata del rapporto, a ogni fine e in particolare ai fini degli articoli 18 e 35 dello Statuto dei lavoratori, in quanto l'articolo 8 prevede che «ai fini di cui all'articolo 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300», i lavoratori assunti con contratto a termine sono computati nell'organico dell'utilizzatore, ove il contratto abbia durata superiore a nove mesi; il che comporta, in molti casi, la rimozione della tutela non solo per loro, ma anche per quelli a tempo indeterminato.

Il problema della violazione della clausola 8, punto 3, dell'Accordo quadro sul lavoro a termine, non può oggi non essere riletto anche alla luce della recente pronuncia della Corte di Giustizia Ce nel caso *Mangold* già citato (47), anche in base ai riflessi prodottisi nell'ordinamento tedesco (48), da cui era partita la controversia: nella sentenza è stato chiarito che la clausola di non regresso non osta a una normativa nazionale che per motivi connessi con la necessità di promuovere l'occupazione, e indipendentemente dall'applicazione della normativa comunitaria, abbia abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a tempo determinato.

Secondo la Corte di Giustizia Ce, quindi, la clausola di non regresso, di cui all'articolo 8, punto 3, della Direttiva n. 99/70/Ce consente

determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso), in q. *Riv.*, 2005, I, pp. 85 ss.

(47) Corte di Giustizia Ce, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Rüdiger Helm*: in particolare, la Repubblica federale di Germania, con una legge entrata in vigore nel 2001, aveva predisposto una serie tassativa di limitazioni e condizioni, valutandone necessaria la presenza, affinché si potesse concludere un contratto di lavoro a tempo determinato; salvo poi prevedere che «non è richiesta una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore all'inizio del rapporto abbia già compiuto 58 anni». Successivamente, con una legge entrata in vigore nel 2003, tale requisito di età è stato ulteriormente abbassato a 52 anni. In poche parole, quindi, fino al termine ultimo assegnato agli Stati per recepire le direttive comunitarie in materia, la normativa tedesca ha previsto, pur in assenza di «una ragione obiettiva», la possibilità di stipulare contratti di lavoro a tempo determinato sul solo presupposto che il lavoratore abbia già compiuto i 52 anni.

(48) Una approfondita riflessione sulla vicenda legata al recepimento della direttiva sul contratto a termine nell'ordinamento tedesco si rinviene in M. Corti, *Il contratto a termine nell'ordinamento lavoristico tedesco*, in q. *Riv.*, 2003, II, pp. 575 ss.

agli Stati una revisione in senso meno garantista delle originarie tutele interne, a condizione però che tale revisione venga fatta al di fuori della trasposizione della direttiva stessa e sia giustificata, come misura appropriata e necessaria, da un disegno riformatore motivato da nuove e reali esigenze di interesse generale (49).

11. — *Attuazione deviata: insolvenza del datore di lavoro* — Non sempre i problemi sono causati da una imperfetta attuazione: a volte le difficoltà possono sorgere a monte e derivare da una errata impostazione della direttiva.

La Direttiva comunitaria 20 ottobre 1980, n. 987, infatti, «concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro», era finalizzata proprio all'armonizzazione delle legislazioni nazionali esistenti in materia, per agevolare il funzionamento del mercato comune e creare condizioni di parità concorrenziale fra gli operatori economici (50).

In realtà, le innumerevoli alternative, che vengono offerte agli Stati su vari aspetti della protezione da accordare ai lavoratori, inducono in conclusione a chiedersi se l'obiettivo comunitario dell'armonizzazione del progresso non sia stato frustrato da un complesso di disposizioni che, viceversa, rischiano di cristallizzare differenze fondamentali fra i diversi meccanismi nazionali di intervento.

Certo è che il Consiglio, discostandosi in forma così accentuata dalle proposte della Commissione, ha ricercato, mediante estenuanti compromessi, un punto di equilibrio destinato non tanto a tutelare gli effettivi interessi dei beneficiari della direttiva, quanto a non scontentare nessuna delle delegazioni nazionali, con la conseguenza che la

(49) Primi commenti si rinvengono in A. Allamprese e A. Andreoni, *La Corte di Giustizia e la clausola di non regresso nella direttiva sul contratto a termine*, reperibile su <http://www.cgil.it/giuridico>, dove gli Autori sottolineano come questa pronuncia dovrà essere valutata dalla Corte Costituzionale in sede di valutazione della questione riguardante il d.lgs. n. 368/2001 sollevata dal Tribunale di Rossano un anno fa, ipotizzando poi che «ove mai il legislatore volesse inserire una nuova controriforma sul lavoro a termine nell'ambito di misure generali di *deregulation* della disciplina sul mercato del lavoro, ogni innovazione peggiorativa dovrebbe essere sorretta da un disegno effettivamente riformatore, evidenziato da una minuziosa Relazione di accompagnamento giustificativa dei benefici generalmente previsti».

(50) Sui contenuti generali della direttiva si veda G. Civalè, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in q. *Riv.*, 1993, I, pp. 441 ss.

produzione legislativa comunitaria è scaduta in qualità, come in questo caso, dando luogo a testi estremamente oscuri e contorti (51).

Ciò emerge chiaramente dalla formulazione del testo, il quale contiene previsioni, da un lato, ambigue, in quanto suscettibili di diverse interpretazioni, e, dall'altro, troppo articolate, per cui viene data agli Stati membri la possibilità di scegliere tra diversi regimi di attuazione.

Alla confusione scaturente dalla direttiva, si è aggiunta, oltretutto, una distorsione per opera della legge italiana che, limitando la tutela dei crediti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, rientranti nei dodici mesi che precedono una data, ha identificato tale momento attraverso una triplice previsione, che ha creato un sistema intollerabile, facendo dipendere la possibilità di esercizio del diritto del lavoratore da accadimenti e decisioni non rientranti nella sua disponibilità.

Il decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80, infatti, ha introdotto, nell'ordinamento italiano, la normativa diretta alla tutela dei lavoratori, in caso di insolvenza del datore di lavoro: la disciplina apporta elementi di grosso rilievo che se, in materia di garanzia dei crediti di lavoro, assumono caratteristiche di ampliamento e perfezionamento delle misure introdotte dalla legge 29 maggio 1982, n. 297, per la parte relativa alla tutela della posizione previdenziale dei lavoratori si connotano con tratti di assoluta novità.

L'estensione dell'ambito di applicazione comporta che destinatari della tutela sono anche i lavoratori dipendenti da datori non soggetti a procedure concorsuali; circa l'oggetto della garanzia, invece, il decreto pare voler assicurare una tutela maggiore di quella minimale, delineata dal legislatore comunitario.

In realtà, l'articolo 2 contiene un rilevante limite, prevedendo che la tutela è relativa «ai crediti di lavoro [...] inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto rientranti nei dodici mesi che precedono» una particolare data.

La portata della garanzia viene, poi, ulteriormente ridotta dal comma 2, che stabilisce l'importo massimo del pagamento, e dal comma 4, che ne esclude la cumulabilità con gli altri trattamenti economici indicati.

Uno dei problemi più spinosi, posti dal decreto, riguardava l'individuazione dell'arco temporale dei crediti tutelati (52): l'articolo 2, pur

(51) In tal senso A. Zambelli, *Diritto comunitario e tutela contro l'insolvenza dell'imprenditore: l'ennesima inadempienza dell'Italia*, in *RIDL*, 1991, II, pp. 279 ss.

(52) Affrontato analiticamente da S. Centofanti, *Insolvenza del datore di lavoro e individuazione dell'arco temporale dei crediti tutelati*, in *RIDL*, 2000, I, pp. 181 ss.

prevedendo, in astratto, l'intervento del Fondo di Garanzia per le ultime tre mensilità del rapporto di lavoro, poneva un ulteriore grave requisito, articolato in tre svolgimenti, che molto ha fatto discutere.

Il problema sembrava aver trovato soluzione, a livello comunitario, con l'emanazione della Direttiva 23 settembre 2002, n. 74, la quale, modificando la precedente, ne aveva soppiantato l'impostazione normativa, finalizzata alla specifica indicazione in sede europea del periodo di collocazione dei diritti retributivi garantiti in relazione alla data di insolvenza del datore di lavoro.

Il nuovo impianto, infatti, ha preferito astenersi da tale determinazione, lasciando agli Stati membri la facoltà di optare o meno per siffatta regolamentazione.

Purtroppo l'occasione per superare l'*impasse* non è stata colta: il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 186 (53), nell'attuare la direttiva, non ha intaccato la precedente disciplina, che rimane articolata nei suoi svolgimenti originari, insieme alle perplessità che aveva suscitato.

12. — *Attuazione incompleta: orario di lavoro* — La finalità di una direttiva non è sempre quella di fornire una regolamentazione generale della materia: più frequentemente essa mira a introdurre, negli ordinamenti nazionali degli Stati membri, un nucleo minimale di disposizioni che rispondano a interessi settoriali; se non si comprende ciò, si rischia, in fase di attuazione, di utilizzare quel complesso di norme per un uso, che trascende gli ambiti operativi per cui era nato.

La Direttiva 23 novembre 1993, n. 104 (54), aveva proprio tale scopo: stabilire prescrizioni minime, in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, finalizzate esclusivamente a migliorare la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Nonostante la *ratio* ispiratrice fosse perfettamente assimilabile a quella sottesa alle previsioni dell'articolo 36, commi 2 e 3, della Costituzione italiana, talune sue disposizioni hanno fornito sostegno, diretto o indiretto, a operazioni finalizzate a sostenere il superamento del limite alla durata giornaliera della prestazione lavorativa, a opera del

(53) Emanato in base alla delega contenuta nella legge comunitaria 2003, legge 31 ottobre 2003, n. 306, per il recepimento della Direttiva 23 settembre 2002, n. 74.

(54) Per una analisi della direttiva, si veda P. Soprani, *Orario di lavoro: la direttiva di codificazione*, in *DPL*, 2004, n. 7, pp. 470 ss.; P. Ichino, *Il tempo di lavoro nell'Unione europea, direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *RIDL*, 1998, I, pp. 153 ss.

decreto legislativo di attuazione 8 aprile 2003, n. 66, ma, già prima di esso, a opera dell'articolo 13 della legge 24 giugno 1997, n. 196.

L'obiettivo dichiarato dalla direttiva nell'articolo 1, comma 1, in realtà, consiste nello stabilire «prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro»: le sue disposizioni si incentrano, oltre che su profili definitivi, su due nuclei fondamentali di disciplina, relativi, da un lato, al regime dei riposi e della durata della prestazione lavorativa, dall'altro, alle particolari garanzie per i lavoratori notturni, e che svolgono lavoro a turni.

Per quanto riguarda, invece, l'obiettivo che la direttiva impone agli Stati membri, questo consiste, unicamente, nell'assicurare una migliore protezione della salute dei lavoratori, facendo, altresì, salva, *ex* articolo 15, «la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni [...] più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali» che contengono simili disposizioni, con l'ulteriore previsione della clausola di non regresso, secondo la quale l'attuazione della direttiva non può costituire, *ex* articolo 18, comma 3, «giustificazione per il regresso del livello generale di protezione dei lavoratori».

Le valutazioni su tale direttiva sono state molteplici: la considerazione, secondo cui la direttiva è idonea a esaltare il nesso sussistente, in senso lato, tra la durata del lavoro e le istanze di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, da più parti, è stata, talora, formulata con accenti critici sulle modeste ambizioni del testo comunitario. Esso, rinunciando a dettare una disciplina, che scaturisca da una visione d'insieme dei problemi sollevati dal tempo di lavoro, finirebbe per collocarsi in un ambito eccessivamente angusto, rappresentato da quello tradizionale delle istanze protettive del lavoratore.

Secondo altri, invece, il suo carattere equilibrato e la sua capacità di perseguire gli scopi protettivi senza rinunciare allo sviluppo, anche nella materia dell'orario di lavoro, rappresenta un chiaro modello di garantismo flessibile.

L'assenza, nelle previsioni comunitarie, di un limite alla durata massima della prestazione giornaliera, sembra, tuttavia, un elemento di potenziale vanificazione degli scopi protettivi della direttiva: l'articolo 3 chiama gli Stati membri a prendere «le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici, nel corso di ogni periodo di 24 ore, di un periodo minimo di riposo di 11 ore consecutive».

Tale articolo non è finalizzato a stabilire direttamente un tetto alla durata massima della prestazione giornaliera, bensì ha lo scopo di garantire che, in caso di ricorso a moduli di orario a turni, o caratterizzati dalla collocazione variabile della prestazione, al lavoratore sia assicurato un adeguato intervallo di riposo consecutivo, tra una prestazione e l'altra, sia pure nell'arco mobile di 24 ore.

Nella fase di recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano non è stata compresa la distinzione funzionale esistente tra queste due tipologie di limiti, né l'insufficienza del limite esplicitato dal testo comunitario alla realizzazione degli obiettivi per i quali la delega era stata conferita: il mero limite del riposo minimo consecutivo, in un arco mobile di 24 ore, non è sufficiente a racchiudere tutti i profili della tutela, e non può, quindi, essere sovraccaricato di significati, che vanno al di là del suo contingente obiettivo.

La necessità di migliorare la tutela interna, nella prospettiva di progresso, delineata dalle previsioni comunitarie, infatti, non dovrebbe comportare l'abbandono dell'ulteriore nucleo regolativo, prescelto dal costituente, in vista della tutela della salute del lavoratore, e al quale esso ha attribuito rilievo diretto e centrale, nella definizione del modello di intervento relativo all'orario di lavoro: la fissazione per legge della durata massima della giornata lavorativa.

La contraddizione più stridente, tra le finalità di tutela della salute e sicurezza del lavoratore fatte proprie dalla direttiva, e i suoi contenuti, risiede non tanto nella predisposizione di un ricco apparato di flessibilità e di deroghe, rispetto ai limiti in essa previsti, quanto nell'assenza di un limite diretto alla durata massima giornaliera.

L'attuazione di tale direttiva ha portato all'emanazione del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 (55), il quale, all'articolo 19, comma 2, esplicitamente abroga «tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia» da esso disciplinata, «salve le disposizioni espressamente richiamate e le disposizioni avente carattere sanzionatorio».

Rilevato sul piano giuridico l'avvenuto superamento del limite legale alla durata della prestazione lavorativa giornaliera, contenuto nell'articolo 1 del r.d.l. 15 marzo 1923, n. 692, il problema a questo punto si

(55) Per una ricostruzione organica della vicenda, anche alla luce dei risultati attuativi negli altri paesi dell'U.E., si veda P. Pelissero, *Allargamento europeo e regole comunitarie in materia di orario di lavoro: tenuta delle tutele o «race to the bottom»?*, in *LD*, 2005, n. 2, pp. 363 ss.

pone su diversi fronti, non solo nei confronti di un palese travisamento della finalità originaria della direttiva, che a ben guardare sembrava essere considerata dall'articolo 1 del decreto, le cui disposizioni avrebbero dovuto essere orientate a «dare attuazione organica alla Direttiva n. 93/104/Ce».

Una distonia di principio si può porre nei confronti della prima Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (56), e di quelle stesse esigenze che, nei primi anni del secolo passato, avevano indotto la neo-nata O.I.L. a pronunciarsi proprio sul precetto, fondamentale e al tempo stesso elementare, di una giornata lavorativa fissata nel suo limite massimo, incarnato dalle «storiche» otto ore giornaliere e quarantotto ore settimanali.

Il contrasto più ingombrante, e tuttora irrisolto, rimane, tuttavia, quello con la Costituzione, e precisamente con la previsione dell'articolo 36, comma 2, che pretende una fissazione per legge della durata massima della giornata lavorativa (57).

13. — *Attuazione multiforme: licenziamenti collettivi* — Non è sempre semplice inquadrare le modalità di svolgimento di un'attuazione: a volte il recepimento di una direttiva comunitaria può segnare un'epoca, non solo per i contenuti, ma anche per la dimensione temporale che essa ha occupato.

La vicenda legata all'attuazione della Direttiva 17 febbraio 1975, n. 129, sui licenziamenti collettivi è esemplare da molti punti di vista, e non può che essere definita come multiforme per le peculiarità e le contraddizioni insite in essa.

È stata un'attuazione ritardata perché la legge italiana di recepimento è intervenuta solo nel 1991, dopo che l'Italia aveva ricevuto una sentenza di doppia condanna da parte della Corte di Giustizia Ce per l'inadempimento agli obblighi comunitari.

(56) Approvata a Washington il 28 novembre 1919 e ratificata in Italia con il regio decreto legge 29 marzo 1923, n. 1429, la convenzione n. 1 fu adottata con voto quasi unanime, ma negli anni seguenti sorsero delle difficoltà in merito alla sua ratifica: sulla vicenda M. Lai, *La normativa internazionale e comunitaria dell'orario di lavoro*, in *DLRI*, 1995, n. 17, pp. 249 ss.

(57) Già nella vigenza della legge n. 196/97 vi sono state pronunce giurisprudenziali che si sono schierate avverso la tesi dell'abrogazione implicita della normativa precedente, anche alla luce del dettato costituzionale: si veda Tribunale di Pisa, Sez. lav., 13 febbraio 2001, con il commento di E. Ripepe, *Che fine ha fatto il limite di orario giornaliero di lavoro?*, in *RIDL*, II, 2002, pp. 77 ss.

È stata un'attuazione articolata, perché la legge 23 luglio 1991, n. 223, ha saputo utilizzare le disposizioni comunitarie per introdurre una disciplina complessa e ben congegnata.

È stata un'attuazione favorevole per i lavoratori perché sono state introdotte, in alcuni casi, disposizioni maggiormente protettive, grazie alla possibilità offerta dalla clausola della disposizione più favorevole, di cui il legislatore nazionale si è avvalso.

È stata un'attuazione paradossalmente incompleta per quasi trent'anni circa il suo campo di applicazione: solo dopo l'ennesima condanna dell'Italia, da parte della Corte di Giustizia Ce (58), è intervenuto il decreto legislativo 8 aprile 2004, n. 110, con cui si è estesa esplicitamente la normativa anche ai datori di lavoro non imprenditori.

Cercando di argomentare tali riflessioni, si può vedere come ciò che è avvenuto rappresenta, in maniera significativa, il paradigma del rapporto tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento comunitario, il tutto reso ancora più emblematico per la delicatezza e la nevralgicità della materia sottesa: sedici anni ci sono voluti, affinché l'Italia adempisse gli obblighi derivanti dall'appartenenza alle Comunità europee, dopo essere stata raggiunta da due sentenze di condanna. Questo non deve essere stata raggiunta da due sentenze di condanna. Questo non deve comunque scoraggiare nell'accostarsi alle fonti, poiché il ritardo nella attuazione non è certo sintomo, *a priori*, di una manchevole attuazione; le considerazioni sui tempi tecnici, pur se necessarie, vanno utilizzate come meri indici di un rapporto tra le normative, che è ora tutto da verificare.

Dopo la sentenza cd. «di doppia condanna», con cui la Corte di Giustizia Ce censurò l'Italia per non aver dato attuazione alla Direttiva 17 febbraio 1975, n. 129, l'ordinamento italiano si adeguò a quello comunitario in seguito alla legge 23 luglio 1991, n. 223: lo schema, proposto dalla direttiva venne a essere riprodotto con una più puntuale articolazione delle diverse fasi di svolgimento della procedura preliminare al licenziamento collettivo, e con la previsione di un'appropriata misura sanzionatoria, consistente nell'inefficacia dei licenziamenti intimati nel caso di violazione dei vincoli procedurali.

(58) La Corte di Giustizia Ce, con la sentenza 16 ottobre 2003, causa C-32/02, *Commissione c. Repubblica Italiana*, accogliendo il ricorso della Commissione, ha ribadito che per datore di lavoro, ai sensi della materia in argomento, devono intendersi anche i datori di lavoro non imprenditori. Sulla vicenda M. D. Ferrara, *La nozione di datore di lavoro e la disciplina dei licenziamenti collettivi: la Corte di Giustizia condanna la Repubblica Italiana*, in *RIDL*, 2004, II, pp. 229 ss.

Uno scostamento positivo si registra anche in relazione alla nozione di licenziamento collettivo, che la legge italiana disegnò in termini numericamente più favorevoli, essendo sufficienti cinque licenziamenti effettuati in un arco di 120 giorni, e individuando nella «stabile riduzione o trasformazione di attività o di lavoro», quale causa diretta dell'eccedenza di personale, il connotato essenziale della fattispecie, riflettendo schemi classificatori, elaborati dalla giurisprudenza in applicazione della previgente disciplina di origine convenzionale collettiva.

Gli altri aspetti di miglior favore riguardano: la sottoposizione dell'esercizio del licenziamento collettivo a un controllo sindacale e amministrativo, che si svolge attraverso un procedimento di informazione e consultazione particolarmente dettagliato; il tentativo di soluzioni alternative al licenziamento; criteri di scelta dei lavoratori da licenziare ancorati a parametri oggettivi; la tutela reale-reintegratoria nel caso di invalidità del licenziamento per vizi di forma e/o procedimento.

14. — *Conclusioni* — In luogo della tradizionale impostazione «verticale», basata su un'analisi separata dei provvedimenti esistenti, si è preferito seguire una diversa prospettiva di studio, di tipo «orizzontale», incentrata sulla verifica del rapporto esistente tra fonte europea e norma di recepimento nazionale.

Pensare all'attuazione di una direttiva comunitaria come a un mero adempimento formale rischia di impoverire un fenomeno i cui contenuti politici, ideologici e sostanziali, invece, vanno ben oltre.

Questo è stato ben dimostrato dagli esiti attuativi che si è avuto modo di osservare: le scelte sottese al tipo di recepimento sono emerse in tutta la loro chiarezza, con i relativi risultati in termini di qualità giuridica e coerenza traspositiva.

A fronte di attuazioni spesso ritardate, incomplete, articolate, a volte migliorative, ma frequentemente anche distorsive delle indicazioni comunitarie, quello che è emerso in conclusione è una significativa distonia tra un quadro politico e giuridico, sempre più di respiro europeo, e un frequente atteggiamento di superficialità nella gestione dei rapporti tra i due ordinamenti, che rischia di generare una sostanziale diffidenza circa la credibilità stessa del vincolo comunitario.

Maria Luisa De Margheriti (*)

OBBLIGO E DIRITTO DI LAVORARE QUALE STRUMENTO DI TUTELA DELLA PROFESSIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema. — 2. La posizione della dottrina maggioritaria. — 3. Demansionamento e inattività. — 4. Il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa nella elaborazione giurisprudenziale. — 5. La fonte normativa dell'obbligo risarcitorio del datore di lavoro. — 6. La tutela della professionalità e della personalità morale del prestatore di lavoro.

1. — *Introduzione al problema* — Com'è noto, la dottrina dominante esclude la sussistenza in via generale in capo al prestatore di lavoro di un diritto in senso tecnico alla esecuzione della prestazione lavorativa, e nel far ciò sembra porsi in aperta contrapposizione con l'orientamento giurisprudenziale, ormai piuttosto consolidato, che afferma l'esistenza di un tale diritto in capo al lavoratore. In una serie di sentenze, infatti, viene espressamente riconosciuto il risarcimento dei danni al lavoratore nel caso in cui il datore di lavoro gli abbia impedito di svolgere concretamente la prestazione lavorativa (1).

Appare interessante analizzare le ragioni del contrasto tra dottrina e giurisprudenza, focalizzando l'attenzione sul problema teorico che ne sta alla base. Precisamente esso concerne la possibilità di qualificare come un vero e proprio diritto soggettivo la pretesa del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa, quando comunque gli sia applicato il trattamento economico e normativo corrispondente alla qualifica attribuita. Ci si chiede, in altre parole, se, una volta che il datore di lavoro abbia adempiuto al proprio obbligo retributivo, il lavoratore non possa pretendere più nulla, essendo infondata l'aspettativa alla concreta esecuzione della propria prestazione lavorativa. Ovvero, in una prospetti-

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università degli studi di Pavia.

(1) Cfr. Cass., Sez. lav., 8 novembre 2004, n. 21253, in *DPL*, 2005, p. 961; Cass., Sez. lav., 14 novembre 2001, n. 14199, in *NGL*, 2002, p. 175; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in *FI*, 1995, I, c. 3133; Cass. 15 luglio 1995, n. 7708, in *RIDL*, 1996, II, p. 424.

va più generale, ci si può interrogare sul carattere o no meramente patrimoniale (2) dell'interesse del lavoratore tutelato dal contratto di lavoro e dalla legislazione lavoristica.

2. — *La posizione della dottrina maggioritaria* — La tesi dominante (3), escludendo che si possa configurare un diritto in senso tecnico all'esecuzione della prestazione lavorativa, con conseguente ribaltamento del nesso sinallagmatico del contratto di lavoro, confuta puntualmente le tesi dottrinarie isolate che invece configurano un diritto in tal senso del prestatore di lavoro, prendendo le mosse da diversi dati normativi positivi (4).

(2) Sottolineano che l'art. 13 Stat. lav. non può risolversi in una mera dimensione patrimonialistica G. Giugni, *Qualifica, mansioni e tutela della professionalità*, in q. *Riv.*, 1973, pp. 3 ss., e spec. pp. 14 e 15; U. Romagnoli, *Commento all'art. 13*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja, Branca (a cura di) *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, II ed., 1979, p. 259; R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei principi tradizionali*, in q. *Riv.*, 1973, I, pp. 167 ss.

(3) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, p. 118; S. Magrini, *Voce Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, vol. XXIII, 1973, p. 384 e nota 79; E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, pp. 330-331; M. Dell'Olio, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, p. 434; M. Grandi, voce *Rapporto di lavoro*, in *ED*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, pp. 337-338.

(4) Il riconoscimento di un diritto di lavorare viene da lontano: già nel *Massimario della giurisprudenza dei Proviviri*, curato da Enrico Redenti, che copre il periodo dal 1898 al 1905, si afferma a p. 171 che dal contratto di lavoro deriva non solo un obbligo, ma anche un diritto di lavorare. Questo perché «il compiere le prestazioni di cui consta il servizio non è solo un obbligo, ma un diritto dell'operaio, in quanto è presupposto del suo diritto alla mercede. Il lavoratore ha diritto di prestare quel servizio, che ha obbligo di prestare». S. Chiarloni, *Dal diritto alla retribuzione al diritto a lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 1482 ss., fonda il diritto del prestatore di lavoro a eseguire la prestazione lavorativa sull'art. 13 Stat. lav. e soprattutto sull'art. 18, commi 1 e 7, valorizzando il principio della «stabilità reale» introdotta da quest'ultima norma. Tale posizione viene confermata dall'Autore anche in tempi più recenti: si veda S. Chiarloni, *Statuto dei lavoratori e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 6, 1990, p. 62 ss. Già L. De Angelis, *Considerazioni sul diritto al lavoro e sulla sua tutela*, in q. *Riv.*, 1973, I, pp. 223 ss., ricavava l'esistenza del diritto al lavoro dall'art. 18 Stat. lav. evidenziando altresì la «efficacia intersoggettiva» della disposizione dell'art. 4 Cost. che tutelerebbe, una volta costituito il rapporto, l'interesse all'esecuzione della prestazione. G. Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *RIDL*, 1991, II, pp. 388 ss., argomenta dall'art. 2087 cod. civ. nella parte in cui si prevede la tutela della personalità morale del prestatore di lavoro l'esistenza del diritto alla effettiva esecuzione della prestazione lavorativa.

Secondo la tesi maggioritaria, la disposizione dell'art. 2094 cod. civ. è chiarissima nel senso che il lavoratore subordinato «si obbliga» a collaborare nell'impresa per soddisfare il suo interesse a ottenere un reddito da lavoro («mediante retribuzione») (5). Con la conseguenza che, qualora l'attuazione del rapporto di lavoro resti impedita in ragione del difetto di cooperazione datoriale, il pregiudizio del prestatore verrebbe a ridursi alla mera lesione dell'interesse alla percezione della prestazione retributiva. Pertanto, appare del tutto estranea rispetto allo schema causale fissato da tale disposizione la configurabilità di un «interesse del prestatore di lavoro alla esecuzione della prestazione, il quale può assumere rilevanza soltanto in quanto sia dedotto come motivo comune determinante del concreto negozio» (6).

Per avvalorare la tesi sostenuta vengono richiamate specifiche disposizioni che contrasterebbero con la affermata esistenza di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa, perché presuppongono legittimo il comportamento del datore di lavoro che non consente al lavoratore di svolgere l'attività lavorativa, ma continua a corrispondergli la retribuzione. Tra tali disposizioni, l'art. 6, ultimo comma, della legge sull'impiego privato (r.d.l. n. 1825 del 1924), nonché l'art. 2118 cod. civ. in relazione al quale «la stessa affermazione dell'efficacia reale del preavviso mira a far conseguire al lavoratore tutti i vantaggi economici e normativi della persistenza del rapporto nel relativo periodo, ma non obbliga certo l'imprenditore a ricevere la prestazione» (7).

Anche l'art. 18 Stat. lav. viene considerato dalla tesi dominante sintomatico dell'inesistenza nel nostro ordinamento giuridico di un tale diritto. E ciò sulla base della constatazione che la normativa sui licenziamenti illegittimi sottoposti a sanzione reale sembra essere essenzialmente diretta a tutelare gli interessi di ordine patrimoniale del lavoratore (8).

(5) Cfr. A. Vallebona, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, cit., p. 365.

(6) Cfr. S. Magrini, voce *Lavoro (contratto individuale)*, in *ED*, vol. XXIII, 1973, p. 384 e nota 79.

(7) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali*, cit., p. 119.

(8) Cfr. M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, p. 91; Idem, *Commento ai commi 4° e 5° dell'art. 1 della legge n. 108/1990*, in *NLCC*, 1992, p. 170, esclude che la reintegrazione possa essere considerata come proiezione di un diritto di lavorare, già desumibile dal sinallagma basilare del rapporto di lavoro, data la caratteristica di rimedio con funzione ripristinatoria dell'atto illegittimo del datore di lavoro consistente nella estromissione del lavoratore dal posto di lavoro. Sul punto, vedi ancora V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*,

Infatti, la persistenza del rapporto senza svolgimento della prestazione rifiutata dal datore comporterebbe la corresponsione di «un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione», con la conseguenza che il lavoratore licenziato si troverebbe nella medesima posizione del lavoratore in servizio semplicemente esonerato dal rendere la prestazione e al pari di questo può solo pretendere la conservazione del reddito.

Se si considera poi che, data la ritenuta incoercibilità in forma specifica dell'ordine di reintegrare, il datore di lavoro potrebbe di fatto scegliere di escludere il dipendente pur continuando a corrispondergli la retribuzione, ecco che l'idoneità dell'art. 18 Stat. lav. a fondare l'esistenza di un diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa assume, anche sul piano fattuale, basi alquanto fragili (9).

La tesi dominante ammette però che vi siano specifici casi, ipotesi tipiche, in cui viene ravvisato un interesse del prestatore di lavoro, giuridicamente protetto, alla esecuzione della prestazione lavorativa. Tradizionalmente sono i casi del tirocinio, del patto di prova, del lavoro artistico, del contratto di lavoro giornalistico, del lavoratore sportivo, del lavoro degli invalidi (10), nei quali «alla struttura causale tradizionale dell'obbligazione di lavoro subordinato si aggiungono profili originali» (11); si è ipotizzato un ampliamento di quest'area con riferimento alle professionalità più elevate in via interpretativa o per pat-

Bari, 1992, p. 207. Sull'art. 18 Stat. lav. si veda l'opera di M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, *passim*.

(9) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali*, cit., p. 122; U. Romagnoli, *Commento all'art. 18 Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1981, p. 109, riprendendo le argomentazioni di M. Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, pp. 789-812, di Lanfranchi, *Situazioni giuridiche individuali a rilevanza collettiva e attuazione della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *q. Riv.*, 1977, I, pp. 385 ss., e, parzialmente, di Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1104, contesta che la reintegrazione consista, nella sua totalità, in un *facere* infungibile, ritenendo che si debba invece dar luogo a «un criterio tendenziale di coercibilità parziale, limitatamente cioè alle prestazioni fungibili individuate caso per caso dal giudice a cui spetta altresì dettare contemporaneamente le modalità esecutive più appropriate». Sul punto, si veda anche M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, pp. 184 ss.

(10) Cfr. S. Magrini, *op. cit.*, p. 412; E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, p. 152.

(11) Cfr. E. Balletti, *op. cit.*, p. 147.

ti espressi (12). E ciò, come si avrà modo di descrivere nel paragrafo successivo, in piena consonanza con la giurisprudenza unanime.

Secondo l'impostazione tradizionale, pertanto, solo in ipotesi tipiche, invero assai specifiche e circoscritte, è ravvisabile anche un interesse del prestatore di lavoro all'adempimento della obbligazione.

Tuttavia, occorre segnalare la posizione della dottrina più recente secondo la quale dalla realtà delle cose emerge come accanto alle ipotesi tradizionali sopra richiamate, in cui pacificamente si ravvisa un interesse giuridicamente rilevante del prestatore di lavoro alla esecuzione della prestazione lavorativa, ne vadano via via emergendo altre ove un simile interesse va affermandosi (13). Con efficace espressione, tali ipotesi vengono qualificate «a guisa di “sotto-sistemi” particolari a fronte dell’“universo generale” rappresentato dalla fattispecie-tipo “lavoro subordinato” ex art. 2094 cod. civ.» (14).

Pur constatando la progressiva e crescente emersione di casi in cui è possibile ravvisare un vero e proprio diritto del prestatore di lavoro all'esecuzione della prestazione lavorativa, la dottrina più recente esclude, però, che la struttura causale della fattispecie lavoro subordinato possa essere ricomposta sino al riconoscimento in via generale di un diritto di credito del prestatore di lavoro alla effettiva erogazione delle proprie energie lavorative. Si ritiene, cioè, che la proponibilità di operazioni ricostruttive generali (che si sostanzino nell'estensione alla fattispecie generale «lavoro subordinato» di un arricchimento funzionale della posizione soggettiva del prestatore d'opera nelle forme indicate) risulta preclusa, considerata la non omogeneità di valori che, di volta in volta, vengono in considerazione (15). La pretesa generalizzazione di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa poggerebbe, infatti, su basi normative alquanto evanescenti, essendo «il frutto di una costruzione teorica fondata su dati indiziari, la quale eleva a fenomeno generale una varietà di situazioni d'interesse nell'area della prestazione di lavoro, che o non sono di ricorrenza costante o lo sono con modalità o intensità diverse» (16). Un'altra posizione dottrinale analoga alla prece-

(12) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali*, cit., p. 121; sulla desumibilità in via di interpretazione dalla disciplina legale e convenzionale dei singoli contratti di ipotesi di diritto di prestare, non previste espressamente come tali dalla legge, si veda anche G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 241.

(13) Cfr. E. Balletti, *op. cit.*, p. 153.

(14) V. E. Balletti, *op. cit.*, p. 147.

(15) Cfr. ancora E. Balletti, *op. cit.*, p. 159.

(16) V. M. Grandi, *op. cit.*, p. 337.

dente ritiene che la situazione soggettiva del lavoratore in merito alla esecuzione della prestazione lavorativa sia di mero interesse e che in quanto tale, pur non modificando la struttura dell'obbligazione e non incidendo, quindi, sull'applicabilità al datore delle norme sulla *mora accipiendi*, venga tuttavia positivamente tutelata dalla legge in caso di sua violazione con il risarcimento del danno o con altre tecniche sanzionatorie (17).

3. — *Demansionamento e inattività* — La giurisprudenza, d'altra parte, riconosce espressamente in numerosissime sentenze, anche risalenti nel tempo, il diritto del prestatore di lavoro all'esecuzione della prestazione lavorativa (18). E ciò soprattutto nei casi in cui il prestatore di lavoro viene costretto dal datore di lavoro alla forzata inattività: casi nei quali viene più propriamente in considerazione la questione dell'esistenza a livello dogmatico del diritto alla esecuzione della prestazione in capo al lavoratore. Infatti, l'attribuzione di mansioni inferiori dà luogo a risarcimento dei danni perché costituisce inadempimento contrattuale (19), ma non tocca il diverso problema dell'esistenza del diritto ad adempiere effettivamente la prestazione lavorativa (20). L'affermazione di tale diritto costituisce, in effetti, l'esito di un passaggio successivo nella elaborazione della giurisprudenza, che equipara la fattispe-

(17) Cfr. V. Speciale, *op. cit.*, p. 224. Recentemente, V. Speciale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*, n. 45/2004, p. 49, che ribadisce la propria posizione affermando che se si ritenesse sussistente in capo al lavoratore un vero e proprio diritto al lavoro, si verificherebbe il paradosso per cui il lavoratore sarebbe allo stesso tempo obbligato a lavorare e titolare di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa.

(18) Cfr. Cass., 15 giugno 1983, n. 4106, in *NGL*, 1983, p. 451; Cass., 6 giugno 1985, n. 3372, in *OGI*, 1986, p. 931; Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *RIDL*, 1992, II, p. 976, con nota di A. Poso; Cass., 15 luglio 1995, n. 7708, in *RIDL*, 1996, II, p. 424, con nota di Franco; Cass., 4 ottobre 1995, n. 10405, in *FI*, 1995, I, p. 3133; Cass., Sez. lav., 14 novembre 2001, n. 14199, in *NGL*, 2002, p. 175, e Cass., 2 novembre 2001, n. 13580, in *LPO*, 2001, p. 1623; Cass. 27 agosto 2003, n. 12553, in *MGC*, fasc. 7-8; Cass., 22 febbraio 2003, n. 2763, in *OGI*, 2003, p. 311; Cass. 1° giugno 2002, n. 7967, in *NGL*, 2002, p. 761; Cass. Sez. lav., 8 novembre 2004, n. 21253, cit.

(19) Cfr. Trib. Milano, 16 ottobre 1998, in *OGI*, 1998, p. 915, secondo cui «la violazione dell'art. 2103 cod. civ. si inserisce nell'inadempimento contrattuale che può essere fonte di danno e del conseguente obbligo sussidiario del risarcimento».

(20) Cfr. nello stesso senso F. Giammaria, *Osservazioni in tema di danno da dequalificazione professionale*, in *GI*, 1997, I, 1, p. 926.

cie in cui il lavoratore sia stato «demansionato» a quella in cui egli sia stato privato di ogni mansione, quale esito della riflessione avente a oggetto la *ratio* della norma dell'art. 2103 cod. civ. (21).

Prima di addentrarsi nell'analisi degli orientamenti giurisprudenziali, occorre pertanto la necessità di una breve parentesi volta a chiarire come si possa qualificare dal punto di vista giuridico la situazione del lavoratore costretto alla forzata inattività, in quanto totalmente privato di ogni mansione; in particolare occorre verificare se tale situazione possa essere equiparata al caso di attribuzione al dipendente di mansioni inferiori al fine di una eguale sottoposizione sotto l'ombrello protettivo dell'art. 13 Stat. lav. Si è appena detto, infatti, che se è pacifica la violazione dell'art. 2103 cod. civ. nel caso in cui il lavoratore sia stato adibito dal datore di lavoro a mansioni inferiori, essendo proprio tale comportamento oggetto del divieto contenuto nella norma, nel caso di svuotamento di mansioni, invece, meno agevole e immediata è l'applicabilità della disposizione poiché, come si è già accennato, essa non contempla l'ipotesi di totale inattività coatta subita dal lavoratore.

La giurisprudenza non nutre alcun dubbio circa l'accostamento tra le due ipotesi: se il lavoratore ha il diritto a svolgere le mansioni per le quali è stato assunto, ovvero quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte, «tanto più egli, in via di principio, ha il diritto a non essere allontanato da ogni mansione, e cioè il diritto all'esecuzione della propria prestazione, cui il datore ha correlativamente l'obbligo di applicarlo» (22).

La Cassazione, conformemente alla giurisprudenza di merito (23), precisa, infatti, che «stanti la lettera e la *ratio* dell'art. 2103 cod. civ. la violazione di tale norma si ha identicamente sia nell'ipotesi di assegnazione del dipendente a mansioni inferiori, sia nell'ipotesi in cui il dipendente sia lasciato inattivo, in quanto il lavoro non è solo un mezzo di guadagno, ma costituisce un mezzo prevalentemente di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino» (24). In un'altra decisione

(21) Cfr., *ex plurimis*, Cass., 13 agosto 1991, n. 8835, in *NGL*, 1991, p. 740.

(22) Cfr., *ex plurimis*, Cass. 3 giugno 1995, n. 6265, in *RIDL*, 1996, II, p. 424, con nota di A. Vallebona.

(23) Cfr. Trib. Ferrara, 1° giugno 1993, in *LPO*, 1993, p. 2053; Trib. Roma, 28 febbraio 1990, in *L80*, 1990, p. 659; Pret. Milano, 28 dicembre 1990, in *RIDL*, 1991, II, p. 388.

(24) Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 2 gennaio 2002, n. 10, in *MGL*, 2002, 7, p. 430; Cass. civ., Sez. lav., 13 febbraio 1998, n. 1530, in q. *Riv.*, 1999, II, p. 264.

assai significativa, la Suprema Corte, facendo leva sulla tutela apprestata dall'art. 2103 cod. civ. avente a oggetto il patrimonio professionale del lavoratore, considera lesiva della disposizione appena citata anche «una modifica quantitativa delle mansioni assegnate al lavoratore che si traduca in una riduzione dei compiti lavorativi del dipendente», che «può determinare in concreto – in ragione dell'inattività o della ridotta attività [...] – un progressivo deperimento del bagaglio culturale del dipendente e una perdita di quelle conoscenze ed esperienze richieste dal tipo di lavoro svolto, che finiscono per tradursi, in ultima analisi, in un graduale appannamento della propria professionalità e in una più difficile futura utilizzazione» (25).

La dottrina, contrariamente alla giurisprudenza, appare divisa sulla possibilità di equiparare le due situazioni: una parte, facendo leva sulla stessa formulazione letterale dell'art. 13 Stat. lav., esclude che possa esserne estesa l'applicazione anche al caso di lesione della professionalità conseguente alla non utilizzazione del dipendente, potendo tale articolo essere correttamente interpretato «nel senso che, qualora il datore di lavoro intenda far lavorare il dipendente, deve rispettare la garanzia di tutela della professionalità prevista dalla norma» (26). In altri termini, la norma introdurrebbe un divieto di dequalificazione pensato in funzione del lavoro, ma non inciderebbe, trattandosi di un aspetto ulteriore, sulla facoltà del datore di lavoro di non utilizzare il dipendente.

Di contrario avviso altra parte della dottrina che, partendo dalla considerazione che sia l'attribuzione di mansioni inferiori, sia la costrizione alla totale inattività comportano una pari lesione al patrimonio professionale del lavoratore, ritiene equivalenti i due comportamenti (27). La sottrazione totale delle mansioni viene equiparata alla riduzione quantitativa delle stesse sulla base di un'argomentazione *a fortiori* scaturente dalla considerazione della *ratio* della norma consistente nel-

(25) Cfr. Cass., Sez. lav., 4 ottobre 1995, n. 10405, cit., p. 581.

(26) Ancora V. Speciale, *op. cit.*, p. 208.

(27) Cfr. U. Romagnoli, *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 1053; Idem, *Commento all'art. 13*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, II ed., 1979, Bologna-Roma, p. 259; nello stesso senso F. Liso, *La mobilità del lavoratore*, cit., p. 168, nota 49, secondo il quale va considerata alla stregua di una modifica delle mansioni contrattuali – e quindi fenomeno che non sfugge al controllo imposto dalla norma – anche la sottoutilizzazione delle capacità professionali del dipendente; analogamente, C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, p. 141.

la tutela della posizione professionale del lavoratore (28). Vi sarebbero, inoltre, secondo un diverso angolo visuale, in entrambi i casi, variazioni tali da «alterare» il modello di prestazione inizialmente convenuto in contratto (29).

In effetti, sembra del tutto condivisibile il tentativo di tutelare, attraverso un'operazione interpretativa imperniata sulla *ratio* della norma e fondata su ragioni di carattere sostanziale, non tanto il lavoro in sé e per sé, quanto la professionalità del dipendente. Corretto sembra anche il percorso argomentativo seguito, che pare più convincente di quello che esclude che il caso del lavoratore lasciato deliberatamente inattivo rientri nel campo di applicazione della norma dell'art. 13 Stat. lav. sulla base di argomentazioni formali, le quali tengono conto più della lettera della legge che non dei valori tutelati.

4. — *Il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa nella elaborazione giurisprudenziale* — Fatta questa precisazione ci si soffermerà ora ad analizzare la pletora di sentenze che, soprattutto a partire dagli anni novanta, riconoscono il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa, individuando principalmente, nell'ambito delle numerose decisioni in materia di demansionamento, due filoni giurisprudenziali: il primo che fa leva solo sull'art. 2103 cod. civ.; il secondo, in via di emersione, fondato sul combinato disposto dell'art. 2103 cod. civ. e dell'art. 2087 cod. civ.

Pare opportuno sottolineare sin d'ora due profili di interesse, che giustificano anche alcune delle scelte espositive adottate in queste pagine.

In primo luogo, come si vedrà, la giurisprudenza di merito è più precisa di quella di legittimità nel delineare le argomentazioni tecnico-giuridiche alla base dell'affermazione dell'esistenza del diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa. Per questo motivo, nel paragrafo, si riporteranno principalmente le motivazioni delle decisioni di merito, perché esse consentono di comprendere meglio il percorso argomentativo seguito dai giudici, mentre si ha l'impressione che la Cassazione spesso si limiti ad acquisire le conclusioni cui si è pervenuti nei primi gradi di giudizio. E ciò si verifica in maniera assai marcata soprattutto nell'ambito del filone incentrato sulla valorizzazione dell'art. 13 Stat. lav.

(28) Cfr. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il Codice Civile - Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1997, p. 284.

(29) Cfr. C. Pisani, *op. cit.*, p. 141.

La seconda osservazione concerne il complesso delle motivazioni adottate dalla giurisprudenza. Giova sin d'ora registrare che, in alcune sentenze, il convincimento dei giudici circa l'esistenza di un diritto a lavorare si può desumere solo indirettamente da motivazioni, per la verità, piuttosto scarse; in altre, invece, tale diritto viene lucidamente ed espressamente affermato, con argomentazioni tecnicamente corrette, quale strumento per preservare la professionalità o la personalità morale del lavoratore.

L'orientamento giurisprudenziale incentrato sull'art. 13 Stat. lav. qualifica illegittimo il comportamento del datore di lavoro che, attribuendo al dipendente mansioni inferiori, gli provoca un danno alla professionalità (30), consistente nel «decremento, o nel mancato incremento, delle conoscenze teoriche, delle capacità pratiche, delle esperienze e delle specifiche abilità che si acquisiscono mediante l'esercizio dell'attività lavorativa» (31).

(30) *Ex plurimis*, cfr. Cass., 16 dicembre 1992, n. 13299, in *D&L*, 1993, p. 315; Cass., Sez. lav., 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Lav. giur.*, 2000, p. 244; Cass., Sez. lav., 4 agosto 2000, n. 10284, in *Lav. giur.*, 2001, p. 78; Pret. Roma, 20 febbraio 1995, in *RIDL*, 1996, p. 65; Pret. Milano, 18 luglio 1995, in *NLCC*, 1996, parte prima, p. 325; Pret. Milano, 26 agosto 1996, in *D&L*, 1997, p. 140; Pret. Milano, 7 gennaio 1997, in *D&L*, 1997, p. 593; Pret. Milano, 9 aprile 1998, in *D&L*, 1998, p. 704; Trib. Milano, 24 gennaio 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 569.

(31) Così, Trib. Roma, 28 febbraio 1990, cit., p. 659, secondo la quale la privazione dell'attività lavorativa corrispondente alla qualifica determina «una riduzione della posizione professionale, della possibilità di ulteriore affinamento delle capacità di lavoro e delle opportunità di successo e occupazionali». Secondo Pret. Roma 20 febbraio 1995, cit., p. 65: «l'art. 2103 cod. civ. in tema di *ius variandi* implica che le nuove mansioni debbano essere aderenti alla specifica competenza tecnico-professionale del dipendente, salvaguardandone il livello professionale, e debbano, in ogni caso, essere tali da consentire la piena utilizzazione o, addirittura, l'arricchimento del patrimonio professionale acquisito nella pregressa fase del rapporto». Nello stesso senso, Pret. Milano, 26 agosto 1996, in *RIDL*, 1997, II, p. 740, con nota di Pappalardo; Cass., 6 novembre 1998, n. 11216, *ivi*, 1998, p. 2289; Cass. 10 agosto 1999, n. 8577, in *MGC*, 1999, 1797; Trib. Salerno, 29 maggio 2000, in *Lav. giur.*, 2000, p. 974; Cass., Sez. lav., 1° settembre 2000, n. 11457, in *Lav. giur.*, 2001, p. 173. In dottrina, v. G. Giugni, *Qualifica, mansioni e tutela della professionalità*, in *q. Riv.*, 1973, p. 3, che osserva come «le mansioni di assunzione contengano il Dna dello sviluppo professionale futuro»; anche A. Minervini, *La formazione professionale e la professionalità*, in *Innovazione tecnologica e professionalità del lavoratore*, Padova, 1987, p. 101, afferma che «tramonta l'idea di professionalità intesa come patrimonio accumulato da garantire nei confronti dell'impresa all'atto dell'assunzione e si crea invece la concezione della professionalità intesa come processo, che inizia dal livello di qualificazione raggiunto nel sistema formativo e continua nello svolgimento del rapporto di lavoro».

Il ragionamento seguito non è però esplicitato in maniera chiara in tutte le sentenze; spesso, come si è già accennato, si ricava l'impressione, a fronte della generale e diffusa carenza di argomentazioni circa i percorsi logico-argomentativi seguiti nelle decisioni, che la giurisprudenza di legittimità si muova sulla base dell'impulso trasmesso dalla giurisprudenza di merito, adeguandosi semplicemente agli esiti cui perviene quest'ultima.

In maniera sintetica, infatti, alcune decisioni affermano che è coerente con la *ratio* che informa l'art. 2103 cod. civ. «l'affermazione che detta norma sia tesa a far salvo il diritto del lavoratore alla utilizzazione, al perfezionamento e all'accrescimento del proprio corredo di nozioni, di esperienza e di perizia acquisito nella fase pregressa del rapporto» (32); altre dichiarano la sussistenza di un diritto di eseguire la prestazione lavorativa quale «situazione soggettiva» che non spetta più, come avveniva tradizionalmente, esclusivamente al datore di lavoro, ma è riconosciuta anche al lavoratore (33).

Le sentenze di merito, invece, con motivazione assai più estesa e argomentata, puntualizzano in maniera più specifica la relazione tra il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa e la conservazione e lo sviluppo del patrimonio professionale del lavoratore (34).

Pare opportuno riportare un passo della motivazione di una sentenza, perché esso costituisce, per così dire, il paradigma del ragionamento seguito dal filone giurisprudenziale che fonda il diritto al lavoro sull'art. 13 Stat. lav.

Nella sentenza del Tribunale di Roma del 28 febbraio 1990 si legge che «l'art. 2103 cod. civ., nello stabilire che il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, configura un preciso obbligo – e non già soltanto un onere *ex art.* 1206 cod. civ. – del datore di lavoro di consentire al lavoratore lo svolgimento delle sue mansioni, e quindi anche un correlativo diritto del lavoratore a espletarle. Il

(32) Vengono richiamate, in proposito, Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *DG*, 1992, p. 587; Cass. 10 febbraio 1988, n. 1437, in *MGC*, 1988; Cass. 6 giugno 1985, n. 3372, in *FI*, 1986, I, p. 142; Cass. 15 giugno 1983, n. 4106, in *GC*, 1984, I, p. 233, a cui può aggiungersi Cass. 15 luglio 1995, n. 7708, in *RIDL*, 1996, II, p. 424.

(33) Cfr. Cass., Sez. lav., 3 giugno 1995, n. 6265, in *RIDL*, 1996, II, p. 363, con nota di A. Vallebona, e Cass. 18 maggio 1995, n. 5482, in *MGC*, 1995, p. 1028.

(34) Cfr. Trib. Roma, 28 febbraio 1990, in *L80*, 1990, p. 659; Pret. Milano, 9 dicembre 1997, in *D&L*, 1997, p. 421.

che corrisponde alla *ratio* di una norma che è essenzialmente diretta anche alla salvaguardia dell'interesse del lavoratore alla conservazione del proprio patrimonio professionale nonché all'accrescimento, allo sviluppo e all'affinamento di esso mediante l'esercizio stesso dell'attività lavorativa. La visione di tale obbligo e del corrispondente diritto – sia che si concretizzi nell'assegnazione di mansioni inferiori, sia che si manifesti come privazione di ogni mansione – dà luogo alle conseguenze di cui all'art. 1453 cod. civ. Pertanto il lavoratore che in tale ipotesi non intenda recedere per giusta causa dal rapporto, può chiedere al giudice di condannare il datore di lavoro all'adempimento di tale obbligo, salvo in ogni caso il risarcimento del danno» (35). Si osservi che la motivazione appare particolarmente completa e approfondita, perché non si limita ad affermare l'esistenza di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa, ma si sofferma anche sulle conseguenze che dal riconoscimento di un simile diritto possono derivare sulla posizione del datore di lavoro quale creditore della prestazione (36). La sentenza considera, infatti, il datore di lavoro come soggetto obbligato, e non solo onerato, a consentire l'adempimento dell'obbligazione lavorativa.

Più recentemente, un'altra sentenza di merito si segnala per la precisione con la quale delinea il fondamento normativo del diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa; la sua motivazione, a mio avviso, costituisce la sintesi inequivocabile delle argomentazioni logico-giuridiche espresse dalla dottrina minoritaria che sostiene l'esistenza di tale diritto. Essa afferma che «l'art. 2103 cod. civ. configura un vero e proprio obbligo del datore di lavoro di consentire al lavoratore lo svolgimento delle sue mansioni e quindi un correlativo diritto del lavoratore a espletarle, in quanto trova la sua ragion d'essere nella tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del proprio patrimonio professionale e allo sviluppo di questo patrimonio attraverso l'esercizio dell'attività lavorativa stessa» (37).

(35) Trib. Roma, 28 febbraio 1990, cit., p. 659; in senso conforme, Pret. Roma, 12 gennaio 1990, in *DPL*, 1990, p. 1508, con nota di E. D'Avossa; Pret. Roma, 3 ottobre 1991, in *D&L*, 1992, p. 391; Pret. Milano, 21 gennaio 1992, *ivi*, 1992, p. 417; Pret. Roma, 17 aprile 1992, in *RIDL*, 1993, p. 543, con nota di V. A. Poso; Trib. Ferrara, 1° giugno 1993, in *LPO*, 1993, p. 2053; Pret. Milano 29 gennaio 1994, in *D&L*, 1994, p. 635; Pret. Monza, 14 novembre 1994, *ivi*, 1995, p. 375; Pret. Roma, 20 febbraio 1995, *ivi*, 1995, p. 963.

(36) Si rammenti che questa è una delle critiche rivolte da V. Speciale, *op. cit.*, p. 207, alle teorie che si limitano ad affermare l'esistenza del «diritto al lavoro», senza analizzare le conseguenze di tale impostazione sulla posizione creditoria del datore di lavoro.

(37) Cfr. Pret. Milano, 1° aprile 1998, in *D&L*, 1998, p. 993.

E ciò sul presupposto che «la professionalità di un lavoratore dipende ed è costituita non solo dalle nozioni teoriche ma dalle capacità applicative delle stesse nella prassi lavorativa; essa si forma nel rapporto con le esigenze concrete poste dalla pratica quotidiana e viene conservata, se non stimolata e incrementata, dall'attività quotidiana e dalla pratica» (38). Dalle decisioni cui si è fatto riferimento emerge che la configurabilità del diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa non viene direttamente affermata, ma viene argomentata dalla rilevanza di «mezzo» a «fine» che si ritiene anettere alla esecuzione materiale della prestazione lavorativa rispetto alla tutela del valore professionalità (39). Siamo in presenza, più precisamente, di un'argomentazione sillogistica la cui premessa maggiore consiste nella tutela del bene professionalità contenuta nell'art. 13 Stat. lav., quella minore nella constatazione che l'esecuzione della prestazione lavorativa è strumentale all'accrescimento e alla conservazione del patrimonio professionale del lavoratore, *ergo* rientra tra i diritti di quest'ultimo eseguire effettivamente il proprio lavoro (40).

Tale riconoscimento si riscontra anche nel filone giurisprudenziale, assai più recente, che sta via via prendendo piede e che fa leva sul combinato disposto dell'art. 2103 cod. civ. e dell'art. 2087 cod. civ., considerando i casi di demansionamento come lesivi a un tempo della professionalità del lavoratore e della sua personalità morale (41).

(38) Cfr. Pret. Milano, 19 febbraio 1999, in *D&L*, 1999, p. 886; Pret. Milano, 26 agosto 1996, in *D&L*, 1997, p. 140. In senso conforme, Cass. 7 luglio 2001, n. 9228, in *D&L*, 2001, p. 999. Un caso assai interessante è quello deciso recentemente dal Tribunale di Roma avente a oggetto il demansionamento di un noto giornalista televisivo per l'argomentazione contenuta nell'ordinanza di chiusura della fase cautelare. In essa si legge, infatti, che per valutare la sussistenza della violazione dell'art. 2103 cod. civ. occorre tener conto della particolarità dell'attività svolta dal lavoratore e, quindi, «degli aspetti legati alla visibilità, che costituiscono [...] estrinsecazione di una specifica capacità di confrontarsi con i problemi della diretta televisiva e con quello di comunicare con l'immagine propria le informazioni». Si veda Trib. Roma, 9 dicembre 2002, ord., in *RIDL*, 2003, II, p. 332, con nota di G. Pera, *Sulla posizione del conduttore di programma televisivo di attualità*. Sulla stessa fattispecie, cfr. T. Roma, 15 febbraio 2005, in *FI*, 2005, n. 4, I, p. 1233.

(39) Cfr. E. Balletti, *op. cit.*, p. 137.

(40) Il ragionamento sillogistico si riscontra altresì nei tre filoni dottrinali minoritari che affermano l'esistenza del diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa. Sul punto, si rimanda alla nota n. 4.

(41) Cfr. Cass., Sez. lav., 14 novembre 2001, n. 14199, in *NGL*, 2002, p. 175, afferma chiaramente che il lavoro costituisce non soltanto un mezzo di sostentamento o di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità del lavoratore.

Questo perché «il mutamento di mansioni, dato il coinvolgimento dell'individuo nell'esecuzione della prestazione lavorativa, può comportare seri pericoli di deteriorabilità e di irreversibilità per i beni fondamentali della persona-lavoratore, quali la professionalità e l'immagine professionale, la dignità e la personalità morale, nonché la stessa integrità psico-fisica» (42). Più in generale, secondo l'orientamento giurisprudenziale che si sta esaminando, il demansionamento professionale di un lavoratore non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 cod. civ., ma costituisce «lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro» (43).

Si può osservare che possono essere fatte rientrare in tale filone interpretativo anche quelle decisioni che considerano costantemente il demansionamento lesivo sia della professionalità del lavoratore sia della espressione della sua personalità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro (44), riconoscendogli i relativi danni, senza fare però alcuna menzione dell'art. 2087 cod. civ.

Pare, inoltre, che la ricostruzione che fa leva sul combinato disposto dell'art. 2103 cod. civ. e dell'art. 2087 cod. civ. costituisca in un certo senso lo sviluppo dell'orientamento giurisprudenziale che fonda il diritto al lavoro solo sull'art. 13 Stat. lav., essendo già contenuto in nuce in alcune sentenze ascrivibili a tale orientamento, nel momento in cui esse affermano che «il lavoro non è solo un mezzo di guadagno, ma costituisce un mezzo prevalentemente di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino» (45).

(42) M. Brollo, *op. cit.*, p. 254; in giurisprudenza Trib. Milano, 26 novembre 1999, in *D&L*, 2000, p. 399; Trib. Milano, 26 aprile 2000, in *D&L*, 2000, p. 751.

(43) Cfr. Cass., Sez. lav., 6 novembre 2000, n. 14443, in *NGL*, 2001, p. 170; Cass. 1° giugno 2002, n. 7967, in *RFI*, Lavoro (rapporto) [3890], n. 195, 2002; Cass. 12 novembre 2002, n. 15868, in *RFI*, Danni civili [2020], n. 72, 2002; Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in *OGI* 2003, I, p. 311.

(44) Cfr. Trib. Roma, 4 aprile 2000, in *OGI*, 2000, p. 370: il demansionamento non viola solo la professionalità, ma anche, più in generale, il diritto alla libera esplicazione della personalità del lavoratore; Cass. civ. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *RCP* 2000, p. 626, secondo cui «il demansionamento professionale di un lavoratore non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 cod. civ., ma ridonda in lesione del diritto fondamentale da riconoscere al lavoratore, anche in quanto cittadino, alla libera esplicazione della personalità nel luogo di lavoro». La circostanza che la norma dell'art. 13 Stat. lav. tutelerebbe altresì la libertà e la dignità del prestatore di lavoro, essendo collocata nel Titolo I dello Statuto dei lavoratori, viene affermata da C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, cit., p. 129.

(45) Cfr., ad esempio, Cass., Sez. lav., 13 agosto 1991, n. 8835, cit., p. 956.

La giurisprudenza più recente (46), sviluppando tale linea, e prendendo le mosse da quell'orientamento giurisprudenziale che ravvisava nel caso di demansionamento la violazione contestuale degli artt. 2103 e 2087 cod. civ. (47), non si limita ad affermare che «nel caso di sottrazione totale di mansioni non viene leso solo il diritto alla professionalità, ma anche il “diritto – che è di tutti e di rilevanza costituzionale – alla libera esplicazione della personalità anche nel luogo di lavoro”, la cui lesione si verifica per il riflesso che la dequalificazione professionale ha, sia nell'ambiente di lavoro che all'esterno, sulla dignità dell'uomo e del lavoratore, sulla aspettativa di carriera, sull'immagine e sulla vita di relazione con riferimento anche allo *status* sociale», ma sancisce espressamente che il comportamento datoriale lesivo di tale diritto a rilevanza costituzionale viola anche l'art. 2087 cod. civ. «che impone al datore di lavoro di adottare tutte le cautele necessarie a tutelare l'integrità della personalità morale del lavoratore» (48). In consonanza con quanto era già stato evidenziato dalla dottrina (49), la norma dell'art. 2087 cod. civ. viene pertanto riletta dalla giurisprudenza in esame alla luce delle norme costituzionali: più precisamente, in relazione non solo all'art. 32 Cost., ma anche agli artt. 2, 3 e 41, comma 2, Cost. che proteggono la «personalità» e la «dignità» del prestatore di lavoro.

Anche in questo caso è stato sottolineato che l'*iter* logico-concettuale del sindacato giudiziale segue «un ragionamento sillogistico in due tempi» (50): la sottrazione totale o parziale di mansioni determina in un primo tempo il danno alla professionalità; questa, a sua volta, può determinare la lesione all'integrità psico-fisica e/o alla personalità del lavoratore, *ex art.* 2087 cod. civ., poiché «il demansionamento costitui-

(46) Cfr. Trib. Treviso, Sez. lav., 13 ottobre 2000, in *LPO*, 2000, p. 2325; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2000, in *Lav. giur.*, 2001, p. 364; Cass., Sez. lav., 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Lav. giur.*, 2000, p. 244; Cass., Sez. lav., 6 novembre 2000, n. 14443, in *MGC*, 2000, p. 2263; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, in *MGL*, 2002, p. 7; Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *q. Riv.*, 2002, II, p. 233. Nello stesso senso, precedentemente, cfr. Cass., Sez. lav., 16 dicembre 1992, n. 13299, in *D&L*, 1993, p. 319; nella giurisprudenza di merito, cfr. Pret. Milano, 28 dicembre 1990, in *RIDL*, 1991, II, p. 388; Pret. Roma, 3 ottobre 1991, in *D&L*, 1992, p. 390; Pret. Napoli, 10 ottobre 1992, in *FI*, 1993, c. 2883.

(47) Cfr., *ex plurimis*, Pret. Milano, 11 gennaio 1996, in *D&L*, 1996, p. 741.

(48) Cfr., in particolare, Trib. Treviso, cit., p. 2325.

(49) Cfr. L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 1994, I, p. 317; M. Brollo, *op. cit.*, p. 257; C. Pisani, *La modifica delle mansioni*, cit., p. 129.

(50) Cfr. M. Brollo, *op. cit.*, p. 268.

sce offesa alla dignità professionale del prestatore intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità nel contesto lavorativo» (51).

Appare di tutta evidenza, dunque, come il meccanismo per giungere a fondare, anche se implicitamente, il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa sia lo stesso delineato dal filone giurisprudenziale imperniato solo sull'art. 2103 cod. civ. In più, la giurisprudenza sfrutta le potenzialità di tutela offerte dall'art. 2087 cod. civ. ben oltre la tutela dell'integrità fisica (52), sancendo che la violazione di tale disposizione «legittima il lavoratore a ricorrere al giudice per ottenere la condanna del datore di lavoro all'adempimento degli obblighi posti a tutela della sua personalità morale oltre che al risarcimento del danno» (53).

In maniera analoga un filone giurisprudenziale minoritario ricostruisce il diritto del lavoratore alla esecuzione della prestazione lavorativa come un diritto di credito del lavoratore a «uno sviluppo della sua personalità garantito sia dallo svolgimento dell'attività lavorativa in quanto tale, sia mediante tutta una serie di diritti non patrimoniali, che trovano attuazione solo nello svolgimento dinamico del rapporto di lavoro» (54). Ciò per ritenere il datore di lavoro inottemperante all'ordine di reintegra passibile di sanzioni *ex art.* 388 cod. pen. (55).

(51) Cfr. Cass., Sez. lav., 6 novembre 2000, n. 14443, cit., p. 2263.

(52) Cfr. M. Brollo, *op. cit.*, p. 287. Occorre dare atto, però, di un orientamento minoritario della giurisprudenza, secondo il quale in caso di dequalificazione la responsabilità contrattuale del datore è tipizzata dal solo art. 2103 cod. civ. e non anche dall'art. 2087 cod. civ., che tutela la salute del lavoratore con specifico riferimento all'ambiente di lavoro, con la conseguenza che l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per danni alla salute, connessi al demansionamento, è di natura aquiliana con conseguente onere in capo al lavoratore di provare danno e nesso di causalità. Cfr. sul punto Pret. Torino, 27 gennaio 1994, in *Lav. giur.*, 1994, p. 3063; nello stesso senso, in dottrina, F. Giammaria, *Osservazioni in tema di danno da dequalificazione professionale*, in *GI*, 1997, p. 925.

(53) Cfr. Pret. Roma, 3 ottobre, 1991, cit., p. 399.

(54) Cfr., *ex plurimis*, Pret. Catanzaro 19 marzo 1999, in q. *Riv.*, 2000, II, p. 315.

(55) Cfr. U. Gargiulo, *Sulla sanzionabilità ex art. 388 cpv. cod. pen. Dell'omessa reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in q. *Riv.*, 2000, p. 318. Sulla configurabilità della tutela penale in caso di inadempimento del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione del lavoratore, si veda A. Giuffrè, *L'adempimento del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione del Pretore*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, Torino, 1998, p. 355.

Circa le opinioni favorevoli e contrarie alla configurabilità in capo al datore di lavoro non ottemperante all'ordine di reintegrazione della disposizione dell'art. 388 cod. proc. civ., si veda ancora A. Giuffrè, *op. ult. cit.*, p. 359. *Contra* Trib. Milano 23 dicembre 1976, in *OGL*, 1977, p. 302, in cui si sostiene che non può configurarsi il

È di tutta evidenza come la ricostruzione argomentativa contenuta nel richiamato filone giurisprudenziale, strumentale all'applicazione al caso di specie della citata disposizione dell'art. 388 cod. pen., sia del tutto simile a quella dell'indirizzo giurisprudenziale che considera il demansionamento lesivo a un tempo della professionalità e della dignità personale del lavoratore. Essa sembra altresì riecheggiare l'opinione dottrinale che evidenzia la stretta connessione che si instaura tra l'interesse al mantenimento del posto di lavoro e la tutela della professionalità (56), nel senso che «la connessione tra l'art. 13 e l'art. 18 Stat. lav. rafforza sul piano sistematico l'esigenza di proteggere l'interesse del lavoratore (non già alla sola retribuzione, bensì anche) all'esecuzione della prestazione convenuta» (57). La professionalità costituisce, in altre parole, la chiave di volta per l'emersione di posizioni soggettive di diritto del prestatore di lavoro. La dottrina più attenta osserva infatti che attraverso la tutela della professionalità è possibile elevare al rango di diritto la conservazione del rapporto – ciò che preminentemente costituisce oggetto dell'obbligazione fondamentale del lavoratore –, sottolineando che «proprio in questa luce non sarebbe in contrasto con la struttura del rapporto obbligatorio la contemporanea sussistenza, di cui vi sono sicure tracce nell'ordinamento, del diritto a lavorare, rendendo così più concreta di quanto non consentano a tal fine gli schemi civilistici della cooperazione all'adempimento la prospettiva della pretesa del lavoratore di fronte al rifiuto di ricevere la prestazione» (58).

reato previsto dall'art. 388, comma 2, del codice penale. Cfr. sul punto, da ultimo, A. Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001, pp. 105 ss.

(56) E. Balletti, *op. cit.*, p. 137; F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 95 ss. M. Napoli, *op. cit.*, p. 137.

(57) Cfr. U. Romagnoli, *Commento all'art. 18 Stat. lav.*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1979, p. 111. Conseguenza pratica immediata della connessione descritta nel testo è la configurabilità del danno alla professionalità tra i danni risarcibili in caso di mancata reintegrazione. Un accenno al collegamento tra art. 13 e art. 18 Stat. lav. si riscontra altresì in Cass., Sez. lav., 10 ottobre 1998, n. 6005, in q. *Riv.*, 1999, II, p. 248, nella quale si afferma chiaramente che la misura cautelare con la quale il giudice dispone, ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., la reintegrazione provvisoria del lavoratore «rappresenta una tutela interinale della continuità del reddito e del patrimonio professionale, meramente strumentale rispetto alla tutela definitiva». Sulla possibilità per il lavoratore leso nel suo diritto alla professionalità di attivare la tutela d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ., si veda C. Pisani, *op. cit.*, p. 225.

(58) M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto. Studi in onore di L. Mengoni*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1995, p. 1123.

4.1. — Il rapporto mezzo a fine tra il diritto all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa e la tutela della professionalità presuppone e trova origine nell'idea che quest'ultima «si autoalimenta con l'esercizio costante della professione e l'aggiornamento insito nella stessa», con la conseguenza che, in caso di mancato esercizio, le capacità professionali del prestatore di lavoro si immiseriscono (59).

La tutela della professionalità esige, in altre parole, che il dipendente sia posto in condizioni di esercitare concretamente ed effettivamente la propria attività lavorativa (60). Infatti, essa «significa maturazione, esperienza, maggiore abilità, nell'ambito di un'attività sempre di identico contenuto» (61), dipendendo ed essendo costituita, come si è già visto, non solo dalle nozioni teoriche, ma dalle capacità applicative delle stesse nella prassi lavorativa: «la professionalità si forma nel rapporto con le esigenze concrete poste dalla pratica quotidiana e viene conservata, se non stimolata e incrementata, dall'attività quotidiana e dalla pratica» (62).

Il nesso tra la pratica lavorativa e l'accrescimento professionale sta alla base della progressiva emersione di un interesse del prestatore alla

(59) Cfr. Cass. 7 luglio 2001, n. 9228, in *LPO*, 2001, p. 1405.

(60) Cfr. Cass., Sez. lav., 1° settembre 2000, n. 11457, in *NGL*, 2001, p. 38; Cass., Sez. lav., 16 febbraio 1998, n. 1615, in *RFI*, Lavoro e previdenza (controversie) [3880], n. 256, 1998.

(61) Si veda, per tutte, Cass. Civ., Sez. lav., 13 giugno 1998, n. 5938, in *RFI*, Lavoro (rapporto) [3890], n. 833, 1998. Analogamente Pret. Milano, 19 febbraio 1999, cit., p. 886; Pret. Milano, 26 agosto 1996, cit., p. 140.

(62) Cfr. Pret. Milano, 19 febbraio 1999, in *D&L*, 1999, p. 886; Pret. Milano, 26 agosto 1996, in *D&L*, 1997, p. 140. La convinzione corretta che il patrimonio professionale acquisito possa svilupparsi attraverso l'esercizio in concreto dell'attività lavorativa trova conferma, del resto, anche in alcune disposizioni legislative più recenti. F. Guarriello, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, 2000, p. 70, ad esempio, fa riferimento alla legge n. 196/1997, «dove il legislatore ha inteso favorire, in coerenza con le linee ispiratrici della legge n. 196/1997, l'elemento costituito dall'acquisizione di *work experiences* che, se adeguatamente sorrette da attività formative e di orientamento, possono tradursi in elementi costitutivi di competenze spendibili nella direzione di una stabilizzazione dei suddetti rapporti». Pare opportuno precisare che il d.lgs. n. 276/2003, introducendo il contratto di somministrazione, ha abrogato gli articoli da 1 a 11 della legge n. 196/1997, senza prevedere espressamente, come avveniva nella legge n. 196/1997, il diritto del lavoratore allo svolgimento della missione presso l'utilizzatore. Secondo C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 116, tale diritto potrebbe essere comunque riconosciuto sulla base della disciplina generale, in forza del richiamo alla ordinaria disciplina del lavoro subordinato, nel caso di contratto a tempo indeterminato, ovvero alla disciplina del lavoro a termine nel caso di contratto a tempo determinato.

professionalità, rispetto al quale il diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa sarebbe in relazione solo funzionale (63).

Poiché dalle decisioni riportate emerge che la preoccupazione della giurisprudenza, sia di legittimità, sia di merito, è quella di salvaguardare la professionalità del lavoratore intesa in senso dinamico (64), per cui il dipendente deve essere adibito a funzioni confacenti alle proprie qualità e finalizzate alla progressiva evoluzione delle stesse (65), pare ragionevole correggere le conclusioni cui pervengono le sentenze esaminate, affermando che da esse emerge il riconoscimento, più che di un diritto a lavorare, di un diritto del lavoratore a esprimere concretamente la propria professionalità (66). Il diritto alla effettiva esecuzione della prestazione lavorativa – lo si è detto più vol-

(63) Cfr. G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965, Milano, p. 241, il quale già intuiva, sulla scorta dell'art. 75 della legge spagnola sul contratto di lavoro del 1944, l'emersione «di un più comprensivo principio giuridico, secondo il quale il datore deve consentire al lavoratore un'occupazione effettiva quando, secondo le circostanze, il rifiutarla pregiudicherebbe la sua formazione o il suo perfezionamento professionale»

(64) Cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. lav., 16 febbraio 1998, n. 1615, in *MGC*, 1998, p. 345; Cass., 20 settembre 1990, n. 9584, in q. *Riv.*, 1991, II, p. 248, con nota di Prasca; Cass., 2 luglio 1992, n. 8114, in *DPL*, 1992, p. 2611; Cass., 26 gennaio 1993, n. 931, in *RIDL*, 1994, p. 149, con nota di A. Pizzoferrato; Trib. Milano 18 novembre 1992, in *D&L*, 1993, p. 331; Pret. Napoli, 4 giugno 1991, in *DPL*, 1991, p. 3053; U. Gargiulo, *Rigidità e flessibilità nel mutamento di mansioni*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2001, p. 428, analizza il passaggio dalla concezione statica della professionalità a quella dinamica.

(65) Cfr. Trib. Venezia, 31 ottobre 2001, in *RFI*, Lavoro (rapporto) [3890], n. 808, 2001; Pret. Genova, 15 maggio 1998, in *D&L*, 1998, p. 987; Cfr. Cass., Sez. lav., 4 ottobre 1995, n. 10405, in *RIDL*, 1996, II, p. 578; in dottrina, si veda F. Liso, *op. cit.*, p. 185; Cfr., sul punto, A. Raffi, *Danni alla professionalità e da perdita di «chances»*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, p. 61. Secondo F. Guarriello, *op. cit.*, p. 238, la stessa interpretazione dell'art. 2103 cod. civ., come novellato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, privilegia in quella fase una lettura della norma che, in ragione della scomparsa della menzione dell'interesse dell'impresa, vede invece sottolineato, attraverso il richiamo alla nozione di equivalenza, l'interesse alla tutela della professionalità del lavoratore, intesa (anche) in senso dinamico, come «valorizzazione delle capacità soggettive, attuali e potenziali», laddove «la contrattazione collettiva fornisca la strumentazione adeguata a valorizzare tale profilo».

(66) Acutamente F. Guarriello, *op. cit.*, p. 287, sottolinea che «la tutela della professionalità, bene tra i più preziosi, che costituisce al contempo qualità della persona e interesse primario dell'organizzazione, oggi non può quindi che essere concepita in senso dinamico nelle realtà aziendali che vivono forti trasformazioni organizzative, pena la inutilizzabilità della norma così come formulata».

te nelle pagine precedenti – si pone in relazione solo strumentale con la protezione del patrimonio professionale del lavoratore (67).

Appare pertanto evidente che l'intendimento delle sentenze, nonostante le affermazioni altisonanti proclamanti il diritto al lavoro, sia in realtà quello di tutelare il valore professionalità, nel senso che l'esecuzione della prestazione lavorativa è riconosciuta e tutelata quale diritto del prestatore di lavoro solo e unicamente nel caso in cui tra essa e l'accrescimento o, quanto meno, il mantenimento del patrimonio professionale del lavoratore possa essere ravvisato un rapporto di mezzo a fine. Non a caso, a conferma del fatto che è il diritto alla professionalità a essere affermato e non il diritto al lavoro, in alcune delle sentenze più recenti relative alle medesime fattispecie di demansionamento o di forzata inattività non vi è più cenno al diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa, ma si parla solo di lesione alla professionalità (68).

A conferma di quanto appena sostenuto si può notare che in una sentenza si legge chiaramente che il demansionamento è causa di danno «alla dignità e alla personalità del dipendente» in considerazione dell'alto livello professionale occupato e del fatto che esso costituiva lo «sbocco naturale di una lunga carriera mirata alla crescita delle funzioni decisionali e di direzione, con la conseguenza che il demansionamento è altresì causa di danno all'identità professionale e all'immagine che egli offre nella società civile» (69).

(67) Vi è, in alcune sentenze, una valorizzazione, una tutela particolarmente forte della professionalità: si veda Cass., Sez. lav., 12 ottobre 1999, n. 11479, in *NGL*, 2000, p. 45; Trib. Busto Arsizio, 20 maggio 1993, in *D&L*, 1994, p. 143, in cui si prevede, in caso di assegnazione a mansioni inferiori, il diritto del lavoratore a ottenere la condanna del datore di lavoro all'assegnazione a mansioni equivalenti, configurando una tutela reale della professionalità.

(68) Cfr. Trib. Milano, 17 marzo 2001, in *OGI*, 2001, p. 47; Cfr. Trib. Roma 15 febbraio 2005, cit.; Pret. Milano 12 dicembre 1997, cit., p. 977. Cass., Sez. lav., 17 luglio 1998, n. 7040, in *RFI*, Lavoro (rapporto) 3890, n. 891, e così Cass., Sez. lav., 10 aprile 1996, n. 3340, in *RIDL*, 1997, II, p. 66; Cass., Sez. lav., 22 aprile 1995, n. 4561, in *MGL* 1995, p. 384; a conferma del fatto che è il diritto alla professionalità e non un diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa l'oggetto della tutela, si consideri che un filone giurisprudenziale esclude che il lavoratore abbia diritto al risarcimento del danno alla professionalità nel caso in cui, causa la sua brevità, il demansionamento subito dal lavoratore sia inidoneo a fondare un apprezzabile pregiudizio. Si veda sul punto Cass. civ., Sez. lav., 26 gennaio 1993, n. 931, in *RIDL*, 1994, II, p. 149. Secondo C. Alessi, cit., p. 119, anche quando le mansioni assegnate al lavoratore sono semplici e ripetitive, e non solo in caso di mansioni di elevato contenuto professionale, sussiste il diritto di lavorare.

(69) Cfr. Pret. Milano 9 dicembre 1997, cit., p. 976.

Nella stessa linea, un'altra decisione precisa che «il principio di tutela della professionalità si pone in particolare per le attività che presentino un complesso contenuto, laddove il patrimonio di conoscenze e la progressiva autonomia operativa maturata rappresentano momenti di impegno, di cui si è avvantaggiato il datore di lavoro, ma anche di irrinunciabile qualificazione personale» (70).

Dalle parole della decisione appena riportata emerge come la professionalità possa rappresentare il punto di incontro tra gli interessi del prestatore di lavoro e quelli del datore di lavoro, attraverso il contratto di lavoro che costituisce, come è stato autorevolmente affermato, «lo strumento utilizzabile dal datore per acquisire le professionalità soggettive senza le quali né l'organizzazione del lavoro potrebbe funzionare, né il lavoratore potrebbe esplicare la sua personalità» (71).

Anche dottrina autorevole si è da tempo soffermata sulla centralità della professionalità nel sinallagma genetico del contratto di lavoro, rileggendo l'art. 2094 cod. civ., ritenendo che «è la professionalità oggetto dello scambio: professionalità contro retribuzione» (72).

Ciò è del resto coerente con la linea di politica del diritto, emergente soprattutto a livello comunitario, volta a favorire l'impiegabilità e l'adattabilità del lavoratore nel mercato del lavoro. È indubbio, infatti, che la valorizzazione della professionalità del lavoratore è strumentale anche a una migliore adattabilità dello stesso alle innovazioni tecnologiche e organizzative, affinché sia meno vulnerabile ai rischi della disoccupazione e della precarizzazione (73). Analogamente, si sottolinea come condizioni di qualificazione elevata della forza lavoro siano elementi basilari per garantire competitività all'organizzazione e adattabilità del lavoro a fronte dei mutamenti (74).

Valorizzando il nesso tra professionalità e formazione, parte della dottrina ritiene mutata la causa e, di conseguenza, i termini dello scambio del contratto di lavoro. Più specificamente, tale opinione, prendendo le mosse dalla constatazione che la professionalità del lavoratore non

(70) Cfr. Pret. Milano, 26 maggio 1998, in *D&L*, 1998, p. 977.

(71) Cfr. M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, cit., p. 1129.

(72) M. Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *q. Riv.*, 1997, I, p. 269.

(73) Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, p. 150; M. Biagi, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, in *DRI*, 1996, n. 2, pp. 76 ss.

(74) F. Guarriello, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, 2000, p. VIII.

è ormai più limitata a uno specifico profilo, ma si configura come «un insieme di conoscenze teorico-pratiche in ordine al ciclo produttivo che gli consentono di svolgere una serie dinamicamente variabile di funzioni caratterizzate da un certo grado di complessità», giunge a ritenere che «la formazione continua sia ormai entrata a far parte della struttura causale del contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato» (75).

Più in generale, ma sostanzialmente aderendo alla medesima linea interpretativa volta a valorizzare la formazione nell'ambito del contratto di lavoro, già alcuni anni addietro, un Autore preconizzava che, nel momento in cui la formazione fosse intervenuta in vari momenti della vita lavorativa, si sarebbe potuto cominciare a ritenere che il diritto alla formazione fosse un effetto naturale del contratto di lavoro subordinato, anche se diversamente modellato nelle varie fasi del rapporto, in forza della direttiva contenuta nel comma 2 dell'art. 35 Cost. in materia di elevazione professionale (76).

Tale tesi sembra trovare ulteriori conferme e sostegno nelle recenti modifiche legislative introdotte dal d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 – Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità –, che riconoscono al lavoratore un diritto alla formazione e un diritto alla formazione continua (77), anche se, per la verità, è stata apposta dal legislatore una serie di presupposti e di condizioni ostative che paiono mettere in dubbio la configurabilità stessa del diritto (78).

(75) V. L. Galantino, *Lavoro atipico e formazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, n. 3, p. 319. In generale, sui contratti di lavoro con finalità formative, si veda P. A. Varesi, *I contratti di lavoro con finalità formative*, 2001, *passim*. Sul ripensamento dei termini dello scambio nel contratto di lavoro v. M. Magnani, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, pp. 184 ss.

(76) M. Napoli, *Il contratto di formazione e lavoro*, in *NLCC*, 1986, p. 835; più recentemente, M. Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, cit., p. 266. M. Magnani, cit., pp. 172 ss., evidenzia come i contratti collettivi della fine degli anni novanta e dell'inizio del nuovo secolo si caratterizzino per l'irruzione del tema della formazione, in particolare di quella continua, rilevando come, a seguito dell'impulso dato dalla legge, tale tema sia divenuto progressivo.

(77) Cfr. C. Alessi, *Commento gli artt. 5 e 6 della legge n. 53/00*, in *NLCC*, n. 6, 2001, pp. 1274 ss.; F. Torelli, *Lo sviluppo della formazione continua in Italia*, in *DRI*, 2000, p. 198. Cfr. F. Guarriello, *op. cit.*, *passim*.

(78) Anche F. Guarriello, *op. cit.*, p. 301, appare consapevole della impossibilità di affermare, nel contesto del quadro normativo attualmente esistente, un obbligo di formazione gravante sul datore nel rapporto di lavoro e una conseguente pretesa

4.2. — Tornando al problema teorico dal quale è scaturita la presente riflessione, relativo al presunto contrasto tra dottrina e giurisprudenza in merito all'esistenza in generale di un diritto alla prestazione lavorativa, si può senza dubbio ritenere, alla luce della ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali appena effettuata, che la contrapposizione di cui si tratta è, nella realtà, più apparente che reale, e che, anzi, si può giungere ad affermare una sorta di convergenza tra opinioni dottrinali e giurisprudenziali. Dalla analisi dei percorsi dottrinali è scaturito, infatti, che la rigida posizione tradizionale, che nega recisamente la sussistenza del diritto in capo al lavoratore alla esecuzione della prestazione lavorativa, viene, in un certo senso, temperata e ammorbidita nelle opinioni dottrinali più recenti. Partendo dalla constatazione della progressiva emersione, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, di una serie di interessi del prestatore di lavoro che unicamente lo svolgimento effettivo e dinamico del rapporto consentirebbe di soddisfare (79), la dottrina più recente rivisita e attualizza

a lui diretta. È pur vero che gli attuali dati normativi positivi non consentono di giungere per il momento a una simile conclusione, ma, ragionando in una prospettiva *de iure condendo*, a me pare che questi siano senza dubbio gli sviluppi futuri. A tali obiettivi sono, del resto, dirette anche le politiche per l'occupazione perseguite dalle istituzioni comunitarie. Si veda in particolare la raccomandazione del Consiglio del 30 giugno 1993 sull'accesso alla formazione professionale permanente, il *Libro Bianco della Commissione europea* presentato da Jacques Delors su crescita, competitività e occupazione del dicembre 1993, che sancisce quale fondamentale principio del dialogo sociale a livello europeo il diritto alla formazione continua, nonché l'art. 127 del Trattato di Maastricht (art. 150 della versione consolidata del Trattato), il quale impone alla Unione di «migliorare la formazione professionale iniziale e la formazione permanente». M. Magnani, cit., p. 188, ritiene che «il diritto alla formazione continua esiste nei termini e nei limiti in cui esso è posto dalle specifiche disposizioni contrattuali», con la conseguenza che «l'affermazione per la quale la formazione è divenuta un effetto legale naturale del contratto di lavoro si può accogliere nei limiti in cui rappresenta la sintesi descrittiva» di tali disposizioni. *Contra* afferma l'esistenza del diritto alla formazione C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., pp. 155 ss.

(79) Cfr., M. V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1975, p. 130; E. Balletti, cit., 1990, p. 128; nello stesso senso, F. Liso, cit., pp. 61 ss., in particolare, p. 65, dove si afferma che l'arricchimento normativo che lo Statuto dei lavoratori ha realizzato appare di portata tale da mettere profondamente in discussione la filosofia del precedente modello di contratto di lavoro, prospettandone una finalmente aggiornata non solo ai valori costituzionali, ma per molti aspetti anche alla odierna realtà dei rapporti di produzione nelle economie industriali più avanzate; F. Focareta, *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*, in *RIDL*, 1992, II, p. 958. S. Chiarloni, *Dal diritto alla retribuzione...*, cit., pp. 1461 ss., ritiene che, soprattutto a seguito dell'entrata

l'opinione tradizionale, per la quale solo in ipotesi tipiche si può ravvisare l'interesse del prestatore di lavoro all'effettiva esecuzione della prestazione lavorativa. Si ricordi incidentalmente che si tratta dei casi del lavoro in prova e dell'apprendistato, del lavoro artistico e sportivo, del lavoro del giornalista e del ricercatore scientifico (80), ai quali si aggiungono il caso del lavoratore assunto con contratto di formazione e lavoro e quello dell'invalido (81).

Dottrina e giurisprudenza convergono pertanto nel ritenere che il diritto allo svolgimento effettivo della prestazione lavorativa non è mai considerato come valore in sé e per sé, ma è sempre valorizzato come strumento per il perseguimento di vari interessi del prestatore di lavoro coinvolti nella vicenda del rapporto obbligatorio. La giurisprudenza si inserisce nel discorso teorico svolto dalla dottrina, individuando nella fattispecie costituita dal lavoro altamente qualificato l'ipotesi ricorrente in cui è senz'altro ravvisabile il diritto del prestatore di lavoro alla esecuzione della prestazione lavorativa.

Si può dire anzi che, allo stato attuale, l'interesse alla professionalità è l'unico a essere concretamente emerso. E ciò in piena consonanza con la dottrina, la quale riconosce, sia pure sommessamente e, a dire la verità, in maniera assai cauta, che possa ipotizzarsi un ampliamento in via interpretativa delle ipotesi in cui tradizionalmente si ammette il diritto al lavoro del lavoratore con riferimento ai lavori altamente qualificati (82).

Il punto sul quale sembra appuntarsi la critica più forte della dottrina consiste nella generalizzazione del diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa, a prescindere dalla sussistenza di interessi specifici del lavoratore coinvolti nella vicenda obbligatoria, ma non viene contestata l'idea secondo la quale «è in linea di principio senz'altro da am-

in vigore dello Statuto dei lavoratori, la posizione soggettiva del prestatore di lavoro si è arricchita di una serie di interessi, prima di allora inesistenti, al punto da indurre taluno a ritenere che si è oramai modificato l'assetto delle situazioni reciproche intercorrenti tra le parti del rapporto di lavoro.

(80) Sono le ipotesi individuate da G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 240 ss.

(81) Cfr. E. Balletti, *op. cit.*, pp. 152 e 154.

(82) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali...*, cit., p. 121. Da ultimo, cfr G. Loy, *La professionalità*, in q. *Riv.*, 2003, n. 4, pp. 763 ss., secondo cui «se il lavoratore, durante lo svolgimento del contratto, non solo si obbliga alla prestazione ma conserva il suo diritto al lavoro, garantito principalmente dalla possibilità di conservare e accrescere la sua professionalità mediante l'esercizio delle sue attitudini professionali, il datore di lavoro, dal canto suo, deve ritenersi obbligato a consentirgli lo svolgimento della prestazione».

mettere la possibile emersione, in ipotesi particolari, in capo al prestatore-debitore di lavoro, di una posizione di credito giuridicamente rilevante in merito all'espletamento reale della prestazione lavorativa» (83).

La dottrina si oppone principalmente alla costruzione che, muovendo da specifiche posizioni di interesse del prestatore di lavoro, invero assai circoscritte, «pretende “con superficiale deduzione sillogistica” di affermare in via generale un diritto del lavoratore allo svolgimento effettivo delle attività di lavoro dedotte in obbligazione» (84). Con il conseguente ribaltamento del nesso sinallagmatico del contratto di lavoro, così come scolpito dall'art. 2094 cod. civ., in forza di un'operazione logica intesa all'elevazione dell'eccezione a nuova regola generale, nel senso che il prestatore di lavoro potrebbe essere ordinariamente considerato titolare del diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa.

Ma non è questa la conclusione che si può desumere dalla giurisprudenza: non un'acritica e generalizzata affermazione di un diritto a lavorare, bensì l'affermazione della rilevanza della professionalità, base e ragione delle decisioni dei giudici.

Ci si può chiedere se negare l'esistenza in via generale di un diritto al lavoro, ammettendolo solo nei casi di lavori altamente qualificati, non equivalga nella sostanza a riproporre la tesi minoritaria, di derivazione tedesca (85), secondo la quale il lavoratore adempirebbe al proprio obbligo contrattuale semplicemente mettendosi a disposizione del datore di lavoro (86). Ciò comporta, secondo tale opinione, che l'espletamento dell'attività lavorativa è un elemento ulteriore rispetto al contenuto dell'obbligazione prevista dall'art. 2094 cod. civ. (87).

Com'è noto, tale tesi era stata superata da tempo poiché ritenuta incompatibile con la funzione e la struttura attuale del contratto di lavoro volto alla soddisfazione dell'interesse patrimoniale del creditore-datore di lavoro (art. 1174 cod. civ.), dedotto nel rapporto obbligatorio, così come delineato dalle parti contraenti, e dalle stesse caratteri-

(83) Cfr. E. Balletti, *op. cit.*, p. 151.

(84) Cfr. E. Balletti, *op. cit.*, p. 143; M. Brollo, *op. cit.*, p. 282.

(85) M. Bin, *Sospensione dal lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, cit., p. 101, e L. De Angelis, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *q. Riv.*, 1973, pp. 79 ss.

(86) G. D'Eufemia, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Milano, 1958, p. 73; G. Cattaneo, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, pp. 78 ss.; L. De Angelis, *op. cit.*, pp. 82 ss.; M. Bin, *Sospensione dal lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, cit., p. 66.

(87) Cfr. V. Sapia, *Mora del creditore...*, cit., Bari, 1992, p. 156.

stiche della società industriale (88): la realizzazione dell'interesse del datore di lavoro coincide con l'esecuzione dell'attività lavorativa dovuta e non certo con un'astratta disposizione a prestare o attitudine all'offerta del proprio lavoro (89).

La ricostruzione dottrinale appena descritta trova ora nuovi appigli nelle recenti disposizioni normative. Si allude alla riforma del lavoro in cooperativa contenuta nella legge 3 aprile 2001, n. 142 – Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore –, e al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. La nuova normativa in materia cooperativistica, nell'art. 1, nel descrivere la posizione dei soci lavoratori di cooperativa stabilisce, nella lett. *d*, che essi «mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa». Il d.lgs. n. 276/2003 nell'art. 33 introduce il contratto di lavoro intermittente, mediante il quale «il lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa» (90).

Non ci si può esimere dal sottolineare, a un primo sommario esame dei recenti interventi legislativi in materia di mercato del lavoro, come stiano emergendo tendenze assai contrastanti nel nostro ordinamento: da un lato, come si è visto, la tutela accentuata della professionalità si sta evolvendo nel senso di configurare l'esistenza di un diritto alla formazione permanente in una prospettiva volta a valorizzare la partecipazione attiva del lavoratore alla vita lavorativa, assecondando lo spostamento del baricentro di tutela del lavoratore dal rapporto al mercato; dall'altro lato, in controtendenza, alcuni interventi legislativi pre-

(88) Ancora V. Speciale, *op. cit.*, p. 160.

(89) M. Grandi, *op. cit.*, p. 336; E. Ghera, F. Liso, Voce *Mora del creditore (dir. lav.)*, in *ED*, Vol. XXVI, 1976, p. 980.

(90) Cfr. A. Bollani, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. Magnani e P. A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, p. 413, evidenzia come la nuova disciplina del lavoro a chiamata contenga lo spunto per un ritorno d'attualità del dibattito sulla fondatezza della teoria che identifica l'obbligazione di lavoro nella mera messa a disposizione delle energie lavorative. Sul significato giuridico del «porsi a disposizione» nel contratto di lavoro intermittente e, in generale, sulla sua disciplina, v. M. G. Mattarolo, *Lavoro intermittente. Definizioni e tipologie*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, pp. 5 ss.

suppongono una concezione riduttiva dell'oggetto della prestazione lavorativa, escludendo *ab origine* la configurabilità di una pretesa in capo al prestatore di lavoro di eseguire la propria prestazione lavorativa. Ciò susciterà probabilmente critiche analoghe a quelle già rivolte alla tesi minoritaria di cui si è detto sopra, accusata a suo tempo di presupporre una considerazione del lavoro come merce incompatibile con la graduale emersione del contratto di lavoro come «figura autonoma caratterizzata dalla inerenza del lavoro alla persona e dalla partecipazione di quest'ultima alla sfera della produzione» (91).

5. — *La fonte normativa dell'obbligo risarcitorio del datore di lavoro* — Dall'analisi delle sentenze sopra svolta e dal riconoscimento in esse contenuto del diritto al risarcimento del danno al lavoratore «demansionato» scaturiscono una serie di interrogativi che, attenendo alla generale tematica della tutela della persona attraverso la tecnica risarcitoria, non sono limitati solo al campo del diritto del lavoro ma toccano anche i principi in materia di risarcimento del danno nel diritto civile.

In particolare, si sottolinea come aspetti problematici siano non solo, «a valle, l'individuazione delle voci di danno risarcibili, la necessità della prova dell'esistenza del danno o la sua configurazione *in re ipsa*, i criteri per la quantificazione del danno che in qualche modo rifluiscono verso lo stesso *an* del danno, ma, a monte, la stessa identificazione dei diritti o interessi protetti e delle modalità della loro penetrazione nel rapporto di lavoro» (92). In altri termini, non appare di immediata evidenza, dall'analisi della giurisprudenza, la fonte dell'obbligo risarcitorio posto in capo al datore di lavoro nel caso in cui egli costringa il dipendente alla forzata inattività o lo adibisca a mansioni inferiori.

Al fine di dare una risposta a tale interrogativo, pare opportuno soffermarsi sulle voci di danno che vengono riconosciute al lavoratore quando viene accertato il demansionamento. Ciò per comprendere il percorso logico seguito dalla giurisprudenza, al fine di verificare se si possa desumere dalla tipologia di danno riconosciuto al lavoratore il diritto che si assume leso dal datore di lavoro.

Partendo dalla constatazione che la violazione dell'art. 2103 cod. civ. costituisce un'offesa «sia alla professionalità, sia alla personalità mo-

(91) V. F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., pp. 34 ss.

(92) Cfr. M. Magnani, cit., p. 181.

rale del prestatore di lavoro» (93), la giurisprudenza più recente ha riconosciuto l'esistenza del danno biologico, sia nell'ipotesi di attribuzione di mansioni inferiori, sia nel caso di «svuotamento» delle mansioni, sia, infine, nel caso in cui il lavoratore venga lasciato inoperoso (94). In tali situazioni, la giurisprudenza ha fondato la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno sulla lesione del «diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della propria prestazione professionale», e ha sottolineato come tale danno possa «consistere sia nel danno patrimoniale derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, sia nel pregiudizio subito per perdita di *chance*, sia in una lesione del diritto del lavoratore all'integrità fisica o, più in generale, alla salute ovvero all'immagine o alla vita di relazione» (95).

Dal riconoscimento del danno biologico, nelle sue varie accezioni – danno alla vita di relazione, all'immagine, alla salute ecc. –, al lavoratore demansionato, o costretto alla inoperosità, si può desumere, con l'ausilio dei principi civilistici in materia di risarcimento del danno, che venga instaurato dalla giurisprudenza un collegamento tra la tutela della professionalità e la tutela dei diritti della personalità riconosciuti dalla Costituzione. Ciò perché il risarcimento del danno non patrimoniale, quale è quello biologico, viene ravvisato in tutte quelle ipotesi «in cui sia lesa un valore inerente alla persona» (96), a partire dalla nota sentenza n. 184/1986 della Corte Costituzionale, nella quale viene affermato espressamente che se il diritto primario è costituzionalizzato, allora la risarcibilità (del danno biologico) è garantita (97).

La giurisprudenza, infatti, collega la professionalità con i diritti della personalità di cui all'art. 2 della Costituzione, ritenendo che la per-

(93) Cfr. Pret. Milano, 28 dicembre 1990, in *RIDL*, 1991, II, pp. 388 ss.

(94) Cass. 7 luglio 2001, n. 9228, in *LPO*, 2001, pp. 1405 ss., sottolinea come «nel caso di mancato esercizio le capacità professionali ineluttabilmente si immiseriscono, con un danno certo anche se valutabile in via equitativa».

(95) Cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, in *Lav. giur.*, 2002, II, p. 1079. Si veda per un commento C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, cit., 2004, pp. 110 ss.

(96) Cfr. Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *Danno e responsabilità*, 2003, pp. 816 ss.

(97) Cfr. A. Tursi, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *RIDL*, 2003, p. 286. V., sulla sentenza n. 184/1986 della Corte Costituzionale, Busnelli, *Il danno biologico*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 133 ss.; Mastropalo, *La nozione di danno biologico*, in *GC*, 1991, pp. 281 ss.

sonalità del lavoratore possa realizzarsi compiutamente solo attraverso il rapporto di lavoro che diviene esplicazione di professionalità (98).

La connessione tra il diritto alla professionalità e i diritti della personalità giustifica l'inserzione del danno biologico tra le poste di danno riconosciute in caso di demansionamento: se il diritto leso fosse solo quello alla professionalità non avrebbe alcun fondamento giuridico un tale riconoscimento; il percorso logico della giurisprudenza si fonda, invece, su un'interpretazione estensiva ed evolutiva dell'art. 2103 cod. civ., in forza della quale le ipotesi di demansionamento, inattività forzata e svuotamento delle mansioni vengono agganciate ai valori personalistici presenti nella Costituzione e, in particolare, ai diritti attinenti alla sfera della vita professionale e della vita di relazione del soggetto leso. In altri termini, la riconduzione del danno conseguente al demansionamento al danno biologico ovvero a quello esistenziale avviene attraverso il riconoscimento del fatto che la professionalità costituisce espressione dei diritti fondamentali dei lavoratori (99).

Come si è visto, sviluppando la connessione tra professionalità e diritti della personalità, la maggior parte delle sentenze più recenti invocano l'art. 2087 cod. civ. quale tramite per l'ingresso nell'ambito del contratto di lavoro degli articoli 2, 3 e 41 della Costituzione, al fine di fondare la risarcibilità del danno alla «personalità morale» e alla «dignità».

In realtà, come si vedrà ampiamente in seguito, sembra giuridicamente più corretto, anziché ampliare eccessivamente l'area degli obblighi gravanti sul datore di lavoro, «fondare, prima, l'antigiuridicità sulla violazione dell'art. 2103 cod. civ., e solo conseguentemente risarcire i danni prodotti e dimostrati» (100).

(98) Cfr. *ex plurimis*, Cass. 2 novembre 2001, n. 13580, in *OGL*, 2002, p. 181, in cui espressamente si legge: «il demansionamento professionale di un lavoratore non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 cod. civ., ma ridonda in lesione del diritto fondamentale, da riconoscere al lavoratore anche in quanto cittadino, alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro». Evidenzia l'operazione posta in essere dalla giurisprudenza consistente nel collegamento tra professionalità e diritti della personalità C. Alessi, *op. cit.*, pp. 114 ss.

(99) Secondo Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, in *MGL*, 2002, pp. 7 ss., «la negazione o l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, al pari del demansionamento professionale, ridondano in lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, determinando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato».

(100) Cfr. A. Tursi, *op. cit.*, p. 296.

Alla luce di tale considerazione, appaiono scorrette, pertanto, le argomentazioni di quelle sentenze che, utilizzando la nozione di «danno normativo» o «*in re ipsa*», ritengono che il danno sia insito nella condotta del datore di lavoro che impedisce al lavoratore di svolgere effettivamente la propria prestazione lavorativa. Esso, cioè, sarebbe connesso alla stessa dequalificazione e ne dovrebbe conseguire presuntivamente, per il fatto che essa «contiene necessariamente un'inseparabile carica di effettività per la diminuzione del patrimonio professionale, anche ai fini dell'ulteriore sviluppo di carriera, del lavoratore ingiustamente rimosso dalle mansioni corrispondenti alla sua qualifica» (101).

La circostanza che il danno venga riconosciuto in assenza di prova potrebbe indurre a ritenere che il danno stesso si identifichi con il diritto della persona protetto dalla norma violata.

In realtà, secondo gli ordinari principi civilistici in materia di risarcimento del danno, non pare sia necessario per giustificare una posta di danno alla persona individuare il diritto personale violato, ma è sufficiente accertare che una condotta antigiuridica ha provocato un danno alla sfera personale (102).

In altri termini, vi sarebbe una netta separazione concettuale tra il diritto violato e il danno risarcibile, con la conseguenza che «ne esce confermata la veduta tradizionale secondo cui il danno non si identifica con l'antigiuridicità, e dunque è eventuale e va dimostrato» (103).

Applicando tale conclusione nel contesto del rapporto di lavoro ne scaturisce che, quando una responsabilità *ex contractu* si configuri a carico del datore di lavoro, per un danno arrecato alla persona del lavoratore, l'indagine sull'individuazione dei danni risarcibili deve restare distinta da quella circa il bene protetto dalla norma limitativa del potere datoriale (104).

(101) Cfr. Cass., 16 dicembre 1992, n. 13299, in *FI*, 1993, I, c. 2883; Cass., 12 ottobre 1999, n. 11479, cit., p. 45; Cass. 6. novembre 2000, n. 1443, in *MGC*, 2000, p. 2263, e Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, cit.; nella giurisprudenza di merito, Pret. Milano, 20 luglio 1999, in *D&L*, 1999, p. 885; Pret. Milano, 7 gennaio 1997, in *OGGL*, 1997, p. 59. In dottrina, M. Pedrazzoli, *Introduzione*, in M. Pedrazzoli (a cura di) *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, p. 36, ritiene che nell'atto di declassamento potrebbe profilarsi una lesione della professionalità che *in re ipsa*, ovvero per una massima d'esperienza, causa pregiudizi al lavoratore sul piano della concorrenzialità e della piena fruizione del mercato del lavoro e, più in genere, in ordine all'apprezzamento della sua persona nella sfera dei contatti sociali e degli *status*.

(102) Cfr. Schlesinger, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, *Jus*, 1960, p. 344.

(103) Cfr. ancora A. Tursi, *op. cit.*, p. 291.

(104) Cfr. A. Tursi, *op. cit.*, p. 295.

Sembra, pertanto, maggiormente conforme ai principi civilistici in materia di risarcimento del danno l'orientamento giurisprudenziale restrittivo che, in ipotesi di demansionamento, fonda prima l'antigiuridicità sulla violazione dell'art. 2103 cod. civ. e solo conseguentemente provvede a risarcire i danni prodotti e dimostrati (105).

Una decisione, infatti, correttamente afferma che «la violazione di un dovere non equivale a danno» (106), riferendosi, nel contesto del tema dello *ius variandi*, al dovere del datore di lavoro di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali è stato assunto. Parimenti essa evidenzia che, «se così si ritenesse, si creerebbe un tipo di azione sconosciuta al nostro ordinamento che ha per oggetto una sanzione in denaro, a fronte di un inadempimento a prescindere dal danno».

6. — *La tutela della professionalità e della personalità morale del prestatore di lavoro* — La considerazione del diritto del lavoro come «diritto umano», implicante, cioè, un coinvolgimento della persona nel rapporto, cui si è accennato alla fine del paragrafo precedente, pone alcuni interrogativi di fondo in relazione alla tesi sostenuta in queste pagine. Ci si può chiedere, infatti, se escludere l'esistenza di un diritto al lavoro in via generale e, quindi, legittimare il comportamento del datore di lavoro che impedisse al lavoratore di svolgere concretamente la propria prestazione lavorativa, pur continuando a corrispondergli la retribuzione, comporti una lesione della sua libertà di espressione all'in-

(105) Cfr. Trib. Milano, 10 giugno 2000, in *OGL*, 2000, p. 367; Cass. civ., Sez. lav., 18 aprile 1996, n. 3686, in *GI*, 1997, p. 926. Cfr. M. Pedrazzoli, *Introduzione*, in *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, p. 35, e, in particolare sulla giurisprudenza del lavoro in tema di demansionamento, v. pp. 17 ss.

(106) Cfr. Trib. Milano, 16 ottobre 1998, cit.; Recentemente Cass. 14 novembre 2001, n. 14199, cit., per cui «non si deve ritenere che l'atto della dequalificazione professionale di un lavoratore costituisca sempre un atto dannoso. Difatti, a parità di retribuzione, la forzata inattività o lo svolgimento di mansioni inferiori per un determinato periodo di tempo potrebbero in alcuni casi non incidere affatto sulla capacità professionale del lavoratore o sulle sue occasioni di lavoro; e, in alcuni soggetti, anziché procurare patemi d'animo o psico-patologia da *stress*, potrebbero apparire addirittura come un'inaspettata situazione ottimale». La posizione sostenuta nel presente saggio trova conforto nella recentissima Cass., Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, che risolve il contrasto insorto nella giurisprudenza della Sezione lavoro in tema di prova del danno da demansionamento affermando che il diritto del lavoratore dequalificato al risarcimento del danno, soprattutto di quello cosiddetto esistenziale, non consegue *in re ipsa* al demansionamento, ma è subordinato all'assolvimento da parte del lavoratore dell'onere di provare esistenza e natura del pregiudizio (vedi in questo stesso fascicolo nella sezione *Giurisprudenza* il commento di Francesco Fabbri a pp. 233 ss.).

terno dell'azienda quale formazione sociale. Del resto la tutela della professionalità va di pari passo con la tutela della personalità morale del prestatore di lavoro. Ciò emerge chiaramente dall'analisi del filone giurisprudenziale più recente, sul quale ci si è soffermati, che affianca la tutela della professionalità alla tutela della personalità morale del prestatore di lavoro.

Ma anche dottrina autorevole, ancora una volta in piena consonanza con la giurisprudenza, definisce il contratto di lavoro «veicolo di espressione di professionalità e quindi di personalità» (107).

A ben vedere, infatti, lavorare è un modo di esprimere la propria personalità: ciò può affermarsi indiscriminatamente per i lavori di basso o di elevato livello professionale. È stato osservato come il lavoro costituisca elemento del nucleo categoriale originario costitutivo della persona, tanto è vero che l'art. 4 della Costituzione riconosce il diritto al lavoro, scegliendo appositamente un verbo significativo «dell'appartenenza del lavoro all'uomo in tale accezione generalissima» (108). Al punto che «anche il senso comune attribuisce al lavoro una valenza antropologicamente fondativa: chi non lavora non ha, ma soprattutto non è» (109).

Come ci si può avvedere, il tema dell'esistenza o meno del diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa è assai delicato, poiché presenta degli intrecci e delle implicazioni di carattere morale e si inserisce nel contesto di un ampio dibattito dottrinale di forte suggestione.

La problematica è stata affrontata anche in altri settori del diritto, assai vicini al diritto del lavoro. In campo civilistico, ad esempio, l'attuale tendenza alla valorizzazione della persona si manifesta soprattutto nell'ampliamento e nel potenziamento delle tecniche risarcitorie per i danni alla persona, che si traducono nella proliferazione di nuove e ulteriori figure di danno, rispetto a quelle normalmente riconosciute (110).

La valorizzazione della persona assume particolare rilevanza, però, nel settore del diritto del lavoro, a fronte «del carattere permanente e intenso che l'attività lavorativa comporta per la maggioranza delle per-

(107) M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 1119.

(108) Cfr. C. Salazar, *Alcune riflessioni su un tema «démodé»: il diritto al lavoro*, in *PD*, 1995, p. 13.

(109) Cfr. U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'eguaglianza*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, p. 15.

(110) P. Ziviz, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999, *passim*.

sone, che ne coinvolgerà decisamente tutta la vita negli aspetti essenziali della loro esistenza» (111). Al punto che, secondo alcuni, «il diritto del lavoro è un diritto più della persona che dell'attività» (112).

L'efficacia dei diritti della persona rappresenta, inoltre, «la manifestazione più rilevante di nuove relazioni di lavoro nelle quali la "qualità della vita" e il soddisfacimento personale del lavoratore si ergono a simboli delle più recenti forme organizzative del lavoro» (113).

E tali simboli trovano il loro fondamento ultimo nella tutela della dignità della persona, che, come è stato evidenziato, «è sempre stato, in tutte le temperie e le stagioni, il tema di fondo del diritto del lavoro» (114).

Profili assai rilevanti di valorizzazione della dignità e della personalità del lavoratore sono emersi anche nel corso della ricerca. Tali aspetti non possono essere ignorati, soprattutto perché costituiscono la chiara manifestazione della necessità, sottesa a questa specifica branca del diritto, di tutelare la persona coinvolta nel contratto di lavoro (115).

Si pensi all'orientamento giurisprudenziale in via di emersione, fondato sul combinato disposto degli artt. 2103 e 2087 cod. civ., dal quale sembra emergere che il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa non sia solo funzionale alla tutela della professionalità, ma allo sviluppo della personalità morale del prestatore di lavoro.

Ritenere che la dequalificazione comporti non solo il deterioramento del patrimonio professionale del lavoratore, ma si risolva anche in una «dequalificazione esistenziale» (116), cioè nella violazione di un diritto fondamentale del lavoratore in quanto cittadino comportando un effetto dannoso sulla persona del lavoratore (117), implica, quale passaggio successivo, l'inquadramento del diritto al lavoro come diritto della personalità.

(111) Cfr. Salvador Del Rey Guanter, *Diritti fondamentali della persona e contratto di lavoro: appunti per una teoria generale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 27. Si veda anche C. Smuraglia, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in *q. Riv.*, 2000, pp. 447 ss.

(112) Così M. Miscione, *Il diritto del lavoro, un diritto universale («...fondata sul lavoro»)*, in *Lav. giur.*, 1999, p. 815.

(113) Così ancora Salvador Del Rey Guanter, *op. cit.*, p. 10.

(114) Cfr. M. Magnani, *Diritti della persona e contratto di lavoro: l'esperienza italiana.*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 48.

(115) M. Grandi, «*Il lavoro non è una merce: una formula da rimeditare*», in *LD*, 1997, pp. 557 ss.; si veda altresì A. Avio, *I diritti inviolabili...*, *cit.*, pp. 102 ss.

(116) L'espressione, assai eloquente, è utilizzata da M. Brolo, *op. cit.*, p. 287.

(117) Cfr. Cass. civ. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *RCP*, 2000, p. 626; Corte d'Appello Torino 25 ottobre 2004, in *D&L*, 2005, p. 181.

Certamente la prospettiva è assai suggestiva anche perché se si abbracciasse tale ricostruzione si potrebbero superare le obiezioni che sono state evidenziate in precedenza avverso una generalizzazione del diritto al lavoro.

In quanto diritto della personalità, infatti, il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa sarebbe proprio di ogni lavoratore, a prescindere, cioè, dal carattere qualificato o meno delle mansioni a lui attribuite.

La prospettiva è stata pienamente accolta da un autorevole studioso nel suo manuale (118) e in un articolo di commento a una delle sentenze aventi a oggetto una fattispecie in cui il lavoratore era stato costretto alla forzata inattività a seguito del progressivo svuotamento di mansioni (119).

Le riflessioni sulle quali ci si è appena soffermati ci inducono, pertanto, a chiederci se le conclusioni cui si è pervenuti in merito alla inesistenza in linea generale di un diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa non contrastino in un certo qual modo con il coinvolgimento della persona nel rapporto, tipico del contratto di lavoro, vanificando in buona sostanza il sistema di tutele che è stato architettato nel corso degli anni, proprio con l'intendimento di proteggere la dimensione personalistica del rapporto più che quella meramente patrimonialistica.

Senza dubbio la risposta è, per certi aspetti, positiva. Ma al momento i tempi non paiono ancora maturi per potere affermare che il diritto alla esecuzione della prestazione lavorativa, in quanto diritto della personalità, sia da riconoscere a ogni lavoratore.

Sebbene vi siano segnali nella giurisprudenza e nella dottrina per una prossima valorizzazione della linea di sviluppo appena prospettata, tuttavia attualmente si oppongono a tale ricostruzione, da un lato, argomentazioni di carattere strettamente normativo, dall'altro, considerazioni di carattere etico-sociale, intrecciate con questioni di politica del diritto.

Per quanto riguarda gli indici normativi, è emerso dalla presente ricerca che essi sono individuabili, allo stato, nell'art. 2087 cod. civ. e, senza dubbio, nell'art. 4 Cost.

Forti obiezioni, come si è visto, sono state avanzate dalla dottrina avverso una ricostruzione del diritto al lavoro quale diritto della persona-

(118) G. Pera, *Diritto del lavoro*, cit., p. 418.

(119) Cfr. G. Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, cit., pp. 388 ss.

lità fondata sull'art. 2087 cod. civ. (120). E invero tale ricostruzione pare essere frutto di una suggestione fondata su una mutata considerazione etico-sociale del lavoro, che si intreccia con l'emersione di una nuova linea di politica del diritto piuttosto che su dati normativi positivi.

Ciò trova conferma anche nella giurisprudenza che, nel richiamare il combinato disposto degli artt. 2103 e 2087 cod. civ., ha sempre affiancato e sovrapposto alla tutela della persona del lavoratore la tutela di specifici profili professionali, a sottolineare la inadeguatezza del solo art. 2087 cod. civ. a sostenere una ricostruzione che qualificasse come diritto la posizione soggettiva del lavoratore rispetto alla esecuzione della prestazione lavorativa (121).

Anche l'art. 4 Cost. non può costituire la base adatta a sostenere la sussistenza di un diritto soggettivo del prestatore di lavoro alla esecuzione della prestazione lavorativa (122). Nonostante gli sforzi operati

(120) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 118.

(121) G. Pera, *Sul diritto del lavoratore*, cit., p. 391, sostenendo che il diritto al lavoro possa trovare fondamento nell'art. 2087 cod. civ., riconosce implicitamente la fragilità di tale articolo a sostenere una ricostruzione di tal fatta. Egli fa un richiamo, infatti, anche alla disposizione dell'art. 2104 cod. civ., e, in particolare, al valore dell'interesse superiore della produzione nazionale, per corroborare la sua tesi: retribuire il lavoratore che non esegue effettivamente la prestazione lavorativa, oltre a essere eticamente riprovevole ex art. 2087 cod. civ., contrasterebbe altresì, secondo l'Autore, con il bene comune che costituisce una delle idee-forza cui tutti devono tendere.

(122) La dottrina si è interrogata a lungo sul significato della disposizione costituzionale, soffermandosi in particolare sulle conseguenze giuridiche discendenti per il lavoratore dalle affermazioni in essa contenute.

Sebbene l'espressione contenuta nell'art. 4 Cost., presa alla lettera, evochi la possibilità di una tutela giuridica immediata dell'interesse dei cittadini a trovare un'occupazione remunerativa, la dottrina dominante escluse che dalla disposizione costituzionale derivasse per ognuno una pretesa giuridicamente qualificata a conseguire un posto di lavoro, in quanto il principio contenuto nell'art. 4 Cost., pur garantendo l'interesse del cittadino a trovare lavoro, è certamente inidoneo, per la sua natura e per le caratteristiche generali dell'ordinamento vigente, a dar vita a un vero e proprio diritto soggettivo, e tanto meno a un diritto soggettivo a ottenere lavoro da un determinato imprenditore. Si veda U. Natoli, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in q. *Riv.*, 1951, II, p. 107; C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, p. 149; V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, q. *Riv.*, 1951, II, p. 166; V. Crisafulli, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, in *Gcost.*, 1965, p. 663; più recentemente, sull'impossibilità di considerare il diritto al lavoro come diritto soggettivo perfetto, grazie al quale il cittadino può avanzare una pretesa, azionabile in giudizio, di ottenere un «posto» di lavoro, si veda M. Rusciano, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in q. *Riv.*, Supplemento al n. 3, 1999, p. 25; C. La Macchia, *La pretesa al lavoro*,

dagli interpreti per attribuire carattere precettivo alla disposizione, essa costituisce una tipica norma programmatica, un principio espressivo di un diritto «sociale» diretto a costituire una fonte di doveri per tutti i pubblici poteri (compreso il legislatore) e per la collettività intera affinché creino le condizioni per assicurare a ogni persona lo svolgimento di un'attività lavorativa che le permetta di vivere una vita dignitosa (123). È pur vero che l'art. 4 della Cost., in quanto norma di principio, è valsa a dare un significato e a permeare di sé stessa alcune disposizioni sulle quali si è sviluppato successivamente l'ordinamento (124), tuttavia

Torino, 2000, p. 8. La dottrina maggioritaria considerò il riconoscimento del diritto al lavoro contenuto nell'art. 4 della Cost., nell'ambito del dibattito a cui si è appena fatto cenno, alla stregua di un invito rivolto ai pubblici poteri a realizzare l'obiettivo della piena occupazione. Cfr. R. Scognamiglio, voce *Lavoro (disciplina costituzionale)*, in *EG*, vol. XVIII, 1978, p. 1 ss.; G. F. Mancini, *Commento all'art. 4 Cost.*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 199 ss., spec. p. 209; C. Mortati, *op. cit.*, p. 162.

Si tratta, cioè, di una tipica norma programmatica della Costituzione, «avendo a oggetto diretto e immediato comportamenti statali, destinati a loro volta a incidere sulle materie stesse in senso conforme a quanto da esse prescritto in termini generali». Cfr. V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *q. Riv.*, 1951, II, p. 166. Pare opportuno rammentare che alcuni Autori, parecchi anni addietro, contestarono tale conclusione relativa alla assenza di precettività dell'art. 4 Cost. e, nell'intento di attribuire a esso un contenuto normativo più incisivo e pregnante, si chiesero se la norma costituzionale potesse proiettarsi sul rapporto di lavoro in atto ed essere interpretata nel senso di «diritto all'occupazione stabile», sul presupposto che il diritto al lavoro, proclamato dall'art. 4, comprendesse e riassumesse in sé anche il diritto al mantenimento del posto di lavoro. Cfr. U. Natoli, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *q. Riv.*, 1954, I, pp. 281 ss.; V. Crisafulli, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*, in *Gcost.*, 1965, pp. 661 ss.; F. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1951, p. 71. Cfr. la ricostruzione del percorso dottrinale teso a desumere dall'art. 4 Cost. la tutela del posto di lavoro già occupato di R. Scognamiglio, voce *Lavoro*, in *EG*, Vol. XVIII, cit., p. 6; R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione*, Milano, 1978, p. 44. La dottrina dominante esclude che dall'art. 4 Cost., rivolto ad attuare l'interesse dei cittadini alla massima e ottimale occupazione, discendesse il diritto alla conservazione del posto di lavoro, pur ammettendo, comunque, che un provvedimento legislativo di regolamentazione del potere generale e indiscriminato di recesso del datore di lavoro fosse opportuno e consono al disegno costituzionale. Cfr. R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 46; M. Mazziotti, Voce *Lavoro (dir. cost.)*, in *ED*, Vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 345 ss. V. anche Corte Cost. n. 50/1966, in *Giust. Cost.*, 1966, p. 814; Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *FI*, 2000, I, p. 699.

(123) Cfr. Baldassarre, voce «*Diritti sociali*», in *ED*, XI, *Istituto dell'Enciclopedia italiana*, Roma, 1989, p. 14.

(124) Cfr. G. Giugni, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello stato sociale*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, p. 60.

«non ha mai creato un diritto azionabile, non ha mai creato una pretesa che si potesse mettere nelle mani dei soggetti e dire loro: autorealizzatevi attraverso l'intervento degli strumenti, dei mezzi, delle autorità preposte all'applicazione del diritto» (125).

A ben riflettere, però, la vaghezza dell'ordinamento sul tema del diritto al lavoro, che pure è di rilevanza fondamentale, non è frutto di dimenticanza o di trascuratezza.

Essa deriva da una ragione di opportunità, peraltro assai condivisibile, consistente nell'evitare di intervenire su aspetti così delicati della vita degli individui strettamente connessi alla loro personalità e alla loro morale e dipendenti dal modo, naturalmente soggettivo e personale, con il quale ciascuno si rapporta al valore-lavoro.

È stato evidenziato, infatti, come l'esistenza di un diritto alla effettiva esecuzione della prestazione lavorativa sia essenzialmente anche «un problema di politica del diritto che tocca la percezione del lavoro nella nostra società sollevando interrogativi di fondo sulla idoneità della sola attività lavorativa a garantire la piena auto-realizzazione della persona o se, invece, continuo anche i momenti di non lavoro "creativo"» (126).

A ben vedere, nei casi di «svuotamento totale di mansioni» e di «forzata inattività» non è la violazione del presunto diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa a ledere la personalità morale del lavoratore, bensì la costrizione alla forzata inattività, al punto che, secondo alcuni, se il lavoratore fosse in tali casi completamente esonerato dal recarsi in azienda conservando la retribuzione, non potrebbe ravvisarsi alcuna lesione alla sua dignità (127). Da tale conclusione si può senza dubbio ricavare una conferma della circostanza che il problema relativo all'esistenza o meno di un diritto all'esecuzione della prestazione lavorativa non è una questione essenzialmente giuridica, ma tocca anche aspetti strettamente personali della vita degli individui.

Del resto, alcuni Autori, sottolineando la commistione tra aspetti puramente giuridici e aspetti di carattere morale nell'ambito del tema del diritto al lavoro, concordano sul fatto che una generalizzazione di tale diritto, oltre a rivoluzionare il sinallagma del contratto di lavoro,

(125) Cfr. G. Giugni, *op. ult. cit.*, p. 60.

(126) Cfr. M. Broglio, *op. cit.*, p. 288.

(127) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali...*, cit., p. 121.

non sarebbe accolta con favore e sarebbe altresì inopportuna sul piano della politica del diritto, «contrastando con la generale tendenza ad avvertire il lavoro subordinato come pena, fatica e alienazione dell'individuo e, quindi, come mero strumento per procurarsi la necessaria retribuzione» (128).

(128) Cfr. ancora A. Vallebona, *op. ult. cit.*, p. 120; anche G. Pera, *cit.*, p. 391, come si è già visto, pur sostenendo che il diritto al lavoro sia da riconoscere in via generale a ogni lavoratore, si mostra d'accordo con tale osservazione, sulla base della constatazione per la quale la maggioranza delle persone sarebbe probabilmente più soddisfatta se il datore di lavoro la esonerasse dal lavoro, pur non intaccando il trattamento economico. Anche Cass., Sez. lav., 14 novembre 2001, n. 14199, *cit.*, p. 178, è consapevole dell'eventualità che l'atto di dequalificazione, «anziché procurare patemi d'animo o psico-patologie da *stress* possa apparire addirittura come una insperata situazione ottimale».

Cinzia De Marco (*)

LA GESTIONE DELLA SICUREZZA
NEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE
E NEL CONTRATTO DI LAVORO A PROGETTO

SOMMARIO: 1. Premessa: l'incidenza dei lavori atipici sulla salute dei lavoratori. — 2. Il d.lgs. n. 276/2003 e la sicurezza sul lavoro. — 2.1. Gli obblighi in materia di salute e sicurezza nel contratto di somministrazione. — 2.2. *Segue*: il contratto di lavoro a progetto. — 3. Conclusioni.

1. — *Premessa: l'incidenza dei lavori atipici sulla salute dei lavoratori*
— I rapidi cambiamenti che si sono verificati negli ultimi anni nell'organizzazione del lavoro hanno richiesto maggiore flessibilità sia nei contenuti del lavoro che nei ruoli dei lavoratori, nonché hanno determinato la nascita e lo sviluppo di nuove modalità contrattuali di lavoro «diverse» dal modello di occupazione tradizionalmente più diffuso ed egemone dal punto di vista giuridico, vale a dire quello reso sulla base di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, *full-time*, svolto per l'intera vita lavorativa, tendenzialmente nella stessa azienda e dotato di garanzie piene (1). Proprio per questa ragione, a queste nuove articolazioni delle occupazioni si fa riferimento parlando di lavoro o lavori a-tipici (2) o lavori flessibili.

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Catania.

(1) Usando le parole di autorevole dottrina «il contratto di lavoro stabile a tempo pieno e indeterminato non è più la stella polare del diritto del lavoro», U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia*, Il Mulino, 1995, p. 195.

(2) In verità, per come messo in evidenza, non sono i lavori a essere atipici, quanto piuttosto le forme contrattuali che li regolano e le modalità con cui viene erogata l'attività, cfr. M. Magatti, G. Fullini, *Percorsi di lavoro flessibile*, Roma, 2002. Sulla impropria e atecnica (in quanto non attinente alla causa del contratto di lavoro né alla fattispecie tipica) nozione di «atipicità» dei contratti di lavoro v. M. Roccella, *Comunità Europea e rapporti di lavoro atipici*, in *QL*, 1991, 10, p. 27, A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nelle discipline del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 2002, p. 335; R. Pessi, *I rapporti di lavoro cosiddetti atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *RIDL*, 1992, I, p. 133; E. Ghera, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *q. Riv.*, 1996, p. 126; F. Mazziotti, *Limiti alla flessibilità*, in *LG*, 2001, n. 12, p. 1113.

La nascita di nuove modalità lavorative si inserisce, pertanto, nei complessi processi di trasformazione in atto nel mercato del lavoro; termine, questo ultimo che, ormai, sembra rappresentare una mera convenzione linguistica, posto che in tale ambito non si può non interrogarsi sulla validità del concetto di mercato che presuppone l'autonomia dei soggetti che vi operano nonché una sostanziale tendenza all'equilibrio (3).

Nonostante la circostanza che la flessibilità non sia nuova tra le tematiche del diritto del lavoro, oggi potremmo, però, affermare che questa va assumendo una dinamica diversa dal passato dovendo confrontarsi con un sistema produttivo altamente competitivo, dominato da una domanda di beni e servizi sempre più variabili e personalizzati.

Lo scenario sopra descritto ha fatto sì che le imprese, nell'era della globalizzazione, abbiano cercato di applicare alla forza lavoro i principi che hanno avuto buon esito nelle ristrutturazioni aziendali avvenute a partire dagli anni ottanta e particolarmente negli anni novanta, secondo i quali, innanzi tutto, si produce esclusivamente su domanda (cd. *business on demand*), sicché non c'è bene o prodotto o servizio offerto se non nel momento in cui viene richiesto; in secondo luogo tutto deve avvenire/accadere *just in time*; questo principio (particolarmente usato con efficienza nell'industria automobilistica giapponese, all'interno del modello del cd. *toyotismo* od *ohnismo*, da Ohno, ingegnere che lo ha creato) impone che nulla, nessuna materia prima, nessun semilavorato deve arrivare nel luogo dove deve essere utilizzato se non nel preciso momento in cui lo stesso può essere adoperato, in maniera tale da realizzare il migliore sfruttamento possibile del tempo di produzione.

Pertanto, dato il buon esito di questi due principi si è cercato di estenderli anche nell'utilizzo della forza lavoro al fine di ottenere che il lavoratore rimanga disponibile fino al momento in cui venga richiesta la sua attività e far sì che esegua la sua prestazione giusto nel momento in cui la stessa può essere utilizzata.

Negli ultimi anni la legislazione del lavoro ha sostenuto e spinto i processi di diffusione del lavoro flessibile nelle loro varie tipologie fino

(3) Cfr. E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 13 ss., il quale rileva che affinché il lavoro sia scambiato secondo le regole classiche del mercato occorrerebbe che: a) il lavoro sia una qualsiasi merce anonima; b) tra chi vende e chi compra vi siano soltanto relazioni di scambio su un piano di parità; c) il prezzo, cioè il salario, svolga una funzione di riequilibrio tra domanda e offerta; d) tutti i soggetti seguano i criteri della razionalità economica.

alla recente legge di riforma del mercato del lavoro che ha istituzionalizzato una moltitudine di figure contrattuali (4).

È evidente che la circostanza che coesistevano nel panorama giuridico italiano forme contrattuali atipiche estremamente differenziate tra di loro ha fatto sì che i lavoratori atipici rappresentassero un universo con caratteristiche sociologiche variegata accomunati da un unico denominatore comune costituito dalla precarietà; essi, cioè, sono tutti «in vario modo e da diversi punti di vista insicuri, instabili, temporanei, soggetti a revoca, incerti, senza garanzie di durata» (5). Tutto ciò non può, allora, non avere risvolti anche nei confronti della sicurezza (6). E, infatti, diverse ricerche sul tema hanno dimostrato che chi è occupato con un contratto atipico riduce le attenzioni per la propria salute. Così, per esempio, considera più importante rispetto all'opportunità di sottoporsi a una visita medica, la necessità di non assentarsi sul posto di lavoro al fine di vedersi rinnovare il contratto o di essere scelto in vista di una nuova «chiamata al lavoro». Inoltre al lavoratore atipico manca quella che gli psicologi del lavoro chiamano la «percezione gruppale del rischio», vale a dire quella capacità di avvertire e riconoscere quelle intese che esplicitamente o implicitamente vengono fatte proprie dal gruppo per fare fronte a situazioni di pericolo o di emergenza (7); per-

(4) Cfr., per un'analisi sulle motivazioni della richiesta di lavori flessibili da parte dei paesi industrializzati, L. Gallino, *Modelli prevalenti di organizzazione della produzione, condizioni di lavoro e Legge 30/2003. Ricadute sulle persone e sulle famiglie*, Relazione svolta nell'ambito del Seminario regionale: «I Servizi di Prevenzione e il lavoro che cambia. La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori atipici». Pisa, 11 marzo 2004, disponibile in www.diario-prevenzione.net.

(5) Cfr. L. Gallino, *Il costo umano della flessibilità*, Bari, 2002, p. 36. L'Autore individua i costi umani della flessibilità in tre tipi di precarietà: una precarietà *esistenziale*, dovuta alla limitata o inesistente possibilità di formulare previsioni o progetti per il futuro; una precarietà *professionale*, legata alla difficoltà di accumulare esperienze lavorative spendibili da un lavoro a un altro; una precarietà *sociale*, in quanto la mancanza di stabilità riduce l'identità e l'integrazione sociale di una persona.

(6) Sulla relazione tra incidenza di infortuni sul lavoro e forme di lavoro atipico o flessibile v. P. Sestito, *Il mercato del lavoro in Italia*, Bari, 2002, p. 202; sul punto v. F. Santoni, *La tutela della salute nel lavoro atipico*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Commentario al D.lgs. n. 626/1994*, Torino, 1997, p. 231, il quale, analizzando il tema dal punto di vista comunitario rileva che l'aspetto prevalente che ha indotto la Comunità a occuparsi di lavoro atipico è stata proprio la considerazione che la flessibilizzazione del lavoro abbia portato con sé «una forte diminuzione delle tutele quanto alla sicurezza e alla salute dei lavoratori».

(7) Cfr. M. Tiraboschi, *Lavoro atipico e ambiente di lavoro: la trasposizione in Italia della Direttiva n. 91/383/Cee*, in *DRI*, 1996, n. 3, p. 64.

tanto il lavoratore atipico ha grandi difficoltà a interiorizzare i cd. «codici taciti» necessari per muoversi con sicurezza dal punto di vista fisico, sociale e tecnico entro un determinato ambiente lavorativo (8).

Infine da parte delle imprese si è registrata, in tutti i paesi industrializzati, la tendenza ad assegnare ai lavoratori occupati con contratti di lavoro non standardizzati tutti quei compiti rischiosi, pericolosi o da svolgersi in ambienti insalubri che normalmente sarebbero rifiutati dal personale impiegato in maniera stabile (9), nonché la non convenienza a investire nella formazione della sicurezza nei confronti di lavoratori non occupati stabilmente.

2. — *Il d.lgs. n. 276/2003 e la sicurezza sul lavoro* — Il d.lgs. n. 276/2003 di attuazione della legge delega n. 30/2003 ha istituzionalizzato, per come è noto, varie figure contrattuali di lavoro, quasi relegando il modello classico scolpito dall'art. 2094 del codice civile a «paradigma formale di riferimento» (10). In siffatto panorama, è bene mettere in evidenza che il provvedimento, nel suo primo articolo, ha tra i suoi obiettivi dichiarati quello di aumentare i tassi di occupazione e di promuovere la qualità e la stabilità del lavoro in linea con gli orientamenti comunitari stabiliti a Lisbona durante il Consiglio europeo del marzo 2000.

Sicuramente positiva, a tale proposito, è la definizione di lavoratore contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *j*, della legge (11), indicato

(8) Cfr. L. Montuschi, *Aspettando la riforma: riflessioni sulla legge n. 229 del 2003 per il riassetto in materia di sicurezza sul lavoro*, in *ADL*, 2004, p. 754, secondo cui una mobilità territoriale spinta e l'instaurarsi di contratti non duraturi con l'impresa sono da considerare elementi che aumentano in maniera esponenziale il rischio di infortuni e fanno sì che al lavoratore atipico manchi «la conoscenza specifica e capillare dell'ambiente di lavoro»; inoltre, la frequentazione dell'ambiente di lavoro è troppo casuale e ridotta nel tempo per consolidare conoscenze ed esperienze utili a rafforzare il bagaglio difensivo.

(9) Cfr. R. Dore, *Posti di lavoro; buoni, brutti, mancanti*, in *SL*, 1998, pp. 15 ss.; M. Biagi e M. Tiraboschi, *Lavoro atipico: profili qualificatori e intensità dell'obbligo di sicurezza*, in *DRI*, 1999, fasc. 1, p. 60.

(10) Cfr. P. Soprani, *Collaborazioni a progetto: quale modello di sicurezza?*, in *ISL*, n. 3/2004, p. 141.

(11) Sul fine perseguito dal legislatore attraverso la tecnica definitoria e segnatamente consistente nel «rendere meno incerta l'attribuzione di significato ad altri enunciati legislativi, meno variabili le loro applicazioni, più sicure le aspettative degli operatori», v. G. Ghezzi, *Mercato del lavoro, tipologie negoziali e definizioni*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, in *DL*, 2003, pp. 324-325, il quale, comunque,

come «qualsiasi persona che lavora o è in cerca di un lavoro» (12). L'attenzione è, dunque, rivolta al soggetto che lavora senza ulteriori specificazioni, superando, così, la tradizionale separazione, in ordine alle tutele accordate, tra lavoro autonomo e lavoro dipendente, ancora presente nella definizione di lavoratore contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 626/1994, in cui questi viene individuato come «persona che presta il proprio lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro...» (13).

In ogni tipologia contrattuale sono contenute norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Si tratta, pertanto, di verificare, analizzando, a tale proposito, due delle nuove figure contrattuali introdotte dal decreto (il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro a progetto), se possa sostenersi che i lavoratori atipici, considerati da sempre soggetti contrattualmente deboli ed esposti sul versante della sicurezza a rischi di infortuni sul lavoro, siano stati equiparati ai lavoratori occupati in maniera stabile (14).

Va anche messo in evidenza che, per come è stato ritenuto (15), *principium iuris*, applicabile a tutta la legislazione prevenzionistica, è quello del divieto di peggioramento della situazione esistente (16).

rileva come spesso venga frustrato l'intento che è alla base dell'impiego di definizioni legislative in quanto riprendendo le parole di G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in A. Cicu, e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1980, p. 155, «l'introduzione di una definizione nel discorso legislativo è, in ogni caso, introduzione di un ulteriore oggetto di interpretazione».

(12) Cfr. M. Lai, *Più flessibilità o meno sicurezza nei nuovi contratti di lavoro?*, in *ISL*, n. 8, 2004, p. 470.

(13) Cfr. M. L. Vallauri, *Le definizioni del d.lgs. n. 276/2003*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Ipsoa, 2004, p. 77, secondo cui, tuttavia, la maggiore ampiezza della definizione di lavoratore rispetto a quella contenuta nel d.lgs. n. 626/1994 non va sopravvalutata in quanto l'operazione estensiva di alcuni diritti minimali anche ai lavoratori non subordinati è realizzata in specifiche norme del decreto, con ciò significando che l'art. 2, lett. *j*, da solo non sarebbe stato sufficiente allo scopo.

(14) Risolve positivamente la questione M. R. Iorio, *Riforma del mercato del lavoro, forme di lavoro atipico e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Milano, 2003, pp. 304 ss.; sul punto v. p. 319.

(15) Cfr. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza sul lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, pp. 449 ss.

(16) Cfr. O. Bonardi, *La sicurezza del lavoro nella Comunità europea, nella Costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in *q. Riv.*, 2004, I, p. 446; l'Autore mette in evidenza come i vincoli comunitari operino, secondo un metodo

Pertanto, è anche alla luce di detto principio che dovrà essere valutata la tutela prevenzionale assicurata ai lavoratori in relazione alle due fattispecie contrattuali introdotte dal d.lgs. n. 276/2003.

2.1. — *Gli obblighi in materia di salute e sicurezza nel contratto di somministrazione* — Con il contratto di somministrazione (17), regolato dagli artt. 20-28 del d.lgs. n. 276/2003, il legislatore ha rivisto la disciplina del contratto di fornitura di lavoro temporaneo (cd. contratto interinale) abrogando *ex art.* 85, comma 1, lett. *f*, gli articoli 1-11 della legge n. 196/1997, mantenendone, però, l'ossatura generale.

Detto contratto, proprio per il fatto che presenta una relazione triangolare tra un'impresa utilizzatrice e un'impresa somministratrice che cede alla prima energie di lavoro di uno o più dei propri dipendenti, espone il lavoratore somministrato a un livello di rischi di infortuni e, dunque, di nocimento alla salute, più alto di quello dei lavoratori occupati, quali dipendenti, dall'impresa utilizzatrice (18).

D'altro canto anche varie ricerche sul tema della sicurezza sul lavoro nel lavoro interinale hanno, sempre, indicato una maggiore incidenza di infortuni per i lavoratori interinali rispetto ai lavoratori stabili (19).

classico del diritto del lavoro, solo nel senso dell'inderogabilità *in peius* per il lavoratore; la Corte di Giustizia nella sentenza C-2/97, Società It. Petroli (I.P.) e Bersana S.r.l. del 17 dicembre 1998 ha, infatti, precisato che a norma dell'art. 118A (ora 138) sono legittime le disposizioni nazionali che dispongono una maggiore protezione per i lavoratori al più basso livello tecnicamente possibile, anche oltre i valori limite stabiliti dalle direttive comunitarie, e che tali disposizioni non sono in contrasto con l'esercizio delle libertà fondamentali stabilite dal Trattato e, in particolare, con le norme in materia di libera concorrenza. L'Autore rileva, inoltre, che la Corte non si è invece espressa sulla diversa questione delle cd. clausole di non regresso, ovvero della possibilità, da parte degli Stati membri, di ridurre il livello di protezione portandolo da quello più alto stabilito dalla legislazione nazionale a quello eventualmente inferiore imposto dalle direttive comunitarie.

(17) Sulla somministrazione v. R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, pp. 161 ss.; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario*, Bologna, 2004, pp. 258 ss.; M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, pp. 5 ss.

(18) Sul tema v. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza del lavoro*, in *Come cambia il mercato del lavoro*, cit., p. 451.

(19) Vedi L. Vogel, *Lavoro interinale e la salute al lavoro. Quale bilancio trarre dall'applicazione della direttiva comunitaria del 1991 in Europa?*, da leggere in www.sicurezzaonline.it/infcro2004.htm.

Tuttavia, nonostante la sua espressa abrogazione, con riferimento alla salute e alla sicurezza sul lavoro, la legge n. 196/1997 viene richiamata dal d.lgs. n. 276/2003 sotto vari profili in quanto (quasi) tutte le norme in materia erano già presenti nella normativa sul lavoro temporaneo, anzi, a volte le stesse risultano anche meno garantiste rispetto alla precedente disciplina. E, infatti, per quanto riguarda il personale direttivo delle Agenzie di lavoro, questo, così come previsto dall'art. 2, lett. *d*, della legge n. 196/1997, non deve avere riportato condanne penali, anche non definitive, tra l'altro, «per delitti o contravvenzioni previsti da leggi dirette alla prevenzione degli infortuni sul lavoro» (art. 5, comma 1, lett. *d*), e ciò a garanzia di una rigida selezione delle società operanti nel mercato del lavoro (20); viene, poi, riconfermato un divieto di carattere oggettivo, già presente nella precedente normativa, e cioè il divieto del ricorso al contratto di somministrazione di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 (art. 20, comma 5, lett. *c*), anche se nella disciplina del lavoro temporaneo il divieto non era sancito in maniera così generica ma richiedeva espressamente che l'aver effettuato la valutazione dei rischi dovesse essere dimostrato alla Direzione Provinciale del lavoro (21); un'importante previsione, anch'essa già contenuta nella legge n. 196/1997, riguarda la indicazione della presenza di eventuali rischi e delle relative misure di prevenzione tra gli elementi del contratto di somministrazione (art. 21, comma 1, lett. *d*), nonché l'inclusione nel computo dell'organico dei lavoratori assunti con contratto di somministrazione ai fini dell'applicazione della normativa in materia di salute e sicurezza.

Va messo in evidenza che, tuttavia, la legge, pur riconoscendo alla contrattazione collettiva un ruolo di integrazione per l'individuazione di ulteriori casi nei quali è possibile stipulare il contratto di somministrazione, a differenza di quanto previsto dall'art. 1, comma 4, lett. *a*, della legge n. 196/1997, non effettua il detto rinvio anche per la indi-

(20) Cfr. M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, in *DLM*, 2005, I, p. 102, nota n. 7. V., anche, P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza del lavoro*, cit., p. 445, il quale mette in evidenza il complicato accertamento del detto requisito posto che le condanne penali non definitive non sono oggetto di iscrizione nel casellario giudiziale ex art. 688 cod. proc. pen.

(21) Sebbene si era sottolineato che il legislatore non chiariva attraverso quali modalità l'impresa utilizzatrice dovesse dimostrare l'assolvimento degli adempimenti richiesti: cfr. M. Lai, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giapichelli, 2002, p. 257.

viduazione di altre ipotesi di divieto «con riguardo alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggiore pericolo per la sicurezza del lavoratore o di soggetti terzi». L'atteggiamento del legislatore, se pur risulta importante da sottolineare in quanto può essere considerato rivelatore dell'interesse (*rectius*, mancato interesse) apprestato alla materia della sicurezza sul lavoro, non va enfatizzato oltre misura in quanto, indipendentemente da un espresso richiamo o da un espresso rinvio della legge in tal senso, è da ritenere ben possibile che la contrattazione collettiva introduca i detti limiti qualitativi e quantitativi al ricorso al contratto di somministrazione. Ciò in applicazione del principio che disciplina i rapporti tra legge e contrattazione collettiva di *derogabilità in melius/derogabilità in peius* che rende sempre possibile alla contrattazione collettiva l'introduzione di trattamenti di maggiore tutela per i lavoratori rispetto a quelli previsti dalla legge (22).

Tra gli elementi che obbligatoriamente devono essere presenti nel contratto di somministrazione da stipulare in forma scritta, l'art. 21, comma 1, lett. *d*, del decreto contempla «l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e, la salute del lavoratore e delle misure di sicurezza adottate», e nell'indicazione di tali elementi, il comma 2 prevede che le parti debbano recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi (23). Orbene, poiché tale indicazione è compresa fra quelle la cui mancanza è sanzionata con la nullità del contratto, con la conseguenza che i lavoratori sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'utilizzatore, sorge legittimo il dubbio, considerato che per espressa previsione legislativa i rischi possono essere solo *eventuali*, su quale sia la conseguenza laddove nell'ipotesi di effettiva assenza di rischi del tutto coerentemente non si siano previste, adottate e riportate per iscritto nel contratto le relative misure di sicurezza. Al fine di evitare la conseguenza della nullità del contratto e dell'attribuzione dei lavoratori somministrati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore, a scanso di equivoci, è stato suggerito anche nel

(22) Cfr. R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione del lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, cit., p. 185, nota n. 28.

(23) Stanti i profili di peculiarità in relazione al tipo di attività che il lavoratore andrà a svolgere sembra più logico ritenere che la norma si riferisca ai contratti collettivi di carattere nazionale e/o aziendale propri dell'utilizzatore. Cfr., in tal senso, A. Morone, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, cit., p. 55; M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 104.

caso di effettiva assenza di rischi e misure di prevenzione adottate o da adottare, di indicare per iscritto nel contratto tale circostanza (24).

La complessità del rapporto trilaterale esistente nel contratto di somministrazione avrebbe richiesto una precisa e puntuale ripartizione degli obblighi di sicurezza tra somministratore e utilizzatore rispetto a quella prevista nell'art. 23, comma 5, del decreto che, clonando l'art. 3, comma 5, della legge n. 196/1997, individua in via generale il somministratore quale soggetto obbligato all'informazione dei lavoratori «sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale» e alla formazione e all'addestramento «all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa per la quale essi vengono assunti», ma il contratto di somministrazione può prevedere che tale obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore; in tale caso ne va fatta indicazione nel contratto con il lavoratore (25).

A tale proposito bisogna mettere in evidenza che, a livello comunitario, il lavoro flessibile è stato oggetto della Direttiva n. 91/383/Cee del 25 giugno 1991 che, proprio per i lavoratori aventi un rapporto di lavoro a data determinata o un rapporto di lavoro interinale, sottolinea i «rischi supplementari» riguardo alla sicurezza sul lavoro, in parte da attribuire alle «particolari modalità di inserimento nell'impresa», e prevede l'adozione di una «normativa complementare e particolare» che assicuri «un'adeguata informazione e formazione all'inizio del rapporto di lavoro», nonché «un'adeguata sorveglianza medica» durante il rapporto di lavoro.

(24) Cfr. F. Bacchini, *Salute e sicurezza nella riforma del lavoro: il «Decreto Biagi»*, in *DPL*, 2003, p. 663.

(25) La analoga norma posta in materia di lavoro temporaneo è stata, comunque, ritenuta conforme al diritto comunitario da chi, al contrario, ha ritenuto «discutibile» la delegabilità da parte dell'impresa fornitrice degli obblighi di informazione e formazione originariamente gravanti su quest'ultima, considerata quale fondamentale finalità del ricorso al lavoro interinale quella di reperire velocemente sul mercato del lavoro personale qualificato che, dunque, non necessita di ulteriore formazione, da inserire immediatamente nel ciclo produttivo della propria azienda: v. A. Levi, *La posizione debitoria dell'impresa utilizzatrice di lavoro temporaneo, nel contesto della trilateralità soggettiva del rapporto*, in L. Galantino (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Milano, 2000, pp. 320-321. Al riguardo sembra, invece, più rispondente alle finalità dell'istituto l'opinione di chi ha ritenuto che proprio la esigenza di celerità «potrebbe indurre qualche volta la fornitrice e la utilizzatrice a concordare l'ulteriore trasferimento di responsabilità, specie quando la formazione generale necessita del contatto con macchine e attrezzature che presso la prima non si trovano», F. Lunardon, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in *Il «Il pacchetto Treu»*. *Commentario sistematico* a cura di Napoli, in *NLCC*, 1998, p. 1328.

Al riguardo si tenga presente che l'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 91/383/Cee pone l'obbligo di informazione sui rischi generici esclusivamente a carico dell'utilizzatore, sicché si concorda con chi ritiene che l'informazione preliminare del somministratore «dovrebbe avere una valenza non sostitutiva, bensì integrativa e rafforzativa della tutela», e ne deduce una violazione del dettato dell'art. 3 della direttiva citata che, invece, considera tale obbligo non suscettibile di essere trasferito all'agenzia di lavoro interinale (26).

Analogo discorso può essere fatto per la formazione e l'addestramento: sebbene l'art. 4 della direttiva non indichi espressamente a quale soggetto competa l'obbligo, stante l'esplicito rinvio «ai casi dell'art. 3», tale soggetto non può che individuarsi nell'utilizzatore; d'altra parte la formazione e l'addestramento effettuati, ai sensi dell'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276/2003, dal somministratore non possono che ridursi a una «mera astrazione» (27), posto che il somministratore non ha a sua disposizione le attrezzature di lavoro, i macchinari e gli impianti a cui sarà adibito il lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice.

Invece, qualora le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici l'obbligo di informazione graverà esclusivamente sull'utilizzatore, il quale è obbligato a osservare altresì, nei confronti del medesimo prestatore, tutte le regole di protezione previste nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi.

Un correttivo all'impostazione sopra riportata è stato compiuto dal Ministero del lavoro con la circolare n. 7 del 22 febbraio 2005 (28), nella quale richiamandosi all'obbligo attribuito dal legislatore all'utilizzatore e contenuto nell'art. 25, comma 5, ultimo periodo, e segnatamente consistente nell'adempiere anche nei confronti dei lavoratori in somministrazione a tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei lavoratori alle proprie dirette dipendenze, per-

(26) Cfr. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza del lavoro*, in *Come cambia il mercato del lavoro*, cit., p. 453.

(27) Cfr. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali*, op. ult. cit., p. 454.

(28) In *GU*, 14 marzo 2005, n. 60. Sulla circolare v. C. Bizzarro, *Somministrazione di lavoro: chiarimenti ministeriali*, in *Glav*, 2005, 10, pp. 12 ss.; G. Bocchieri, M. Tiraboschi, *La somministrazione di lavoro alla luce della circolare ministeriale n. 7 del 2005*, Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva, in *DRI*, 2005, pp. 558 ss.

viene alla conclusione che l'obbligo relativo alla sorveglianza sanitaria, preventiva e periodica deve essere adempiuto dall'impresa utilizzatrice. Si pone, così, l'accento non più sul dato formale dell'identificazione del datore di lavoro nell'agenzia di somministrazione, ma sul dato sostanziale per effetto della posizione assunta dall'impresa utilizzatrice alla quale spetta il potere direttivo e di controllo e nel cui interesse il lavoratore esegue la prestazione. L'interpretazione estensiva del Ministero sul punto risulta condivisibile sul piano delle tutele dei lavoratori, nonché dal punto di vista pratico in quanto evita i problemi operativi conseguenti alla circostanza che il medico competente dell'agenzia di somministrazione avrebbe dovuto gestire lavoratori dislocati in molteplici unità produttive (29).

2.2. — Segue: *il contratto di lavoro a progetto* — Il d.lgs. n. 276/2003 ha introdotto nel nostro ordinamento una specifica regolamentazione del lavoro autonomo coordinato e continuativo. E infatti, per come previsto dall'art. 61, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa devono essere obbligatoriamente ricondotti a un progetto, programma di lavoro o fase di esso (30).

Nonostante qualche perplessità sulla qualificazione del contratto, la collaborazione a progetto rimane nell'ambito del lavoro autonomo (31), e, dunque, non può essere considerata come forma di lavoro dipendente o come *tertium genus* (32); ciò si desume sia dal dato letterale della norma di cui all'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003 laddove, espresamente, prevede che l'obbligo della riconduzione a un progetto vale per «i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione», con ciò mettendo in evidenza che il collaboratore a progetto si assume non solo la responsabilità del risultato finale della prestazione ma si addossa il rischio dei costi e dei tempi necessari per la sua produzione, in altre parole, il

(29) Cfr., sul punto, M. Gallo, *Somministrazione, appalto e distacco: la nuova sfida della «Sicurezza flessibile»*, in *Ambiente e Sicurezza*, 2004, 3, p. 22.

(30) Sul contratto a progetto v. M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario*, cit., pp. 657 ss.; F. Lunardon, *Sub artt. 61-69*, in *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, cit., pp. 4 ss.; L. Castelvetti, *Il lavoro a progetto: finalità e disciplina*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Milano, 2004, pp. 137 ss.

(31) Cfr. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2005, n. 2, I, p. 221.

(32) Cfr., in questo senso, R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro subordinato al lavoro a progetto*, in *Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 25/2003, p. 11.

cd. rischio del lavoro (33), sia dai criteri direttivi, vincolanti *ex art.* 76 Cost. per l'esercizio della potestà legislativa delegata, contenuti nella legge n. 30/2003, la quale all'art. 4, comma 1, lett. *c*, prevede che l'oggetto della collaborazione debba essere l'esecuzione di progetti e programmi di lavoro o fasi di essi «resi con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione».

Detta interpretazione è stata, d'altro canto, avallata anche dalla circolare del Ministero del lavoro dell'8 gennaio 2004, n. 1, laddove considera le nuove collaborazioni caratterizzate dall'«elemento qualificatorio essenziale» della fattispecie contrattuale, costituito da «la autonomia del collaboratore (nello svolgimento della attività lavorative dedotta in contratto e funzionalizzata alla realizzazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso)» dalla «necessaria coordinazione con il committente» e dalla «irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione».

In riferimento alla sicurezza sul lavoro, nell'ambito della disciplina del lavoro a progetto, due sono le norme che provvedono a estendere al collaboratore la relativa tutela prevenzionistica, e, precisamente, l'art. 62, che alla lett. *e* indica tra gli elementi che deve contenere il contratto di lavoro a progetto «le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore», e l'art. 66, comma 4, che, espressamente, estende l'applicazione del d.lgs. n. 626/1994 (e successive modificazioni e integrazioni), «nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali», e, dunque, tutte le norme di sicurezza e igiene sul lavoro vigenti, alla prestazione lavorativa del collaboratore a progetto a condizione, però, che la stessa «si svolga nei luoghi di lavoro del committente» (34).

Orbene, la prima norma citata considera, per come detto, la previsione delle misure di sicurezza, all'interno del contratto di lavoro a progetto, elemento solo «eventuale», posto che potrebbe ben capitare che in un determinato contratto non venga indicata alcuna misura o

(33) Cfr. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, cit., p. 221.

(34) Non è mancato chi ha rilevato tra le due norme un'apparente antinomia: cfr. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 466, il quale deduce che o «la prestazione lavorativa si svolge nei luoghi di lavoro del committente e allora la dizione della norma» (art. 62) «appare veramente superflua alla luce della omnicomprendiva previsione dell'art. 66, comma 4, del decreto legislativo, ovvero la prestazione lavorativa non si svolge nei luoghi di lavoro del committente, e allora è curioso quanto improprio che quest'ultimo debba occuparsi e preoccuparsi di ragioni di tutela di un lavoratore autonomo *tout court...*».

perché l'attività del collaboratore si svolge all'interno dell'organizzazione produttiva del committente e non necessita di specifiche misure di sicurezza, diverse da quelle applicate alla generalità dei dipendenti del committente, ovvero si svolge soltanto all'esterno e la natura dell'attività esercitata non richiede l'applicazione delle regole sulla sicurezza.

Pur non addentrandoci nella delicata questione se la forma del contratto a progetto sia richiesta dalla legge *ad substantiam* (35), ovvero *ad probationem* (36), valga, comunque, rilevare che, considerata la evidente rigidità conseguente alla sottoposizione del contratto al regime della nullità e le limitazioni probatorie a esso connesse, la prescrizione della forma *ad substantiam* non può che considerarsi l'eccezione e, come tale, richiedente la previsione testuale della nullità in sua mancanza (37).

(35) In quanto a differenza vedi quanto stabilito per il contratto di lavoro intermittente (art. 35) o per il contratto di lavoro ripartito (art. 42), dove la stipulazione in forma scritta ai soli fini della prova è richiesta con chiarezza, mentre nel contratto a progetto la norma sembrerebbe distinguere tra l'imposizione della forma *ad substantiam* per la stipula del contratto e la imposizione della forma *ad probationem* per gli elementi costitutivi del contratto, v. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, cit., p. 208.

(36) Cfr. M. Pedrazzoli, *Sub. art. 62*, in L. Montuschi, F. Liso, M. Pedrazzoli (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, p. 769. Questa è anche l'interpretazione della circolare n. 1/2004, che, comunque, sottolinea che «sebbene la forma scritta sia richiesta solo ai fini della prova, quest'ultima sembra assumere valore decisivo rispetto alla individuazione del progetto, del programma o della fase di esso in quanto, in assenza di forma scritta non sarà agevole per le parti contrattuali dimostrare la riconducibilità della prestazione lavorativa a un progetto...». In verità, l'art. 1325 cod. civ. al n. 4 indica la forma quale requisito essenziale nella sola ipotesi in cui risulti «prescritta dalla legge sotto pena di nullità»; nel caso del lavoro a progetto, il legislatore, a differenza di quanto previsto per il contratto di somministrazione (art. 21, comma 4) o per il contratto di inserimento (art. 56, comma 2), non ha prescritto la forma a pena di nullità. Sul punto vedi V. Pinto, *La categoria giuridica delle collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 72/2005. Anche la giurisprudenza di merito, nell'unica sentenza a oggi emanata ha affermato che la forma nel contratto di lavoro a progetto è richiesta *ad probationem*, v. Trib. Torino, 5 aprile 2005, in *Lav. giur.*, 2005, n. 7, p. 651, con nota di V. Fili, *Il lavoro a progetto in una sentenza pioniera della giurisprudenza di merito*.

(37) «Risulta che nel nostro ordinamento la disciplina della forma *ad substantiam* costituisce una deroga davvero penetrante – non solo al principio della libertà di forma, che nell'ordinamento è certo presente – ma alla stessa autonomia privata, posto che [...] la forma non solo condiziona il sorgere dell'atto, ma viene altresì a impedire che le parti possano eseguirlo, confermarlo, ovvero accettarlo. Il sistema dovrebbe essere perciò inteso come veramente eccezionale, cosicché non dovrebbe indulgersi alla tendenza di estenderlo al di là dei casi da esso effettivamente disciplinati», cfr. A. Giorgianni, *Forma degli atti*, in *ED*, XVII, Milano, 1968, p. 994.

La norma prevede quale elemento della fattispecie, da inserire all'interno del contratto, assieme agli altri ivi previsti, l'indicazione delle eventuali misure di sicurezza. Nonostante la infelice formulazione della disposizione, dal tenore letterale della norma sembra che l'indicazione delle eventuali misure di sicurezza possa considerarsi un onere imposto alle parti nella stipulazione del contratto, talché l'assenza di tale indicazione potrebbe comportare (in particolare in mancanza di altri elementi parimenti indicati nell'art. 62) la preclusione, in giudizio, a fornire la prova degli elementi che, specificando concretamente l'attività del collaboratore, ne individuino il contenuto caratterizzante (38).

Tuttavia, è opportuno mettere in evidenza che, qualora le misure di sicurezza fossero incluse nel contratto, ciò, ai sensi della lett. *e* dell'art. 62 del decreto, dovrà avvenire «fermo restando quanto disposto dall'art. 66, comma 4». Sul punto c'è stato chi ha ritenuto che l'unico senso da attribuire a tale rinvio, a meno di non considerare la norma una disposizione inutile o «come non scritta», sia quello di voler evitare che possano concordarsi, nei casi in cui la prestazione lavorativa si svolga nei locali del committente, abbassamenti di tutele in forza di clausole contrattuali, stante la possibilità che nel contratto tipico di lavoro a progetto siano concordate discipline anche diverse da quelle previste nel caso delle cd. collaborazioni ricondotte a progetto (39). A tale proposito, sembra, invero, che, per come già specificato *supra*, con il citato rinvio operato dall'art. 62, lett. *e*, del d.lgs. n. 276/2003 all'art. 66, comma 4, del medesimo decreto, il legislatore abbia voluto puntualizzare che le misure di sicurezza saranno «eventuali» solo nell'ipotesi in cui sia necessario prevedere, per il collaboratore a progetto, specifiche misure di sicurezza, diverse da quelle poste in essere per gli altri lavoratori, mentre nel caso previsto dall'art. 66, comma 4, del decreto, trattando-

(38) Cfr. E. Ghera, *Sul lavoro a progetto*, cit., p. 211, secondo cui il ricorso alla forma scritta per la prova degli elementi del contratto ha una funzione di certezza che sembra destinata a operare soprattutto a favore del committente, cioè della parte interessata alla scelta del modello contrattuale «leggero» del lavoro a progetto, e, invece, è interessata a resistere alla domanda giudiziale del lavoratore diretta a ottenere la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, e ciò in controtendenza rispetto alla tecnica legislativa che utilizza il formalismo negoziale a favore del soggetto debole dei rapporti contrattuali. Sul punto v., anche, Idem, nota n. 35.

(39) Quale conseguenza della teoria, invero minoritaria, del cd. «doppio binario» costituito dalle collaborazioni ricondotte a progetto (art. 61, comma 1) e dal contratto tipico di lavoro a progetto (art. 62), cfr. M. Pedrazzoli, *Sub art. 62*, in *Il nuovo mercato del lavoro...*, cit., pp. 768-769.

si di misure generalmente applicate dal committente «nei luoghi di lavoro», non sarà necessario indicarle nel contratto (40).

Norma cardine in materia di sicurezza è, comunque, quella contenuta nell'art. 66, comma 4, del decreto, che, appunto, prevede l'applicazione al lavoratore a progetto di tutte le norme prevenzionistiche qualora lo stesso presti la propria attività lavorativa nei locali del committente (41).

Sicuramente positiva è l'estensione delle norme prevenzionistiche ai lavoratori a progetto, considerato che, fino a oggi, il sistema della sicurezza sul lavoro, sebbene trovasse applicazione anche nei confronti di soggetti che non sono lavoratori subordinati, quali stagisti o studenti, non era applicabile alle collaborazioni coordinate e continuative (42). In sostanza, dunque, il committente sarà tenuto a individuare i rischi della specifica attività svolta dal collaboratore sul luogo di lavoro in riferimento al progetto, programma o fase di esso da realizzare. Sulla base di ciò dovrà individuare le norme di protezione necessarie, i dispositivi di protezione da fornire, dovrà procedere alla informazione, formazione e addestramento del collaboratore e, qualora sia necessario, in caso di esposizione ad agenti nocivi, sottoporlo a sorveglianza medica, nonché consentirgli di partecipare e controllare l'attuazione dell'obbligazione di sicurezza.

Tuttavia, sarebbe stato opportuno, piuttosto che utilizzare un generale rinvio, come quello contenuto nell'art. 66, comma 4, del decreto,

(40) Nel senso di considerare il termine «eventuali» riferito a ulteriori e aggiuntive misure di sicurezza che le parti possono prevedere nel contenuto contrattuale rispetto a quelle previste dall'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994, v. R. Altavilla, *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, in q. Riv., 2005, 4, p. 781.

(41) Cfr. V. Pinto, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, p. 343, secondo cui, considerata la ratio della norma e la natura autonoma della prestazione dedotta in contratto, il rinvio operato dall'art. 66, comma 4, andrebbe riferito al solo art. 7 del d.lgs. n. 626/1994; nello stesso senso v. A. Bellavista, *Altri diritti del collaboratore a progetto*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, pp. 774 ss. Tuttavia, anche considerata la disposizione che si riferisce alla estensione delle «norme» sulla sicurezza e igiene del lavoro, pare più aderente al dettato legislativo l'interpretazione che considera il rinvio operato all'intera disciplina del d.lgs. n. 626/1994; sul punto v. M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 126.

(42) Cfr. F. Lunardon, *Sub art. 66*, in F. Carinci (diretto da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, p. 64; M. Lai, *Più flessibilità e meno sicurezza nei nuovi contratti di lavoro?*, in ISL, n. 8/2004, p. 473-474.

predisporre una disciplina specifica, in materia di sicurezza, per i collaboratori a progetto, in quanto molte norme del d.lgs. n. 626/1994 risultano incompatibili con il contratto in questione, ovvero necessitano di un loro adattamento essendo dettate proprio per il lavoratore subordinato (43). È il caso, ad esempio, delle disposizioni che disciplinano le rappresentanze in materia di sicurezza, in quanto sorgono seri dubbi sulla compatibilità di un rapporto di lavoro come quello del collaboratore a progetto, comunque connotato da una forte autonomia, ancorché limitata dal coordinamento con l'organizzazione del committente, con l'eventuale elezione dello stesso a rappresentante dei lavoratori e il suo conseguente diritto, previsto dall'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 626/1994, di «disporre del tempo necessario allo svolgimento dell'incarico senza perdita di retribuzione» (44). D'altro canto, la stessa circolare n. 1/2004 del Ministero del lavoro mette in evidenza la problematicità della applicazione della norma di cui all'art. 66, comma 4, del decreto n. 276/2003 (45).

Peraltro, giova ribadirlo, il summenzionato diritto del collaboratore a progetto è previsto, unicamente, qualora la prestazione lavorativa si svolga nei locali del committente. Diversamente, le misure ben potranno essere sempre inserite nel contratto, ma in mancanza di una loro espressa indicazione il collaboratore a progetto che, dunque, svolge la propria

(43) Cfr. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 467.

(44) Cfr., P. Sciortino, *La riforma del mercato del lavoro e le collaborazioni «a progetto» nella prospettiva prevenzionistica*, in *MGL*, 2004, n. 4, p. 246. Cfr., tuttavia, M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 116, secondo cui nulla osta a che il collaboratore a progetto sia destinatario anche degli obblighi di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 626/1994, in relazione al suo grado di inserimento nell'organizzazione produttiva del committente; a tal fine l'Autore, confidando in un intervento chiarificatore del legislatore, propone, nelle more, di superare le difficoltà dovute al fatto che gli obblighi suddetti siano dettati *ab origine* per i lavoratori subordinati attraverso lo strumento contrattuale, trasponendo, cioè, nel contratto di lavoro a progetto, opportunamente adattati, i principi posti dall'art. 5 del d.lgs. n. 626/1994; nello stesso senso v. M. Gallo, *Lavoro a progetto: problemi applicativi e schemi guida di gestione della sicurezza*, in *Ambiente e Sicurezza*, 2004, n. 6, p. 41.

(45) Essa, infatti, prevede che «riguardo in particolare alla protezione contro i rischi lavorativi occorrerà naturalmente considerare che, stante la *ratio* del d.lgs. n. 626/1994 – principalmente orientata alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori subordinati e alla corrispondente responsabilizzazione dei datori di lavoro –, non poche prescrizioni di tale provvedimento (per lo più sanzionate penalmente) risultano di problematica applicazione nei confronti di figure, come quelle dei collaboratori, fortemente connotate da una componente di autonomia nello svolgimento della prestazione».

prestazione lavorativa al di fuori dell'organizzazione produttiva del committente non potrà pretendere l'applicazione. In tale ultimo caso, ci si chiede se il committente sia tenuto all'applicazione dell'art. 2087 cod. civ. (46). Invero, secondo un'autorevole opinione, elaborata in periodo antecedente il d.lgs. n. 276/2003, la norma codicistica si riteneva applicabile anche alle ipotesi di rapporto di lavoro (non subordinato) economicamente dipendente (47). Questa teoria, tuttavia, non è condivisa dalla giurisprudenza; e infatti, la Corte di Cassazione, pronunciatisi in merito all'applicazione dell'art. 2087 cod. civ. ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, ha escluso che la norma in questione possa applicarsi a rapporti di lavoro diversi da quello subordinato (48). D'altro canto la stessa Corte Costituzionale, sottolineando la valenza ai soli fini processuali, e non sostanziali, delle collaborazioni coordinate e continuative, ha ritenuto infondate le questioni di illegittimità costituzionale proposte con riferimento all'art. 3 e all'art. 35 Cost. E, infatti, ha

(46) In questo senso v., F. Lunardon, *Sub. art. 66*, cit., p. 64, secondo la quale, in tale ipotesi, trattandosi di lavoro autonomo continuativo, si deve ritenere operante l'art. 2087 cod. civ.

(47) Vedi M. Lai, *Sicurezza del lavoro e rapporto di collaborazione coordinata e continuativa*, in q. *Riv.*, 2003, pp. 320 ss., che, analizzando possibili prospettive di riforma fa propria la teoria secondo la quale gli obblighi concernenti la sicurezza del committente «potranno affermarsi e andranno commisurati al grado di inserimento della prestazione nella sua organizzazione aziendale e all'eventuale utilizzo di strumenti da lui predisposti; qualora invece la prestazione sia svolta con l'uso di mezzi propri da parte del collaboratore, non potranno essere imputati al committente obblighi in tal senso». Nel senso di ritenere l'assetto normativo di prevenzione come inderogabile e, pertanto, applicabile anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato v. C. Smuraglia, *La sicurezza sul lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974, p. 55; P. Sciortino, *La riforma del mercato del lavoro e le collaborazioni «a progetto» nella prospettiva prevenzionistica*, cit., p. 246.

(48) Cass., Sez. lav., 6 luglio 2001, n. 9614, in q. *Riv.*, 2002, 3, p. 488, con nota di V. Pasquarella, *L'art. 2087 cod. civ. e i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa un connubio impossibile o difficile?*; v. anche V. Nuzzo, *La giurisprudenza in tema di definizione e tutela delle collaborazioni coordinate e continuative alla luce della nuova disciplina del lavoro a progetto*, in *DLM*, 2003, 3, p. 743-744; per una parziale apertura v. Cass., Sez. lav., 22 marzo 2002, n. 4129, in *Lav. giur.*, 2002, p. 746, con nota di S. Bertocco, *Responsabilità del committente per gli infortuni subiti dai dipendenti dell'appaltatore*, che individua una responsabilità del committente per gli infortuni subiti dai dipendenti dell'appaltatore, però unicamente qualora il committente si sia reso contrattualmente garante dell'attuazione della vigilanza relativa alle misure di sicurezza da adottare in concreto. Sulle linee di evoluzione dell'obbligo di sicurezza individuate dalla giurisprudenza v. M. Lanotte, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *DRI*, 2002, pp. 125 ss.

escluso la violazione del principio di uguaglianza in quanto la disparità di trattamento troverebbe giustificazione nella natura autonoma dei rapporti di collaborazione che li lascia lecitamente fuori dall'applicazione di discipline materiali specifiche del lavoro subordinato. Parimenti, la Corte, sottolineando la valenza ai soli fini processuali, e non sostanziali, del lavoro coordinato e continuativo, ha ritenuto che non vi sia violazione dell'art. 35 Cost., che pure tutela il lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni», in quanto il suddetto principio non implica che tale tutela non possa essere diversa in relazione alla natura dei rapporti in cui l'attività è dedotta (49). In verità la norma codicistica di cui all'art. 2087 cod. civ. si caratterizza proprio per il suo carattere «aperto» e per il suo contenuto «elastico» che la identifica quale strumento di integrazione di lacune e norma di chiusura del sistema della sicurezza. Pertanto il riferimento contenuto nell'articolo ai «prestatori di lavoro» senza ulteriori specificazioni (50), nonché la stessa collocazione della norma in una sezione diversa (*Dell'imprenditore*) rispetto a quella in cui è contenuto l'art. 2094 cod. civ. (*Dei collaboratori dell'imprenditore*), potrebbe far propendere per una lettura della norma in questione non necessariamente collegata al rapporto di lavoro subordinato (51).

L'esclusione del collaboratore a progetto che svolge l'attività lavorativa al di fuori del contesto produttivo del committente, tra i soggetti destinatari della tutela prevista dal d.lgs. n. 626/94, risulta davvero poco comprensibile soprattutto quando il collaboratore utilizzi comunque mezzi e strumenti produttivi di proprietà del committente. Ciò rappresenta, pertanto, una grave lacuna del provvedimento in quanto costruisce il sistema prevenzionale esclusivamente in considerazione del rapporto spaziale del collaboratore e del committente. Sarebbe stato più opportuno, invece, estendere l'applicazione della normativa di sicurezza anche a tutte quelle ipotesi in cui si riscontri una riferibilità o collegamento funzionale della prestazione lavorativa a un determinato contesto/ciclo produttivo, secondo quella tendenza diffusa in vari paesi europei secondo la quale l'imputazione degli obblighi di sicurezza all'imprenditore o al capo dell'organizzazione produttiva trova

(49) Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 365, in *GC*, 1995, I, c. 2612; Corte Cost. 20 aprile 1989, n. 226, in *FI*, 1989, I, c. 2090.

(50) A differenza, ad es., dell'art. 2095 cod. civ. nel quale espressamente si fa riferimento ai soli prestatori di lavoro subordinati.

(51) Così P. Sciortino, *Flessibilità del lavoro e sicurezza del lavoro: coesistenza o inconciliabilità?*, in *LG*, 2002, n. 8, p. 738.

giustificazione nel principio di responsabilità, assoluta od oggettiva, nei confronti di tutti quelli che in vario modo vengono a contatto con l'attività rischiosa (52).

Inoltre va messa in evidenza l'assoluta mancanza di attenzione rivolta dal legislatore in materia di salute e sicurezza dei lavoratori in riferimento alle collaborazioni occasionali (53), definite dall'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 276/2004, come «i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro». È stato rilevato, al riguardo, che l'inapplicabilità tanto dell'art. 62, comma 1, lett. e, quanto dell'art. 66, comma 4, alle suddette collaborazioni in special modo quando si svolgano, analogamente a quanto avviene per il lavoro a progetto, nei luoghi di lavoro del committente, verrebbe a determinare una situazione di palese violazione del «principio di non discriminazione» del lavoratore con possibili conseguenze anche sul piano della legittimità costituzionale delle norme in questione (54). A tale proposito, non si condivide l'opinione di chi ritiene di potere superare l'*impasse* attraverso l'interpretazione letterale dell'art. 66, comma 4, che estendendosi «ai rapporti che rientrano nel campo di applicazione del presente capo» (Capo I, Titolo VII del decreto) «potrebbe legittimamente riguardare anche il lavoro occasionale» (55), in quanto il comma 2 dell'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003 contiene la definizione delle cd. prestazioni accessorie al solo fine di escluderle dalla «disposizione di cui al comma 1», e, dunque, proprio dal campo di applicazione dell'intera disciplina del lavoro a progetto. D'altro canto lo stesso art. 61, comma 2, espressamente limita l'esclusione dall'applicazione della disciplina in questione alle collaborazioni occasionali il cui compenso non sia superiore, nel corso dell'anno solare, a 5 mila euro, avendo cura di precisare che, invece, superando detta soglia «trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo».

(52) Cfr. T. Treu, *Diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, p. 493; A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *q. Riv.*, 2003, p. 228.

(53) Cfr. L. Montuschi, *Aspettando la riforma*, cit., p. 754, il quale proprio in riferimento alla assenza di disciplina in materia di sicurezza per le prestazioni occasionali, per le collaborazioni coordinate e continuative residualmente ammesse e per il cosiddetto lavoro accessorio avanza un «legittimo dubbio» sulla sufficienza della disciplina dettata dal d.lgs. n. 276/2003.

(54) Cfr. P. Soprani, *Nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 1073.

(55) Cfr. M. Lai, *La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali*, cit., p. 128.

Da ultimo va sottolineata la disparità di trattamento realizzatasi tra lavoratori privati e pubblici; mi riferisco alla circostanza che nelle pubbliche amministrazioni, escluse ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 dall'applicazione delle disposizioni ivi contenute, trovano ancora cittadinanza le (vecchie) collaborazioni coordinate e continuative (56). A tale proposito è intervenuto il Dipartimento per la Funzione Pubblica che con il parere n. 189/2004 del 4 febbraio 2004 ha richiamato gli enti pubblici a ricorrere a tali forme di lavoro entro i limiti e nel rispetto dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte dei Conti (57). Tuttavia, inspiegabilmente, il Dipartimento, nel citato parere, ritiene che l'Amministrazione, nella stipula di contratti di collaborazione coordinata e continuativa, possa tener presente all'interno dello schema tradizionale del rapporto, per gli aspetti attinenti alla configurazione pratica del rapporto e quali elementi fondamentali, il programma da realizzare o la fase di lavoro da eseguire a opera del collaboratore, ritenendo, in tal modo, ben possibile utilizzare l'oggetto del contratto a progetto senza, tuttavia, estendere al collaboratore la relativa disciplina protettiva e, pertanto, le norme sulla salute e sicurezza dei lavoratori. A tale fine l'unico rimedio a tale lacuna legislativa *rebus sic stantibus* è rimesso all'autonomia contrattuale delle parti mediante l'inserimento delle norme di tutela nello strumento contrattuale (58).

(56) Cfr. M. D'Aponte, *Il lavoro a progetto e la disciplina delle collaborazioni nella pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *LPA*, 2004, n. 6, p. 1107; M. Squeglia, *Il retaggio della collaborazione coordinata e continuativa nella pubblica Amministrazione: spunti ricostruttivi dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *MGL*, 2004, n. 1-2, pp. 29 ss.

(57) E segnatamente consistenti in: a) rispondenza dell'incarico agli obiettivi dell'amministrazione conferente; b) impossibilità per l'amministrazione conferente di procurarsi all'interno della propria organizzazione le figure professionali idonee allo svolgimento delle prestazioni oggetto dell'incarico, da verificare attraverso una reale cognizione; c) specifica indicazione delle modalità e dei criteri di svolgimento dell'incarico; d) temporaneità dell'incarico; e) proporzione tra compensi erogati all'incaricato e utilità conseguite dall'amministrazione conferente.

(58) Cfr. M. Gallo, *Lavoro a progetto: problemi applicativi e schemi guida di gestione della sicurezza*, in *AS*, 2004, n. 6, p. 42, il quale, a tale proposito, richiama il protocollo di intesa territoriale per i criteri relativi alla definizione dei contratti delle collaborazioni coordinate e continuative tra gli enti locali della Conferenza Provinciale delle Autonomie di Modena e la C.G.I.L., C.I.S.L. e U.I.L. del 23 dicembre 2003, secondo cui il contratto da stipulare in forma scritta deve contenere, tra i vari elementi, le «modalità di accesso alle informazioni sulla prevenzione degli infortuni e la sicurezza sul lavoro», le «modalità di sospensione della prestazione per malattia, infortunio, maternità», nonché assicurare le «tutele relative alla sicurezza e salubrità nei

3. — *Conclusioni* — Dall'analisi delle figure contrattuali effettuata si può affermare che dal punto di vista della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro il provvedimento sia abbastanza carente (59). Esso, come è noto, è figlio del *Libro bianco sul mercato del lavoro* dell'ottobre del 2001, il quale, però, sul punto della sicurezza sul lavoro non presentava una analisi sistematica della questione, limitandosi a effettuare una critica sulla complessità del sistema normativo e sulla eccessiva burocratizzazione degli adempimenti in materia (60), e proponeva come unico paradigma di riferimento per le politiche in materia di salute e sicurezza sul lavoro il passaggio dal *management by regulation* al *management by objectives*, inteso come passaggio da norme «pesanti» a norme «leggere» che mirino a orientare l'attività dei soggetti destinatari.

Diversamente, a livello comunitario, salute e sicurezza sul lavoro sono considerati elementi indispensabili per una migliore qualità del lavoro. E, infatti, nel Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 si è sottolineato come l'Europa di trovi ad affrontare la transizione verso «l'economia della conoscenza» segnata da trasformazioni profonde che riguardano la composizione della popolazione attiva, le forme di occupazione e i rischi sul luogo di lavoro. A tale proposito è stata elaborata la Strategia Comunitaria per la salute e la sicurezza sul lavoro (2002-2006) che è rivolta alla creazione della *quality in work* in cui elemento indefettibile è la garanzia di un ambiente di lavoro sicuro e sano da realizzarsi attraverso il consolidamento della cultura della prevenzione dei rischi, dalla migliore applicazione del diritto esistente all'impostazione globale del «benessere sul lavoro» (61). Il tema della sicurezza diviene centrale anche nella recente Strategia per l'occupazione, e infatti, tra le linee di orientamento per gli anni 2005-2008, la Commissione propone di favo-

luoghi di lavoro, contro le molestie sessuali e le discriminazioni sui posti di lavoro». La necessità di uno specifico intervento normativo per le pubbliche amministrazioni è stata sottolineata da M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in *La riforma Biagi, Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *Glav*, 2003, n. 4, p. 111.

(59) Cfr. A. Bellavista, *Altri diritti del collaboratore a progetto*, cit., p. 775, il quale rileva come sul piano della sicurezza la disciplina relativa al lavoro a progetto non ha nulla di innovativo e sottolinea la incongruità della relazione di accompagnamento del d.lgs. n. 276/2003 laddove sostiene che in esso vengano stabilite «alcune tutele fondamentali» con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio, nonché alla sicurezza nei luoghi di lavoro.

(60) Cfr. O. Bonardi, *La sicurezza del lavoro nella Comunità Europea, nella Costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in *q. Riv.*, 2003, p. 438.

(61) Comunicazione della Commissione – Strategia comunitaria per la salute e la sicurezza sul lavoro (2002-2006), Bruxelles, 11 marzo 2002, com (2002), 118 def.

rire la flessibilità conciliandola con la sicurezza sul posto di lavoro (62). La sicurezza sul lavoro è dunque da considerare un indicatore primario della cd. *job satisfaction* (63). Tuttavia le indicazioni comunitarie non sono state riprese né dal *Libro bianco*, leggendo il quale si deduce che la questione della sicurezza non è stata considerata dagli estensori del documento come una priorità, posto che si sono limitati a stilare, nella parte finale del documento, un generico paragrafo sull'argomento, né dal d.lgs. n. 276/2003, che non pare orientato a realizzare un bilanciamento tra flessibilità e sicurezza (cd. *flexicurity*).

Va, comunque, ricordato che nel *Libro bianco* era considerato opportuno e urgente il varo di un Testo Unico di cui si elencavano i criteri direttivi, che in massima parte riprendevano quelli contenuti nell'art. 3 della legge di semplificazione 2001 (64) con cui il governo è stato delegato a emanare un Testo Unico in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro con particolare attenzione alle nuove organizzazioni del lavoro. Tra i criteri della delega è, del resto, prevista l'assicurazione della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro in tutti i settori di attività, pubblici e privati, e a tutti i lavoratori, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato con il datore di lavoro o committente (art. 3, lett. *ff*), nonché l'adeguamento del sistema prevenzionistico e del relativo campo di applicazione alle nuove forme di lavoro e tipologie contrattuali, anche in funzione di contrasto rispetto al fenomeno del lavoro sommerso e irregolare (art. 3, lett. *g*).

La necessità del Testo Unico era stata messa in evidenza anche nella citata circolare ministeriale n. 1/2004, laddove, in riferimento proprio alle problematiche della sicurezza all'interno della disciplina relativa al lavoro a progetto, si intravedeva nella emanazione del Testo Unico un'utile occasione «per un adattamento di principi generali di tutela prevenzionistica alle oggettive peculiarità del lavoro a progetto».

Com'è noto lo schema di decreto legislativo, dopo avere ricevuto parere negativo sia da parte del Consiglio di Stato sia da parte della Conferenza unificata Stato-Regioni è stato ritirato dal governo (65).

(62) Comunicazione della commissione – Linee di orientamento per la crescita e l'occupazione (2005-2008), Bruxelles 12 aprile 2005, com (2005), 141 def.

(63) Sul concetto di *Job satisfaction* v. A. E. Clark, *Measures of job satisfaction, what makes a good job? Evidence from OECD Countries*, in *Occasional Paper*, n. 34, 1998.

(64) Legge 29 luglio 2003, n. 22, in *GU*, n. 196 del 25 agosto 2003.

(65) Le motivazioni del ritiro si possono leggere nella Comunicazione del Sottosegretario per il lavoro Sacconi nella seduta della Commissione lavoro del 17 maggio 2005 in www.amblav.it.

Esso, comunque, non attuava quanto previsto dalla legge delega in ordine all'adeguamento del sistema di prevenzione alle nuove forme di lavoro e tipologie contrattuali, ma, anzi, con riferimento alla disciplina dettata per i lavoratori a progetto prevedeva delle tutele addirittura inferiori rispetto a quelle inserite nel d.lgs. n. 276/2003, in quanto questi lavoratori risultavano destinatari solo delle tutele previste dall'art. 10 dello schema di decreto che, in sostanza, sostituendo l'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994, prevedeva per i lavoratori autonomi un diritto di informazione sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui avrebbero dovuto operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione all'attività espletata, nonché un generico obbligo di cooperazione e coordinamento nell'attuazione delle misure di sicurezza.

Ritornando al d.lgs. n. 276/2003, la sensazione è che il legislatore non abbia sfruttato l'occasione per dettare una completa normativa di tutela della salute e della sicurezza nei confronti dei lavoratori flessibili (66).

È un dato di fatto che la domanda di flessibilità del lavoro esista e negli ultimi anni è andata via via crescendo; anzi, si può pensare a un andamento congiunturale del lavoro non *standard* che cresce nei periodi di crisi economica quando consente alle imprese di «scaricare» sui lavoratori i costi dell'incertezza, e diminuisce nei periodi di espansione in cui si riscontra la tendenza delle imprese a preferire lavoratori stabili e affidabili. Tuttavia, è compito del legislatore, a fronte della richiesta di una sempre maggiore flessibilità da parte delle imprese, rendere la stessa socialmente sostenibile. Analizzando, invece, le nuove forme contrattuali inserite nel d.lgs. n. 276/2003, la sensazione è che ciò che si è voluto creare non sono lavoratori flessibili, in grado, cioè, ed entro certi limiti e con opportune garanzie di tutela, di gestire la propria flessibilità, ma lavoratori flessibilizzati, lavoratori, cioè, che subiscono la flessibilità a cui non sono state estese misure volte a compensare o a controbilanciare la situazione di debolezza contrattuale, sulla base dell'equilibrio tra «flessibilità e sicurezza» considerato criterio cardine nel *Libro bianco* sul mercato del lavoro (67).

(66) Cfr. L. Montuschi, *Aspettando la riforma*, cit., p. 754, che rileva la scarsa attenzione riservata dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di sicurezza al lavoro autonomo e, in particolare, alle collaborazioni coordinate e continuative e ai cd. «non lavori» quali ad es. il volontariato, i lavoratori socialmente utili e i lavoratori di pubblica utilità.

(67) Cfr. M. Cinelli, «Nuovi lavori» e tutele. *Quali spazi per la previdenza sociale?*, in *RIDL*, 2005, I, p. 225.

Antonella Durante (*)

IL REDDITO DI CITTADINANZA: VERSO UN NUOVO MODELLO DI PROTEZIONE SOCIALE?

SOMMARIO: 1. Breve introduzione. — 2. Dal *welfare* al *workfare*, al reddito di cittadinanza. — 3. Una prima riflessione su alcuni interventi regionali. La legge della Regione Campania n. 2 del 2004. — 4. Conclusioni.

1. — *Breve introduzione* — In tutti i sistemi di protezione e assistenza sociale oggi si discute la necessità di intervenire per contrastare il fenomeno della povertà e dell'esclusione sociale (1) e favorire l'integrazione dei beneficiari delle misure di politiche sociali. Generalmente, sinora, pur rimanendo il concetto di integrazione sociale in larga misura indefinito e talvolta controverso, nel dibattito corrente esso è sembrato coincidere con la partecipazione al mercato del lavoro e alla produzione: perciò i beneficiari di un qualche sostegno devono essere «spinti» a lavorare; ciò – si è comunemente ritenuto – per evitare non solo la dipendenza assistenziale ma la stessa esclusione sociale.

Tuttavia l'inclusione sociale attraverso il lavoro non è sempre facile da realizzare, specie in territori martoriati dalla disoccupazione endemica, mentre, parallelamente, cresce il tasso di povertà e la tendenziale vulnerabilità di gruppi sociali sinora ritenuti «protetti».

(*) Dottoranda in Diritto del lavoro europeo nell'Università di Catania.

(1) Fino alla metà degli anni settanta nell'ambito delle definizioni nazionali (ma anche a livello comunitario basti pensare al primo programma comunitario contro la povertà risalente al 1975) veniva accolta una nozione ristretta e unidimensionale della povertà essenzialmente riconducibile alla mancanza di risorse economiche. Dalla metà degli anni ottanta si comincia a profilare un'idea più articolata e complessa di povertà, non più definita in termini di mera assenza di reddito ma come esclusione da una serie di risorse primarie di natura sociale, culturale, relazionale, e quindi da una condizione di accesso alla cittadinanza (al 1984 risale il secondo programma comunitario contro la povertà in cui compare il concetto di esclusione sociale). Per ulteriori riferimenti si rinvia a S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, 2003, e allo stesso Autore in *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, in *DLRI*, n. 99, 2003.

Questo approccio, per quanto legittimo, presuppone che vi sia una domanda di lavoro sufficiente e con una remunerazione adeguata e che la disoccupazione dipenda quasi esclusivamente dall'indisponibilità e dall'incapacità dei singoli soggetti ad accettare un lavoro. Tra tutti questi presupposti, necessari a far ritenere ancora attuale la struttura di *welfare* fondata (quasi) esclusivamente sul rapporto di lavoro, quello forse più rilevante riguarda l'offerta e le caratteristiche del lavoro disponibile. Occorre quindi mettere in comunicazione il fenomeno della povertà con quello del mercato del lavoro e della disoccupazione. Per incentivare *davvero* le persone ad accettare un lavoro, ammesso che ci siano posti di lavoro disponibili e sufficienti per tutti coloro che versano in condizioni di bisogno economico, non basta offrire loro un *qualsiasi* lavoro (2). Questo deve essere percepito come una buona opportunità per sé e per la propria famiglia (non solo a breve scadenza), deve offrire una remunerazione sufficiente ai bisogni e forme di sicurezza e di gratificazioni (seppur minime) tali per cui l'individuo può essere motivato ad accettarlo e a investirvi sul piano personale. Ciò è particolarmente importante in quei contesti territoriali ove l'offerta di occupazione è in gran parte temporanea o a bassa remunerazione e/o qualificazione, o addirittura coesiste con l'occupazione precaria e l'economia «informale» e talvolta «illegale».

Anche nel campo delle politiche sociali, pertanto, sarebbe forse opportuno cominciare a pensare a un mutamento di paradigma, in virtù del fatto che le sole misure di assicurazione sociale e altre forme di sostegno rapportato all'obbligo di accettare un qualsiasi lavoro non sem-

(2) Molti studiosi sostengono proprio che affermare che un lavoro qualsiasi è meglio di nessun lavoro è estremamente semplicistico e, al contrario, alcuni lavori possono provocare esclusione sociale e professionale in misura maggiore della stessa assistenza. Forzare una persona, in stato di bisogno economico, ad accettare un lavoro qualsiasi può avere effetti negativi sulle sue competenze; può addirittura disincentivare la formazione e abbassare il livello di autostima e perciò incidere sulla sua attitudine e volontà di rimanere nel mercato del lavoro, anche se tale affermazione non è in assoluto generalizzabile. Vedi le ricerche di A. B. Atkinson, *Social exclusion, poverty and unemployment*, in A. B. Atkinson e J. Hills (a cura di), *Exclusion, employment and opportunity*, Case Paper n. 4, London School of Economics, 1998, e di S. Paugam, *L'exclusion. Généalogie d'un paradigme social*, in *Sociétés et Représentations*, 1997, n. 5. Ovviamente con ciò non si intende sostenere che il fondamentale terreno di lotta contro l'esclusione sociale non sia la politica del lavoro e che l'emarginazione non si combatta soprattutto attraverso l'integrazione dei soggetti svantaggiati nel mercato del lavoro, ma la questione resta la *qualità* del lavoro offerto e le prospettive di realizzazione degli individui attraverso il canale produttivo disponibile.

pre sortiscono gli effetti desiderati di inclusione – in un contesto in cui resta ancora incerto il concetto di *qualità* intrinseche del lavoro stesso – e, anzi, talvolta aumentano il rischio di provocare meccanismi di svalutazione e deprivazione dell'identità sociale e personale. Le misure di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale dovrebbero, pertanto, essere intese, nell'ambito di una programmazione sinergica di sostegno economico e di valorizzazione dei servizi socio-sanitari pubblici, come una sfida per garantire uno «spazio istituzionale di cittadinanza» e una più spontanea e ampia interazione sociale. Non mera redistribuzione passiva e assistenzialistica del reddito, cioè, ma apertura di uno *spazio sociale* più ampio, il cui accesso sia garantito anche a coloro che sono privi di qualsiasi facoltà di inserimento a causa di carenze culturali, formative e di opportunità e a coloro che non hanno i requisiti per l'accesso all'assicurazione sociale tradizionalmente intesa. In tale prospettiva viene capovolta l'intera struttura su cui sinora si è fondato il *welfare* moderno nel senso che non è più il lavoro la preconditione di accesso ai diritti di cittadinanza ma, al contrario, è il concetto stesso di cittadinanza ad acquisire un significato più denso e complesso e a operare come filtro per l'accesso a spazi più specifici di interazione quali il mercato del lavoro o il sistema scolastico e universitario.

2. — *Dal welfare al workfare, al reddito di cittadinanza* — La povertà appare un fenomeno crescente, soprattutto nei paesi occidentali a industrialismo avanzato, in cui si registrano preoccupanti processi di polarizzazione e in cui, accanto allo sviluppo economico, cresce il tasso di disoccupazione e aumenta il rischio di marginalità intesa non solo come mancanza di reddito sufficiente, ma anche come precarietà nel processo di riproduzione sociale e carenza di opportunità (3).

Tuttavia il sistema di protezione sociale che si è evoluto nel nostro continente fino a essere considerato un elemento essenziale del «modello europeo di società e di sicurezza pubblica» (4) risulta per molti

(3) Cfr. Commissione di indagine sull'esclusione sociale 2002, *Rapporto sulle politiche di contrasto alla povertà e all'esclusione sociale. 1997-2001*, a cura di C. Saraceno, Roma, Carocci. Cfr. anche *l'Indagine sulla povertà*, I.S.T.A.T., 2002. Per una bella indagine svolta nelle città che ricoprono un ruolo chiave nell'economia globale e che vivono al contempo l'espandersi del fenomeno della marginalizzazione sociale vedi S. Sassen, *Le città nell'economia globale*, Il Mulino, Bologna, 1997.

(4) Il riconoscimento del diritto sociale fondamentale a beneficiare di risorse minime conformi alla dignità umana si riscontra sin dalla Raccomandazione europea n. 441/1992 in cui si sottolinea, in un'accezione non meramente assistenzialistica ma

aspetti in profonda crisi e insufficiente a rispondere a nuove istanze di tutela della cittadinanza in quanto tale. Tale sistema si è storicamente conformato all'obiettivo di assicurare non tanto i cittadini quanto piuttosto i cittadini-lavoratori (e i loro nuclei familiari) da alcuni ben precisi bisogni e a fronte di determinate condizioni quali la vecchiaia, l'invalidità, la perdita del lavoro, il decesso del coniuge, la malattia, l'infortunio e i carichi familiari. Questa «garanzia» pubblica, talvolta intrecciata a forme diverse di assistenza privata, poggiava e poggia su diritti soggettivi e automatici in capo a destinatari individuati dal proprio legame con il mercato del lavoro e condizionati dal finanziamento individuale attraverso la contribuzione. La sola assicurazione sociale, pertanto, copre solo una piccola fetta delle istanze di tutela provenienti dalle società post-moderne e determina l'esclusione di alcuni, pur ampi, settori e gruppi di popolazione che non posseggono i requisiti preliminari di accesso ai regimi assicurativo-previdenziali di natura occupazionale. Il funzionamento dei tradizionali schemi di *welfare* è diventato chiaramente insufficiente rispetto alle nuove e sempre più diffuse povertà e al disagio di individui che restano collocati ai margini dell'area «di sicurezza»: esso si sta rivelando, cioè, progressivamente incoerente rispetto alle trasformazioni del mercato del lavoro e dei rapporti di produzione, alla crisi della subordinazione come modello socialtipico di lavoro dipendente e all'allargamento di modelli di impiego atipico e irregolare, nonché rispetto alle evoluzioni culturali che stanno trasformando lo stesso concetto di famiglia e di rete sociale.

Brevemente si possono delineare alcuni fattori che contribuiscono ad accrescere la polarizzazione sociale e la marginalizzazione. Innanzi tutto l'invecchiamento demografico, determinato sinergicamente dal calo della natalità e dal parallelo allungamento dell'aspettativa di vita (5), provoca un aumento delle domande di prestazioni in campo pensionistico, sanitario e dei servizi sociali con conseguenti maggiori oneri finanziari, che restano per lo più a carico dei lavoratori attivi con contratto stabile in costante diminuzione.

che tenga in conto l'importanza dei servizi e delle opportunità di lavoro, la centralità della distribuzione di risorse nella lotta all'esclusione sociale per sottrarre gli individui disagiati dallo stato immediato di bisogno. Vedi T. Alti, *Le politiche antipovertà: una questione europea*, in S. Fabbrini (a cura di), *L'uropeizzazione dell'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

(5) Vedi sul tema C. Saraceno, *Età e corso della vita*, Il Mulino, Bologna, 2001.

Da altro punto di vista la trasformazione dei rapporti e dei vincoli familiari pone la problematica, fortemente sentita, di dover assicurare una rete di protezione anche a persone singole non più assistite nell'alveo di un nucleo familiare stabile e protettivo (6). Notoriamente aumenta il numero delle famiglie monogenitoriali e di altre circostanze di vita – che possono, si badi, anche essere il frutto di precise scelte esistenziali di cui andrebbe garantita la libertà! – che possono far aumentare il rischio di isolamento sociale ed emarginazione in condizioni di mancanza di autosufficienza economica e/o di *chances* occupazionali (7).

Infine un terzo importante fattore di trasformazione è costituito dalla ristrutturazione dei modi di produzione, dalla trasformazione del mercato del lavoro – e, in esso, anche da una incisiva ridefinizione dei rapporti di genere – e delle possibilità occupazionali. L'occupazione fordista, connotata dal paradigma tipico del posto di lavoro stabile e garantito suscettibile di rischi solo nell'avverarsi di ben precisi eventi personali del lavoratore, ovvero imprenditoriali e congiunturali, ha subito un costante declino, solo in parte compensato da nuove forme di occupazione non convenzionale, flessibile o «casuale», poco o affatto protette, che espongono a nuovi rischi soprattutto alcune categorie di soggetti «deboli» e determinano un processo di precarizzazione, addirittura esistenziale, che rende ormai incompatibile il vecchio sistema di protezione sociale coi nuovi «disequilibri» sociali (8).

(6) Per un'analisi più approfondita delle trasformazioni in corso nell'ambito della famiglia tradizionale e dei nessi di tale mutamento con l'emergere di nuovi bisogni sociali e di nuovi interventi protezionistici vedi C. Saraceno, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali*, Il Mulino, Bologna, 2003.

(7) Fenomeno che da qualche Autore è stato definito di «individualismo negativo» in quanto rappresentato da una situazione precaria priva di qualsiasi risorsa e significato; vedi R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale*, Fayard, Paris, 1995. Altri studiosi si sono invece concentrati su un'analisi comparativa del fenomeno della precarizzazione dei rapporti sociali in vari paesi europei affermando che, per quanto si presenti in maniera non omogenea – decisamente più accentuato nei paesi dell'Europa del nord mentre nei paesi del sud le reti familiari continuano a svolgere un importante ruolo di ammortizzatore sociale –, esso è un processo che riguarda quasi tutti i paesi europei in trasformazione. Vedi Cantillon, *Who are the excluded? The challenge of poverty and social exclusion*, Relazione presentata al convegno *Beyond 2000: the new social policy Agenda*, Paris, OCSE, novembre 1996.

(8) Si consideri inoltre che le nuove forme di lavoro precario esigono quasi sempre una forte dose di formazione continua: proprio quella il cui accesso è interdetto, di fatto, a quei soggetti che sperimentano da lungo periodo, e attraverso il passaggio per diverse generazioni, una condizione di emarginazione e di povertà paralizzante.

Tali trasformazioni possono essere lette come la fine di quello che è stato definito il «compromesso di metà secolo» posto alla base di un ordine economico-istituzionale che per oltre un trentennio ha garantito una (più o meno) regolare crescita economica, un lento ma costante abbassamento delle disuguaglianze di reddito, un tasso di disoccupazione relativamente basso e uno sviluppo delle politiche sociali che mirava a soddisfare i bisogni principali delle fasce più deboli della popolazione. Un compromesso che era stato stretto tra i soggetti del lavoro, i corpi intermedi e i governi in un periodo inquadrato nelle regole e nei processi keynesiano-fordisti e ancora rispettoso del valore del consenso. L'affermazione di politiche neo-liberiste ha, da un lato, mutato radicalmente la struttura di fondo del mercato del lavoro creando ampie zone grigie di lavoro precario, discontinuo, sottratto all'applicazione delle tradizionali garanzie, di sottoccupazione e/o di semi-occupazione (9) e, dall'altro, ha ridimensionato l'attivabilità e l'efficacia delle politiche sociali, attraverso un generale smantellamento del *welfare* tradizionale, una drastica riduzione della spesa sociale e un rilevante disinteresse rispetto a possibili forme alternative di sicurezza sociale.

Non sempre il disagio sociale può trovare una risposta adeguata nelle cd. politiche attive dell'occupazione (formazione, informazione, servizi per l'impiego, sostegni alla mobilità) se si considera che nelle delicate fasi della trasformazione socio-economica è fin troppo facile che si aprano spazi di «nuove povertà» e sacche di emarginazione non raggiungibili dai «classici» interventi sociali. Ciò suggerisce una lettura della povertà non come semplice carenza di reddito, ma come precarietà nel processo di riproduzione sociale e come mancanza di opportunità concreta di liberarsi delle condizioni di degrado (10). I soli schemi di promozione o incentivo all'occupazione in ogni caso non offrono nessuna protezione a individui e famiglie che si trovano in situazioni di bisogno, temporanee o strutturali, non associate alle tra-

(9) Cfr. S. Bologna, A. Fumagalli, *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, 1997; M. Paci, *I mutamenti della stratificazione sociale*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia Repubblicana. L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio*. Einaudi, Torino, 1996; A. Supiot, *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro*, Carocci, Roma, 2003.

(10) Cfr. A. Sen e la sua analisi della povertà in termini di una insufficiente libertà di condurre esistenze «adeguate», e R. Castel che ha mostrato come il nesso tra esclusione lavorativa ed esclusione sociale rappresenti uno dei tratti più preoccupanti. A. Sen, *Risorse, valori e sviluppo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992; R. Castel, *Les metamorphoses de la question sociale*, cit.

dizionali fattispecie di rischio. In altre parole, sia il sistema di *welfare* in generale, sia i più recenti orientamenti verso un sistema di *workfare* (11) – e comunque i tentativi di razionalizzare i percorsi fra *welfare* e lavoro – lasciano aperti, nella loro stessa impostazione teorica, non solo processi di polarizzazione tra *insiders* e *outsiders*, ma anche ampi spazi di segregazione sociale e di povertà, che difficilmente possono arginarsi con la sola logica di promozione dell'occupazione, anche flessibile. Ciò non vuol dire, come pure sostenuto da più parti, che occorre «sottrarre» a coloro che appaiono più protetti per operare una redistribuzione a favore di altre categorie di soggetti svantaggiati, quanto piuttosto ripensare i «confini sociali» del *welfare* secondo una nuova logica universalistica fondata sullo *status*, eguale per tutti, di cittadino (12). La crisi del vecchio assetto economico, politico e istituzionale, dovrebbe tradursi in un generale ripensamento delle politiche sociali, non più strutturate attorno alle «categorie» ma capaci di attivare una rete di protezione sociale ben più ampia (13).

(11) Per un'indagine comparata tra le recenti tendenze verso un sistema di *workfare* conseguente al mutamento profondo che ha investito il mercato del lavoro cfr. J. C. Barbier, *La logica del workfare in Europa e negli Stati Uniti: i limiti delle analisi globali*, in *Assistenza Sociale*, n. 1, gennaio-marzo 1998, e sempre J. C. Barbier, *Peut-on parler d'activation de la protection social in Europe?*, in *Revue française de sociologie*, n. 2, 2002.

(12) Il concetto di cittadinanza tende ad assumere contenuti sempre più densi rispetto alla nota tripartizione marshalliana per cui le componenti interne essenziali della cittadinanza erano il godimento pieno dei diritti civili, politici e sociali. Sempre più spesso, alla luce delle dinamiche sociali aperte sia nell'ambito dei singoli Stati, sia in conseguenza dei processi di integrazione sovranazionale che favoriscono una sorta di ulteriore articolazione dei diritti, la cittadinanza si configura come diritto di appartenenza, diritto di partecipazione effettiva alle scelte politiche, diritto ad avere «opportunità di vita» e «occasioni di scelta» in seno al contesto territoriale circostante consentendo di accrescere la libera realizzazione di sé stessi. In tal senso i diritti civili, politici e sociali sono collocati trasversalmente rispetto ai nuovi requisiti di cittadinanza e, anzi, finiscono col rappresentare il fine ultimo di essa.

(13) L'art. 1, comma 1, della legge n. 328/2000, intitolato principi e finalità, esplicita uno dei principi cardine della riforma rappresentato appunto dall'universalismo delle prestazioni ponendo l'accento sull'obiettivo di garantire il benessere psicofisico della persona e riconoscendo l'importanza di fornire servizi per fronteggiare situazioni di difficoltà non solo economica. Tale impostazione ha avuto la meglio nonostante le proposte di emendamenti formulate da alcuni gruppi politici che proponevano invece una concezione di «*welfare* residuale» ritenendo che le risorse, per definizione ritenute scarse, dovessero essere indirizzate esclusivamente a favore di fasce marginali di popolazione che versano in precise condizioni di povertà o affetti da malattie, disabilità o tossicodipendenze. Si vedano ad esempio gli emendamenti propo-

Questo tipo di concezione, che può denominarsi *universalistica*, richiama peraltro alcune esperienze nordeuropee e scandinave, che vantano le più solide tradizioni nello sviluppo del *welfare* come diritto di cittadinanza, nonché i più recenti indirizzi comunitari. In qualche misura questo passaggio potrebbe essere prodromico rispetto a una più definita «individualizzazione» delle prestazioni sociali e operare uno scollegamento fra posizione lavorativa (e/o stato di famiglia) e prestazioni sociali, in vista dell'obiettivo primario di aggregare le diverse soggettività del lavoro e contribuire a diffondere diritti di cittadinanza senza condizioni.

L'Unione europea ha mostrato, al riguardo, una certa tendenza a prevedere e razionalizzare forme di reddito minimo garantito e a istituzionalizzare una rete minima di sicurezza sociale (14) nell'ambito del «processo di inclusione sociale». La lotta all'esclusione sociale e alla povertà è entrata a pieno titolo nell'agenda comunitaria con il Consiglio europeo di Lisbona del 2000 nel quale sono state delineate le strategie europee – attraverso l'estensione del metodo aperto di coordinamento – in materia di politiche sociali e strumenti di lotta all'esclusione verso cui tutti gli Stati membri dovrebbero convergere (15). L'idea di radica-

sti al testo unificato redatto dal Comitato della Camera dei deputati e poi esaminato in aula, dal gruppo dei deputati della Lega Nord.

(14) La Raccomandazione n. 441 del 24 luglio 1992, pubblicata in *GUCE* del 26 agosto 1992, prevede una «garanzia minima di risorse» e impegna tutti gli Stati membri a includere nei propri sistemi di protezione sociale una forma di reddito minimo che, indirettamente, viene indicato come elemento importante del modello sociale europeo. Si evidenzia inoltre che il processo di integrazione europea ha lentamente indebolito i «confini territoriali» della cittadinanza mentre al contempo ha favorito una maggiore articolazione dei diritti. L'adozione del Regolamento n. 1408/1971 sul Coordinamento dei regimi di sicurezza sociale ha forse costituito il primo punto del processo di disgiunzione dei diritti sociali dal possesso della nazionalità del paese di fruizione collegandoli semplicemente allo *status* di lavoratore o residente. Per una disamina completa e interessante del processo di integrazione europea e dei diritti sociali nella dimensione comunitaria si veda S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, cit. Vedi anche il saggio di M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale «aperta»*, in *Working paper*, n. 1/2004, disponibile sul sito www.urge.it.

(15) All'interno della strategia europea di inclusione sociale è stata prevista la presentazione periodica da parte degli Stati membri di Piani nazionali di azione per l'inclusione (*Naps/incl*) tesi a delineare la strategia che ciascuno Stato intende adottare per combattere l'emarginazione sociale e la povertà nel biennio successivo. L'Italia ha presentato il suo piano d'azione nel 2001 riprendendo, senza alcuna assunzione di impegno finanziario, le linee tracciate dalla recente legge n. 328/2000 che, dal piano della programmazione, devono ancora tradursi in politiche effettive e in risultati concreti.

re a livello comunitario un diritto sociale fondamentale all'inclusione trova poi formale espressione nell'art. 34 della Carta di Nizza nel 2000 in cui si esplicita il diritto a un reddito sufficiente e a una condizione abitativa dignitosa (16).

In alcuni paesi forme di reddito minimo esistono sin dal dopoguerra mentre in altri (Francia, Spagna e Belgio) sono state recentemente inserite nel sistema di protezione sociale proprio in virtù delle linee guida europee che tendono a favorire l'inserimento nei sistemi nazionali di un reddito minimo vitale a protezione delle fasce sociali a rischio (17).

Nel sistema di protezione sociale italiano non esiste ancora una misura di sostegno al reddito che, a parità di bisogno, sia omogenea almeno negli *standards minimi* su tutto il territorio nazionale e sia disponibile a tutti i cittadini, indipendentemente dallo stato civile e lavorativo. Secondo autorevoli studiosi esiste solo una *politica implicita* contro l'esclusione sociale e la povertà desumibile dal farraginoso sistema assistenziale e previdenziale (18).

A livello nazionale esistono misure di garanzia solo per due categorie di persone: gli anziani e i disabili, che si affiancano a misure di

(16) Nell'art. 34 si legge che, «al fine di lottare contro la povertà e l'esclusione sociale, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e abitativa volta a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti». L'art. 34 della Carta di Nizza è stato poi interamente trasfuso prima nell'art. 34 Parte II del progetto di Costituzione europea e ora nell'art. II-94, Titolo IV denominato «Solidarietà» del testo di costituzionale europeo. Il riferimento esplicito nel testo alla dignità umana pare evidenziare come il diritto all'inclusione sociale e alla protezione rappresenti una specifica declinazione dei principi inviolabili della dignità e della non discriminazione (rispettivamente artt. 1 e 21 della Carta). Inoltre il diritto a risorse sufficienti *ex art.* 34 della Carta pare essere il presupposto per un'effettiva autonomia dell'individuo ed elemento centrale del diritto all'inclusione. Sul punto vedi P. F. Lolito, *Sub art. 29*, in Bifulco/Catarbia/Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001.

(17) Si veda ad esempio la Relazione congiunta sull'inclusione sociale della Commissione europea del 2001 nella quale si evidenzia come, se da un lato l'integrazione nel mercato del lavoro resta lo strumento primario di lotta all'esclusione, essenziale è anche il ruolo esercitato dai sistemi di protezione sociale nel fronteggiare gli stati di bisogno estremo specie attraverso l'erogazione di servizi e la redistribuzione di risorse monetarie. Commissione europea, *Rapport conjoint sur l'inclusion social*, Bruxelles, 2001.

(18) Cfr. N. Negri e C. Saraceno, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1996.

tipo *assicurativo* (19) e ad altre di natura *assistenziale* (20). Oltre a questi istituti esiste un variegato panorama di misure di assistenza sociale di livello regionale e addirittura comunale con la conseguenza che i diritti di cittadinanza e la definizione stessa della povertà e dell'assistenza sociale non sono affatto uniformi sul territorio nazionale e le prestazioni possono variare da luogo a luogo e quindi non dipendere dallo stato effettivo di bisogno quanto piuttosto dal luogo di residenza. La delega a livello locale di gran parte delle politiche sociali attivabili rischia, dunque, di indebolire le condizioni di cittadinanza, che dovrebbero al contrario convergere verso *standards* elevati e uniformi.

Sinora le tradizionali esperienze nazionali hanno, nonostante le considerevoli differenze fra i vari paesi, strutturato lo stato sociale secondo un criterio generalmente improntato al cd. *targeting*, ossia hanno adottato un approccio fortemente selettivo nell'erogazione delle prestazioni sociali. Questo approccio è più strutturato nei paesi del sud Europa (Italia, Spagna, Portogallo, Grecia) dove si è sviluppato un *welfare* conservatore-corporativo di impronta bismarckiana e dove, fino a qualche decennio fa (prima delle sperimentazioni di forme di reddito minimo garantito a livello locale), è mancata una qualsiasi misura protettiva di base. Al contrario nei paesi nordeuropei e scandinavi la protezione sociale si configura come un vero e proprio di-

(19) Quali, ad esempio, l'*assegno al nucleo familiare* (A.N.F.) destinato alle famiglie di lavoratori dipendenti e correlato alla composizione del nucleo familiare e al reddito (cui si è aggiunta una misura parallela di natura assistenziale detta assegno per il terzo figlio erogabile ai nuclei familiari poveri con almeno tre figli a carico); l'*integrazione al trattamento minimo delle pensioni* volta a integrare le pensioni di tipo retributivo sino a un minimo stabilito e le *pensioni di invalidità I.N.P.S.* erogate ai lavoratori in stato di malattia e/o disabilità che abbiano versato contributi previdenziali per almeno 5 anni. La copertura assistenziale nazionale è parcellizzata e residuale anche in termini di allocazione delle risorse finanziarie con scarsa attenzione ai servizi alla persona. Per una disamina attenta sul rapporto proporzionale tra spesa sociale di tipo previdenziale e interventi redistributivi di tipo assistenziale vedi T. Boeri e R. Perotti, *Meno pensioni, più welfare*, Il Mulino, Bologna, 2002.

(20) Tra le misure di tipo *assistenziale* figurano le *pensioni di invalidità civile* di natura non contributiva (e perciò erogabili anche a coloro che non posseggono i requisiti per le pensioni di invalidità di tipo assicurativo); l'*assegno sociale* per ultrasessantacinquenni che non abbiano maturato il diritto a ricevere una pensione retributiva; l'*assegno di maternità* per le madri che, sprovviste dei requisiti contributivi, non hanno diritto all'indennità di maternità di tipo assicurativo.

ritto di cittadinanza, la copertura è universale (21) e le prestazioni sono connotate da una elevata generosità (22).

In Italia oltre alle misure destinate ai soggetti «meritevoli» di assistenza perché incapaci di collocarsi attivamente sul mercato del lavoro e di provvedere alla propria indipendenza economica (anziani, portatori di disabilità, donne/madri, famiglie a rischio), il sistema di protezione sociale si è strutturato attorno allo *status* di *occupato* che versa temporaneamente in situazioni di difficoltà prevedendo una serie di «ammortizzatori» in caso di perdita del lavoro, più o meno omogenei sul territorio nazionale. Anche le misure di contrasto alla disoccupazione si pongono spesso a cavallo tra politiche dell'occupazione e politiche assistenziali e risentono delle origini contributivo-previdenziali, in quanto indirizzate a un'area (tipica) di soggetti/lavoratori (indennità di disoccupazione ordinaria, indennità di mobilità, assegni ai nuclei familiari con figli minori a carico).

Le preoccupazioni politico-istituzionali relative ai costi e all'efficacia delle politiche sociali hanno accentuato la tendenza ad adottare criteri altamente selettivi nella convinzione che la limitazione dell'accesso alle prestazioni di base a specifiche condizioni di bisogno, di *status* e di reddito potesse favorire la concentrazione della spesa sociale e aumentare l'efficacia e l'efficienza delle misure attivate (23). Autorevoli studiosi hanno tuttavia aspramente criticato il principio del *targeting*, sostenendo, da un lato, per quanto concerne la percezione sociale degli interventi, che esso può finire per innescare una progressiva stigmatizzazione dei beneficiari delle prestazioni (sottoposti, per ottenere il beneficio,

(21) Ad esempio in Svezia e Finlandia le indennità di malattia e di maternità sono erogate anche a chi non partecipa al mercato del lavoro.

(22) Non si ritiene opportuno in questa sede un approfondimento nell'analisi comparata dei diversi sistemi di *welfare* esistenti nei paesi europei, pur potendosi dire che la letteratura al riguardo ha inteso individuare almeno quattro famiglie «geosociali»: quella che comprende i paesi scandinavi, quella anglosassone (Regno Unito e Irlanda), quella che include l'area centrale del continente (Germania, Francia, Austria e Svizzera) e infine quella che comprende i paesi dell'Europa meridionale (Italia, Spagna, Portogallo e Grecia). Per una disamina un po' più approfondita dei modelli di *welfare* europei vedi C. Saraceno, *Le dinamiche assistenziali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2002; U. Ascoli, *I welfare mix in Europa*, in *Assistenza Sociale*, n. 1, 1996. Cfr. anche M. Barea e G. Cesana, *Il welfare in Europa*, Società Editrice Fiorentina, Firenze, 2004.

(23) Per una definizione più precisa della selettività si rimanda a J. Gough, *New criteria of targeting welfare in Italy*, in *South European Society and Politics*, n. 1/1, 2001.

al cd. *means testing*) (24) e dall'altro, sul piano dell'efficacia, che esso può tradursi in un inaccettabile degrado qualitativo dei servizi e in una erosione del sostegno fiscale delle classi più avvantaggiate.

Altro fattore importante che si è posto a ostacolo a una riforma del sistema istituzionale di *welfare* verso principi più universalistici è di tipo *morale*.

Si sostiene ripetutamente che il percorso verso un concetto di *welfare* e di politica sociale a carattere universalistico, fondato sulla cittadinanza in quanto tale, sarebbe «ingiusto» perché determinerebbe il rischio di una dipendenza assistenziale o, peggio, permetterebbe agli individui di poter «scegliere» di non accedere affatto al mercato del lavoro, pur avendone la possibilità, e di beneficiare comunque di un reddito di base garantito. Disancorare la prestazione sociale dalla condizione lavorativa e contributiva per renderla disponibile al *cittadino* che si trovi in uno stato di difficoltà economica che non gli permetta di raggiungere certi livelli di sussistenza (25) e scollegarla da qualunque ob-

(24) Lo stesso criterio selettivo rimanda a un concetto di «meritevolezza», l'essere, cioè, «un povero meritevole di assistenza», e quindi a un giudizio di valore della condotta stessa di vita tarando spesso i beneficiari delle misure come incapaci, approfittatori, scrocconi a carico dello Stato. In secondo luogo il processo selettivo implica una necessaria «valutazione» della povertà e una sua misurazione secondo criteri convenzionali quali ad esempio l'utilizzo di soglie reddituali rapportate al contesto di vita. Tuttavia la definizione di «minimo vitale» o di «livello minimo decente» non è agevole né pacifica e cambia notevolmente la prospettiva dell'intervento e il suo significato etico prima ancora che concreto. Cfr. soprattutto A. Sen, *L'economia politica del targeting*, in *Assistenza Sociale*, n. 2, 1996.

(25) Il concetto di «livello minimo di sussistenza» non è pacifico né univoco. Nel settore delle politiche sociali resta di fondamentale importanza la questione del rapporto intercorrente tra le «soglie» utilizzate per valutare l'incidenza della povertà in un determinato contesto e quelle utilizzate per definire chi ha diritto a ricevere un sostegno economico. Si tratta di pur legittime scelte tecniche, che però passano attraverso una definizione, per così dire, amministrativa della povertà che non sempre corrisponde al dato fattuale. Ad esempio in Francia misure diverse indicano diverse «soglie» di povertà economica e definiscono i poveri che lo Stato è disposto ad aiutare e la misura dell'aiuto secondo regole fissate dallo stesso. Emblematica, al riguardo, è la mancanza in Italia di una definizione «ufficiale» di livelli minimi di sussistenza da garantire a livello nazionale, cosicché tale definizione avviene essenzialmente a livello locale (ove esiste) con inevitabile frammentazione e non coincidenza tra le varie definizioni e differenziazioni anche sostanziali nell'attuazione delle politiche sociali stesse e nell'individuazione dei beneficiari. Per la questione della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (si noti la diversa locuzione usata dalla legge n. 328/2000 di *essenziali* anziché *minimi*), connessa, in qualche modo, alla definizione di povertà, si rinvia, *infra*, par. 3. Infine la definizione delle soglie non solo influenza il livello di consumo rite-

bligio corrispettivo dei beneficiari, significherebbe, secondo alcuni, disincentivare ancor di più la propensione lavorativa e legittimare un ritorno al mero assistenzialismo. Il *welfare state* e il suo ruolo redistributivo resta, in quest'ottica, ancora fortemente condizionato dall'approccio culturale secondo cui è il lavoro a giustificare la protezione sociale e l'individuo *deve* ripagare, in qualche misura, i benefici che riceve (26).

Tuttavia le nuove «povertà» e i fenomeni di esclusione sociale, letti alla luce dei fattori prima accennati, sono tali da non permettere più di rappresentare socialmente la marginalità come incapacità personale degli individui (27). Il lavoro, oggi, non può considerarsi una condizione sospensiva del diritto di cittadinanza e le «invenzioni» dei lavori socialmente utili e dei percorsi formativi – senza il potenziamento delle reali possibilità di accesso a un impiego tendenzialmente stabile – non possono rappresentare l'unico scambio possibile tra individuo e società, attraverso il quale affrontare povertà ed emarginazione. Insomma il modo in cui lo stato sociale affronta la povertà è un banco di prova per valutare i contenuti e i limiti della cittadinanza sociale e della libertà che garantisce (28).

Gli studiosi e i politici che ritengono che un'allocatione tendenzialmente universalistica sia in sé particolarmente esposta a rischi disfunzionali e disincentivanti dei comportamenti attivi, fondano la loro tesi sull'assunto che il consentire alle persone di sottrarsi all'obbligo lavorativo (a un impegno attivo in tal senso) violerebbe quello che sembra essere il fondamento morale stesso del *welfare state*, vale a dire il principio di reciprocità (29). Secondo questa concezione gli individui, seppur

nuto minimo per la sopravvivenza, ma anche la quota dei potenziali beneficiari. Cfr. C. Saraceno, *Le dinamiche assistenziali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2004.

(26) Cfr. ancora T. Negri e C. Saraceno, *Le politiche contro la povertà in Italia*, cit., secondo cui «il bisogno economico puro di per sé non dà titolo a un'adeguata protezione e ancor meno a una protezione individuale».

(27) Vedi M. Boutang, *L'era del capitalismo cognitivo*, Ombre Corte, 2002. Vedi anche Z. Bauman, *Intervista sull'identità*, Laterza, 2003, secondo cui, appunto, alla luce dell'evoluzione storica degli ultimi decenni «la maggiore disfunzione sociale del capitalismo è passata dallo sfruttamento all'esclusione sociale». Oggi è l'esclusione a essere alla base dei più vistosi fenomeni di polarizzazione sociale e di una disuguaglianza che si fa sempre più radicale.

(28) Vedi S. Leibfried, *Towards a european welfare state?*, in Jones C. Edition, *New perspectives on the welfare state in Europe*, Routhledge, London, 1993, al quale si deve anche l'elaborazione e l'analisi dei regimi di assistenza sociale all'interno dei quali possono trovare spazio misure di reddito minimo e di contrasto della povertà.

(29) Si noti come il concetto di reciprocità non si identifica con quello di scambio. Il tentativo di sganciare le prestazioni sociali dal corrispettivo obbligo dei benefi-

svantaggiati, hanno pur sempre l'obbligo di offrire un contributo produttivo minimo in cambio della garanzia delle libertà civili fondamentali e di una certa, seppur minima, sicurezza economica di base (30). Ecco perché sinora, in Italia, la sperimentazione di un reddito di base come misura di contrasto alla povertà è sempre stata strutturata attorno al sinallagma prestazione sociale *versus* obblighi lavorativi, formativi e/o di riqualificazione professionale dei beneficiari, secondo programmi che spesso riflettono poco la reale dinamica del mercato del lavoro e le effettive possibilità di occupazione e opportunità del territorio.

Un primo passo in avanti verso una sorta di «universalismo selettivo» che superasse la rigida strutturazione attorno alle «categorie» è stata l'approvazione della legge quadro n. 328/2000 che ha tentato di riformare e razionalizzare il sistema dell'assistenza sociale italiana (a oltre 100 anni dalla legge Crispi). Tale legge promuove il miglioramento dei servizi e di altri benefici a complemento dei trasferimenti monetari e, soprattutto, prevede una progressiva costruzione di un sistema integrato di servizi e interventi sociali fondato sul principio dell'universalità dell'accesso alle prestazioni sociali e sui principi di sussidiarietà tra i livelli di governo e di cooperazione tra enti pubblici e soggetti del privato-sociale (31). Sul piano della sussidiarietà la legge n. 328/2000 si colloca coerentemente nel processo di trasferimento delle competenze, anche in materia sociale, dal livello nazionale di governo a quelli subnazionali presupponendo una *governance* nazionale senza ridurre gli spazi regionali e locali della programmazione e gestione dei servizi in quanto tale livello è deputato a intercettare e interpretare meglio le istanze territoriali di bisogno. In più la legge quadro ha cercato di colmare una storica lacuna dell'assistenza sociale italiana sia prevedendo forme di reddito minimo garanti-

ciari di «rendersi produttivi» a qualsiasi costo e condizione non solo significherebbe progredire sul piano del riconoscimento dell'altrui dignità, ma forse innescherebbe un circuito positivo di cooperazione «spontanea». Il principio dello scambio risponde invece maggiormente a una politica mercantilistica, che tende a monetizzare le prestazioni sociali, mentre il principio di reciprocità tende a creare delle mere aspettative sociali per cui, in date condizioni, sarebbero i soggetti beneficiari stessi a rispondere positivamente in termini di cooperazione sociale, di miglioramento effettivo delle proprie condizioni di vita e di riconoscimento reciproco tra istituzione e cittadino. Vedi a tal proposito Aa.Vv., *Il capitale sociale*, Il Mulino, 2001.

(30) Cfr. S. White, *In the civic minimum: on the rights and obligations of economic Citizenship*, Oxford University Press, 2003.

(31) Sugli aspetti relativi alla nuova concezione del sistema integrato di servizi e interventi sociali vedi E. Ales, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsistemi»*, in *ADL*, n. 3, 2001.

to, sia stabilendo che le misure di assistenza sociale vengano finanziate dal Fondo nazionale per le politiche sociali (32). In tal senso può dirsi che la legge n. 328/2000 abbia rappresentato un primo tentativo di sviluppare una strategia *organica* di lotta alla povertà e all'esclusione attraverso l'istituzione di nuove misure universalistiche e la previsione di una prima rete di prestazioni di cittadinanza che possano esprimere una «politica esplicita» in tale direzione.

La più importante quanto controversa esperienza in tal senso è stata l'introduzione del cd. Reddito Minimo di Inserimento (R.M.I.) con d.lgs. n. 237/1998 (33). Sul piano concettuale il R.M.I. è stato finalizzato essenzialmente al reinserimento dei beneficiari nel mercato del lavoro, evidenziandosi, sul piano gestionale, un forte collegamento tra erogazione dell'assegno (pressoché a carico del Fondo Nazionale per le Politiche Sociali) e adesione dei beneficiari ai programmi di inserimen-

(32) Il Fondo nazionale per le politiche sociali è stato introdotto dalla Finanziaria 1998 (legge n. 449/1997) con l'obiettivo di finanziare a livello centrale e locale le politiche sociali rivolte ai minori, agli anziani, ai disabili, ai tossicodipendenti, al sostegno alle famiglie e all'integrazione degli immigrati. La legge n. 328/2000 stabilisce che, a partire dal 2002, l'ammontare complessivo del Fondo venga determinato nella legge Finanziaria, e non più dai singoli stanziamenti operati per settore di intervento, al fine di favorire un miglior coordinamento della programmazione sociale a tutti i livelli istituzionali. Il governo centrale è responsabile per le allocazioni finanziarie che dovrebbe avvenire in seguito a un accordo nella conferenza unificata Stato-Regioni.

(33) Ma analoghe esperienze sono state fatte in altri sistemi di *welfare* «latino», come in Spagna, ove è stato introdotto il cd. *Rentas Minimas*, e in sistemi più mitteleuropei, come la Francia, ove è stato introdotto il cd. *Revenu Minimum d'Insertion*. In verità, per quanto la terminologia usata per definire queste misure di contrasto alla povertà di recente introduzione siano piuttosto simili, la loro attuazione ha differito parecchio nei vari paesi. Ad esempio in Francia il R.M.I. ha assunto connotati più universalistici, aggiungendosi a una serie di altre misure categoriali per gli anziani, per i disabili, per le vedove ecc. In Spagna l'implementazione, organizzata su un piano di gestione regionale, di programmi di Reddito Minimo d'Inserimento è stata avviata negli anni novanta prevedendo l'erogazione di sussidi monetari a famiglie a basso reddito e puntando a favorire il loro reinserimento lavorativo. In questo caso il carattere di base è maggiormente selettivo, poiché è previsto un legame quasi sinallagmatico tra l'erogazione dei sussidi monetari e la dimostrata volontà di un inserimento sociale, accettando lavori socialmente utili o la frequentazione di corsi di formazione e riqualificazione *ad hoc*. È interessante notare che anche in paesi non europei con livelli di reddito *pro capite* molto bassi sono stati attivati programmi sperimentali che prevedono forme minime di reddito garantito. Ad esempio il programma messicano denominato «Progresa», che coinvolge migliaia di persone, prevede una prestazione monetaria minima ed è espressamente finalizzato alla promozione della partecipazione scolastica, cioè l'erogazione è subordinata alla frequenza scolastica continuativa dei minori all'interno dei nuclei familiari.

to (34). In quest'ottica, nonostante non manchino considerazioni in senso contrario (35), il R.M.I. non può, però, ancora, definirsi pienamente una misura generale di contrasto alla povertà quanto piuttosto una misura che attribuisce ancora alle politiche attive del lavoro il ruolo fondamentale di lotta alla povertà. Il R.M.I. è stato, infatti, un intervento diretto a determinati soggetti impossibilitati a entrare nel mercato del lavoro e ai quali è stata richiesta un'adesione esplicita ai programmi di accesso e di formazione predisposti istituzionalmente e unilateralmente e spesso poco aderenti a un mercato del lavoro «debole» soprattutto nelle Regioni del sud dove la misura è stata in gran parte «sperimentata» (36).

(34) Per una disamina più articolata dell'attuazione del R.M.I. in Italia e nella Regione Campania cfr. Aa.Vv., *Reddito Minimo di Inserimento*, Irpps/Donzelli, 2003. E ancora Aa.Vv., *Reddito Minimo di Inserimento*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, luglio/settembre 2002; D. Benassi, E. Mingione, *La sperimentazione del reddito minimo di inserimento del welfare state italiano*, Mimeo, 2002, nonché i numerosi numeri monografici di *Assistenza Sociale*, 3/4, del luglio-dicembre 2002.

(35) C. Saraceno, *op. cit.*

(36) Inizialmente la sperimentazione del R.M.I. ha interessato 39 Comuni, 24 dei quali nel Mezzogiorno, e si è poi estesa, nel 2000, ad altri 267 Comuni anche del centro-nord. Sono stati esclusi tutti i soggetti aventi redditi non da lavoro o beni di proprietà (tranne l'abitazione, qualora il valore dell'immobile fosse al di sotto del limite massimo stabilito dal Comune di residenza). L'unità di riferimento è stata la famiglia e non l'individuo. A Napoli, la più grande città coinvolta nella sperimentazione del R.M.I., per essere considerati parte di un programma personalizzato è bastato che la richiesta di R.M.I. fosse stata approvata e che il richiedente fosse stato assegnato a un assistente sociale. A Monterosi, piccolo Comune della Provincia di Roma, i programmi personalizzati sono stati intesi per lo più in termini di partecipazione a lavori di pubblica utilità, affatto efficaci per un effettivo reinserimento nel mercato del lavoro, ma semplicemente considerati come un requisito per poter usufruire del reddito. In generale i percorsi formativi hanno avuto durata breve e contenuti generici, non o poco utili per un immediato ingresso dei frequentanti nel mondo del lavoro. Pochi beneficiari del R.M.I., soprattutto nelle Regioni del sud, sono stati coinvolti in programmi utili all'effettivo reinserimento lavorativo. Le percentuali vanno dallo 0% di Orta di Atella, il Comune della Provincia di Caserta in cui più della metà della popolazione ha beneficiato del R.M.I., e di altri 12 Comuni del Mezzogiorno, fino a un non troppo attendibile 63% di Foggia. Vedi T. Boeri e R. Perotti, *Meno pensioni, più welfare*, Il Mulino, 2002. Le principali conclusioni statistiche del rapporto di valutazione del R.M.I. sono riassunte nello studio del Dipartimento per gli Affari Sociali del 2001 e nel rapporto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 2002. Tuttavia tali dati sono per lo più di tipo aggregato, perciò possono nascondere dinamiche svariate e dare risultati diversi da quelli effettivamente realizzati. Cfr. anche *Valutazione della sperimentazione dell'istituto del Reddito Minimo di Inserimento: analisi e valutazioni tematiche della sperimentazione*, IRS, Roma, maggio 2001.

L'obiettivo iniziale di tale misura è stato quello di sostituirsi alla moltitudine delle prestazioni sociali locali diventando la base per la costruzione di quella rete omogenea di sicurezza sociale che in Italia stenta a strutturarsi a livello nazionale (37). I due aspetti più innovativi del R.M.I. – l'idea di poter combattere la povertà di intere fasce sociali attraverso l'integrazione lavorativa e il collegamento tra intervento statale e attivazione delle comunità locali – hanno sortito effetti contraddittori. La profonda differenza fra Comuni in termini di efficienza organizzativa e di risorse (fra piccoli e grandi Comuni e fra Comuni del nord e Comuni del sud, ad esempio) ha favorito programmi di reinserimento alquanto diversificati, sia qualitativamente che quantitativamente. Inoltre, il più delle volte le dinamiche occupazionali non erano corrispondenti ai programmi formativi, i quali, perciò, non hanno rappresentato delle vere opportunità per uscire dallo stato di bisogno (38).

Da altra angolazione si può dire che l'idea stessa che non sia opportuno, né eticamente né politicamente, sostenere il reddito di chi è *povero*, ma solo di chi può, in qualche maniera, vantare lo *status* di «lavoratore», ha prodotto, spesso, sia finti lavoratori, sia finti lavori, senza aiutare gli stessi beneficiari (39).

(37) Infatti il R.M.I. è stato, poi, istituito formalmente come misura generale di contrasto alla povertà dalla legge n. 328/2000, lasciando però a un successivo provvedimento normativo il compito di definire i dettagli. La sperimentazione doveva proprio essere funzionale e preliminare all'estensione del reddito minimo su tutto il territorio nazionale. Con la Finanziaria del 2001 l'ultimo governo dell'Ulivo, quello Amato, decise di prolungare la sperimentazione fino al 2002. Infine, la nuova coalizione del governo Berlusconi ha poi interrotto la misura sostituendola fittiziamente con il cd. Reddito di Ultima Istanza (R.U.I.).

(38) Questo punto è stato particolarmente delicato nella sperimentazione del R.M.I. Infatti mentre l'erogazione monetaria è stata a carico del Fondo Nazionale, la componente rappresentata dai programmi «personalizzati» di reinserimento dei beneficiari, soprattutto nel mercato del lavoro, è stata delegata interamente a carico del Comune rientrando nella sperimentazione. Tale asimmetria del finanziamento tra la parte monetaria e la parte «in natura» ha fatto sì che molti Comuni, soprattutto quelli del sud più carenti di capacità organizzativa e di progettazione, di qualifiche professionali idonee a svolgere ruoli implementativi e più esposti a un mercato del lavoro territoriale fragile e statico e sommerso, finissero col garantire solo la prestazione monetaria trascurando l'erogazione dei servizi e risultando incapaci a offrire vere occasioni occupazionali alle persone coinvolte. Vedi l'accento critico di T. Boeri e R. Perotti, *Meno pensioni più welfare*, cit.

(39) Collegare la prestazione sociale all'accettazione anche di lavori a bassa remunerazione e screditanti crea, in determinati contesti e a certe condizioni, un «secondo mercato del lavoro» protetto contro la concorrenza dei paesi a basso salario ma, evidentemente, anche avulso dalle tutele del diritto del lavoro. Negli Stati Uniti (ma la

Dopo la scomparsa del R.M.I. dal panorama dell'assistenza sociale l'orientamento, contenuto nel *Libro bianco sul Welfare* del 2003 (40), è stato quello di sostituire il R.M.I. con il cd. Reddito di ultima istanza (R.U.I., all'art. 3, legge Finanziaria n. 350/2003), a favore dei soggetti disoccupati non coperti da altri ammortizzatori sociali. La sua istituzione nasce però in maniera estremamente ambigua sia per quanto riguarda i rapporti fra Stato e Regioni, sia per quel che concerne l'individuazione dei beneficiari e le modalità di attuazione che, secondo le previsioni, avrebbero dovuto essere definite da successivi decreti ministeriali che, a oggi, non sono stati ancora emanati. L'istituzione del R.U.I. viene lasciata alla discrezionalità e alle capacità, organizzative, amministrative e finanziarie delle Regioni, poiché lo Stato si limita a cofinanziare in minima parte la misura (41). Rimettere la gestione (e gran parte del peso finanziario) alle Regioni finirà anche in questo caso con l'accentuare le asimmetrie nella fornitura di assistenza e col favorire un'applicazione dell'istituto a macchia di leopardo, senza garantire alcuna omogeneità delle prestazioni. La scelta di procedere a una sempre più accentuata regionalizzazione (o addirittura municipalizzazione) di questo settore del *welfare* produce inoltre l'effetto di caducare, quasi del tutto, l'intenzione riordinatrice della legge n. 328/2000, che pure è stata emanata in con-

tendenza sta diventando forte anche in alcuni paesi continentali come la Francia e la Germania) il sistema di *workfare* lega, ad esempio, l'erogazione di un sussidio di base all'obbligo di assicurare un lavoro socialmente utile su richiesta di Comuni o associazioni omologate. Da ciò deriva che spesso le forme di *workfare* così improntate stigmatizzano i disoccupati, soprattutto di lungo periodo, come degli incapaci e dei pigri che bisogna costringere al lavoro. Vedi D. De Masi, *Disoccupazione e lavori socialmente utili*, Manifestolibri, Roma, 1997.

(40) Il *Libro bianco* è stato predisposto dal secondo governo Berlusconi e poi normativamente «agganciato» alla Finanziaria 2004 (legge n. 350/2003). Vedi Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 2003.

(41) Al punto 2.7 del *Patto per l'Italia. Contratto per il lavoro. Intesa per la competitività e l'inclusione sociale* si legge che «la sperimentazione del reddito minimo di inserimento ha consentito di verificare l'impraticabilità di individuare, attraverso la legge dello Stato, i soggetti aventi diritto a entrare in questa rete di sicurezza sociale», ragion per cui i soggetti firmatari del Patto (governo, organizzazioni datoriali e sindacati confederali a eccezione della C.G.I.L.) preferiscono *partecipare* attraverso il cofinanziamento da parte del governo centrale a programmi regionali di reddito minimo. Nella Finanziaria 2004 (art. 3, comma 101) è stato, poi, previsto, in merito all'introduzione del R.U.I., che «lo Stato *concorre* al finanziamento delle Regioni che istituiscono il reddito di ultima istanza quale strumento di reinserimento sociale destinato alle famiglie a rischio di esclusione sociale e i cui componenti non beneficiano di altri ammortizzatori sociali previsti per soggetti privi di lavoro».

formità con il processo di trasferimento di competenze dal livello centrale a quello periferico, secondo i principi di sussidiarietà, stabilendo, però, la competenza esclusiva del livello centrale di fissare i principi e gli obiettivi generali e di definire i livelli minimi di protezione da garantire su tutto il territorio nazionale, uniformemente (42).

L'impianto generale del *Libro bianco* e l'indirizzo di fondo accolto è radicalmente opposto rispetto a quello delineato nella legge n. 328/2000 e indicato dalla Comunità europea (43). Da un lato si procede verso una rivalutazione dell'approccio categoriale per cui la lotta all'esclusione sociale e alla povertà sembra uscire di nuovo dall'ambito delle politiche sociali *esplicite* per realizzarsi essenzialmente attraverso le politiche attive del lavoro e la politica di riduzione del carico fiscale. Inoltre il governo centrale pare ritrarsi dalla partecipazione diretta e si allontana dall'idea di protezione dell'individuo e dell'universale diritto di cittadinanza per rivalutare, attraverso un sostegno specifico, la famiglia (rigorosamente e ideologicamente fondata sul matrimonio) e il suo ruolo di ammortizzatore sociale all'interno del sistema di protezione (44).

3. — *Una prima riflessione su alcuni interventi regionali. La legge della Regione Campania n. 2 del 2004* — La legge regionale n. 2/2004 (e il successivo Regolamento attuativo) istitutiva, in via sperimentale nella Regione Campania, del reddito di cittadinanza *potrebbe* costituire, in questa fase storica connotata da una forte tendenza allo smantellamen-

(42) Cfr. E. Mingione, *La questione dell'esclusione e la riforma del welfare*, in *Le sfide dell'esclusione: metodi, luoghi, soggetti*, Il Mulino, Bologna, 1999. Specificamente sulle linee tracciate nel *Libro bianco*, T. Treu, *Riforme o destrutturazione del welfare*, in *DLRI*, n. 2, 2002.

(43) Per quanto proprio gli orientamenti comunitari vengano richiamati a sostegno del nuovo impianto ma in un'ottica palesemente strumentale.

(44) Nell'impostazione del *Libro bianco* il superamento della crisi del «modello reale della famiglia tradizionale», come si legge nello stesso, pare debba essere affrontato attraverso un rilancio dell'«integrità della famiglia» (*ivi*, punto 34) affidato alle politiche di sostegno promuovendo un approccio del tutto in contraddizione con le dinamiche sociali contemporanee (ad esempio le convivenze di fatto, di cui pure non si può non riconoscere il crescente rilievo sociale, restano fuori dall'orizzonte politico) e in una prospettiva che è stata definita di «*modernizzazione conservatrice* del familismo tipico del *welfare* italiano». Vedi S. Giubboni, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, cit. Sul *Libro bianco* vedi anche S. Sacchi, *Reddito minimo e politiche di contrasto alla povertà in Italia*, in *Working Paper*, n. 1/2005, disponibile in www.urge.it, e i saggi di C. Saraceno, T. Boeri e Ranci Ortigosa (20 febbraio 2003) disponibili sul sito www.lavoce.info.

to delle difese sociali, un istituto capace di rompere con gli schemi tradizionali di *welfare* e rappresentare un pilastro importante in grado, a determinati livelli di efficacia e unitamente ad altri strumenti, di sostenere un impianto di politica economico-sociale alternativa.

Il reddito di cittadinanza è suscettibile di varie interpretazioni *concettuali* e può implicare una molteplicità di ragionamenti e di prospettive, tali da condizionare, ovviamente, le strategie politiche e le scelte istituzionali.

Delineare le coordinate dell'attuale dibattito sul reddito di cittadinanza significa innanzi tutto continuare a ragionare attorno ai due presupposti fondamentali da cui si è partiti, ossia la crisi della società del lavoro (45) e la crisi del tradizionale modello di *welfare state* a orientamento categoriale, selettivo, ancorato al lavoro come preconditione per l'accesso al sistema di sicurezza sociale e ancora fortemente frammentato a livello subnazionale.

Il reddito di cittadinanza viene inserito tra le «misure di contrasto alla povertà e di sostegno al reddito» con una chiara ispirazione universalistica, in assoluta controtendenza rispetto all'intento nazionale di aumentare il ricorso al criterio della selettività, di privilegiare misure di intervento gravitanti attorno alle politiche del lavoro (46) e limitare gli interventi di tipo redistributivo.

L'assegnazione di un reddito di cittadinanza deriva, infatti, almeno teoricamente, da una logica inversa giacché rappresenta un sostegno al reddito di chi è povero senza «costringere» chi lo riceve ad accettare *qualsiasi* lavoro a *qualsiasi* condizione, bensì affrancandolo dall'immediato stato di bisogno e «sostenendolo», attraverso il sistema integrativo di servizi aggiuntivi, nella scelta dell'impiego e dei percorsi occupazionali. Un reddito di cittadinanza non deve, dunque, essere inteso come una forma di mera assistenza, ma al contrario uno strumento teso a creare un nuo-

(45) A. Gorz, *La metamorfosi del lavoro*, Bollati Boringhieri, 1992. Secondo questo Autore il diritto a un reddito sufficiente non dovrà più dipendere dall'occupazione permanente e stabile di un impiego, di modo che il bisogno di essere socialmente riconosciuti si emanciperà dal lavoro «comandato e pagato» e la persona si emanciperà dal dominio del lavoro (e del capitale) per estendersi nella realizzazione della propria diversità. In altre parole la risposta all'esclusione e al bisogno di risocializzazione che essa produce passa sempre più attraverso lo sviluppo della multiattività e la diversificazione delle fonti di reddito.

(46) «Nell'ottica del *from welfare to work* lo sviluppo dell'occupazione costituisce l'elemento fondamentale della lotta all'esclusione sociale», Ministero del lavoro, 2003, punto 24. Secondo questa logica il R.M.I. è stato giudicato distonico e soppresso.

vo equilibrio tra l'insopprimibile esigenza di sicurezza sociale e la libertà dei cittadini come stato di affrancamento dal bisogno economico e di godimento dei diritti sociali attraverso l'acquisizione di maggiori *capabilities* (47). Il principio di uguaglianza nelle opportunità concrete ed effettive di vita, su cui poggia la politica di inclusione sociale di tipo universalistico, implica infatti la necessità di agire sulla distribuzione iniziale delle risorse degli individui, sia materiali (reddito, abitazione) sia immateriali (istruzione, formazione, accesso ai servizi) (48). Ciò non significa, dunque, che il reddito di cittadinanza finisca necessariamente per «dispensare» dal lavoro ma, invece, che esso possa permettere di rendere *effettivo* il diritto al lavoro: non al lavoro «dato» da fare ma al lavoro concreto che si svolge o che si aspira a svolgere (49). Secondo tale concezione, nell'ottica di un riformismo radicale e pragmatico, il reddito di cittadinanza va inteso come un *reddito sociale* capace di riproporre diritti uguali per tutti, non in quanto lavoratori bensì in quanto *cittadini* (50).

(47) Date le risorse disponibili, o messe a disposizione dalle istituzioni, la valorizzazione *economica* degli individui è determinata da quelle che possono essere descritte come *capabilities*, *chances* per arrivare a essere, e rimanere, autosufficienti. *Equality of opportunity* è il primo passo verso un sistema del «riscatto», verso un *welfare* che non significhi solo assistenza ma soprattutto promozione sociale. Secondo A. Sen il concetto di «valorizzazione» va a braccetto con quello di *capabilities* e riflette le diverse cose che una persona può valutare di fare o essere. Cfr. A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999. *Capability* non è solo il bagaglio delle motivazioni di un individuo ma soprattutto la facoltà di accedere ai processi di socializzazione, istruzione, formazione che gli consentano di sfruttare le proprie risorse. In tal modo una *capability* diventa un tipo di libertà: la libertà sostanziale di raggiungere combinazioni alternative di valorizzazioni, di scegliere «cosa» essere. Vedi anche S. Deakin e F. Wilkinson, *Capabilities. Ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, n. 2, 2000.

(48) Cfr. soprattutto A. B. Atkinson, *La povertà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000, e dello stesso Autore, *Rischi della nuova economia e ruolo del welfare nell'inclusione sociale*, in *QRS*, n. 4, 2000.

(49) Lo stesso teorico della «terza via», A. Giddens, ha visto in ciò un modello potenziale verso ciò che egli definiva una «politica generativa». Vedi A. Giddens, *Beyond left and right. The future of radical politics*, Polity Press, Cambridge, 1994. Per ulteriori approfondimenti lungo questa teoria, radicale ma estremamente interessante sul piano politico-scientifico, cfr. A. Gorz, *Miserie del presente, ricchezza del possibile*, Manifestolibri, 1997.

(50) Si tratta, cioè, del tentativo di rendere più effettivo il principio di libertà reale e di affrontare la questione della giustizia redistributiva e sociale nell'ottica di intervento statale o comunque pubblico. Per una disamina più estesa di queste considerazioni si veda P. Van Parijs, *Real freedom for all?*, in *Arguing for Basic Income* (a cura di P. Van Parijs), Ed. Verso, London, 1997.

In uno spettro più allargato di considerazioni politiche, non è escluso che una simile misura, se sufficientemente sostenuta, possa favorire un rimodellamento dell'attuale sistema di distribuzione del lavoro anche in termini di ridefinizione/riduzione degli orari coerente con l'esigenza di procedere a un riallineamento dei tempi di vita e di lavoro (51). Un'idea di giustizia sociale *formale* che fa dipendere dall'accesso al lavoro (sempre più difficile e incerto) il godimento dei diritti universali di cittadinanza sociale appare, oggi, del tutto insufficiente (52).

L'istituzione del reddito di cittadinanza può rappresentare un'apertura «dal basso» verso un concetto di *welfare* a ispirazione universalistica e un primo passo verso un sostanziale «chiarimento», in questo settore, dei rapporti tra Stato ed Enti locali che si traduca in una ripartizione non solo delle competenze, ma anche e soprattutto delle responsabilità tra i diversi livelli di governo (53). L'impianto dell'iniziativa re-

(51) Sono numerose le teorie sul reddito di cittadinanza formulate in ambienti accademici e istituzionali. Inoltre il reddito di cittadinanza si presta a svariate impostazioni teoriche e/o funzionalistiche: dall'approccio, per così dire, operaista di Fumagalli e Bologna alle ipotesi, accennate, dei riformisti radicali tra cui C. Offe, G. Aznar e A. Gorz, dall'impostazione lavorista di M. Revelli alle connotazioni addirittura neoliberali delle teorie di M. Friedman e R. Dahrendorf. Non pare questa la sede per una disamina esaustiva di ciascuna di esse. Si rimanda pertanto ad A. Fumagalli, *10 teorie sul reddito di cittadinanza*, disponibili sul sito www.ecn.org oppure sul sito universitario www.unipv.it; G. Aznar, *Lavorare meno per lavorare tutti*, Manifestolibri, Roma, 1994; R. Dahrendorf, *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, Roma, 1994; A. Gorz, *Miseria del presente ricchezza del possibile*, cit.; S. Bologna e A. Fumagalli (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, cit.; C. Palermo, *Reddito di Cittadinanza e lavoro sociale*, Ed. Riff Raff, 1994; M. Revelli, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997; F. Silva, *Stato e diritti nel postfordismo*, Manifestolibri, Roma, 1996; A. Mantegna e A. Tiddi, *Reddito di Cittadinanza. Verso la società del non lavoro*, Castelvecchi, Roma, 2000.

(52) Nell'accezione giuridica la cittadinanza, infatti, è un bene in quanto si pone essa stessa come garanzia di diritti, e in questo senso è strumentale al godimento e alla tutela dei diritti e al processo costitutivo dell'identità personale. Infine si pone come titolo di appartenenza alla società civile, e in questo senso è un concetto che indica implicitamente la propria portata tendenzialmente universale. J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica*, Einaudi, Torino, 1992.

(53) Per quanto riguarda i requisiti di accesso al reddito la legge regionale definisce all'art. 2 le caratteristiche dei soggetti aventi diritto, e cioè: «i componenti maggiorienni comunitari ed extracomunitari in possesso del permesso di soggiorno e residenti in uno dei Comuni della Regione Campania da almeno 60 mesi dalla data di pubblicazione della legge regionale, appartenenti a un nucleo familiare [...] il quale risulti complessivamente titolare, nell'anno antecedente alla richiesta, di un reddito inferiore ai 5.000,00 euro». Il reddito resta tuttavia accessibile anche ai senza fissa di-

gionale che si commenta si fonda non solo (e non tanto) sulla valorizzazione dell'erogazione monetaria in sé, quanto su un pacchetto aggiuntivo di servizi. Il «pacchetto di sostegno» è la vera sfida incorporata nella legge regionale e, se efficacemente organizzato, apre la strada verso la concreta possibilità di arrivare a un concetto di reddito che vada oltre l'aspetto monetario creando una demarcazione tra previdenza e assistenza, tra benefici di categoria e benefici di cittadinanza (54). Incentivare i servizi pubblico/sociali significa offrire ai beneficiari un'occasione di partecipazione e di acquisizione di *capabilities*, facoltà di accesso ai processi di socializzazione, formazione e istruzione che possano consentire loro di aumentare il proprio capitale sociale e «spendere» meglio anche l'erogazione monetaria finalizzata a fronteggiare lo stato di bisogno immediato (55).

Il maggior ostacolo per l'estensione universalistica della misura sociale e per l'abbattimento progressivo delle «soglie» resta la questione della sua sostenibilità finanziaria. È vero che il requisito della *sostenibilità* in apparenza immunizza a monte il progetto di un'allocazione universale e aggancia questa proposta al mondo delle «politiche plausibili», ma in un'ottica realistica occorre dotarsi di una *pars construens* in grado di spostare sempre più in alto il confine della *compatibilità* e creare una nuova *idea* di politica sociale che consideri i diritti sociali come diritti di cittadinanza e il diritto a una sussistenza dignitosa come un diritto inalienabile dell'individuo.

La questione cruciale resta quella del finanziamento delle politiche sociali, la quale rimanda immediatamente al rapporto fra Stato, Regioni ed Enti locali improntato al principio della sussidiarietà (oriz-

mora. Al successivo art. 3 vengono poi definiti i criteri di calcolo del reddito con riferimento alla certificazione I.S.E.E. e a una formula basata sui consumi per le utenze domestiche e sulla proprietà di immobili e/o motocicli e autovetture.

(54) Cfr. C. Saraceno, *Le dinamiche assistenziali in Europa*, op. cit.

(55) A. Sen, *Development as freedom*, cit. Per quanto riguarda la legge regionale essa stabilisce all'art. 6 che, dopo la selezione degli aventi diritto, gli uffici competenti su base locale dovranno procedere a una progettazione dell'intervento complessivo che, oltre all'erogazione monetaria, dovrà fondarsi su tutte le misure previste, seppur nei limiti di spesa consentiti, e idonee a perseguire le finalità di cui all'art. 2 della legge: lotta alla povertà e all'esclusione sociale. Le misure previste sono essenzialmente volte al sostegno alla scolarità (gratuità dei libri di testo, per esempio), al sostegno alla formazione professionale soprattutto tra i giovani, all'accesso gratuito ai servizi sociali e socio-sanitari, all'emersione dal lavoro nero e irregolare attraverso incentivi all'autoimpiego, alle agevolazioni per l'uso dei trasporti pubblici e per le spese di affitto nonché, infine, all'inserimento nelle attività culturali.

zontale e verticale) (56), inteso come criterio di ripartizione delle competenze fra centro e periferia, che ha poi trovato rispondenza nella modifica, a opera della legge costituzionale n. 3/2001, del Titolo V della Costituzione e nell'istituzionalizzazione dei cd. Patti di stabilità interni fra Stato e Regioni per la determinazione dei fondi di bilancio da destinare alle politiche sociali (57). La riforma del Titolo V lascia aperto un consistente divario tra il contenuto dei diritti sociali, che, com'è noto, sono inseriti nella prima parte della Costituzione non toccata dall'intervento di riforma e l'organizzazione degli assetti, coinvolti invece dalla modifica (58).

La riforma del Titolo V ha modificato in modo profondo l'assetto delle competenze tra Stato, Regioni ed Enti locali soprattutto nei due settori salienti della sanità e dell'assistenza (59).

Un primo contenuto della riforma costituzionale riguarda, infatti, il trasferimento di gran parte delle politiche sociali dall'area della competenza legislativa concorrente (come previsto dall'art. 117 Cost. nel testo previgente) a quella della competenza esclusiva delle Regioni (60), registrandosi un forte ampliamento quantitativo delle attribuzioni regionali la cui sopportabilità finanziaria è quanto meno in dubbio o a rischio (61).

(56) Per le questioni attinenti all'intreccio tra sussidiarietà e nuovo sistema delle fonti cfr. A. Moscarini, *Competenze e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003.

(57) Il quadro della riforma, operata alla fine della XIII Legislatura, investe non solo l'art. 118 Cost., ma anche gli artt. 119 e 120 della Cost. ove si è cercato di ridisegnare le relazioni finanziarie fra centro e periferia, prevedendo «l'autonomia finanziaria e di spesa» anche per Regioni ed Enti locali e fissando le regole per l'esercizio del potere sostitutivo statale solo in caso di inerzia regionale.

(58) Per una ricostruzione delle principali tappe della Riforma del Titolo V della Cost. vedi: T. Groppi e M. Olivetti, *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003. Per un'analisi approfondita della collocazione data alle materie della previdenza e dell'assistenza sociale nel nuovo riparto di competenze legislative fra Stato, Regioni ed Enti locali delineato nel nuovo testo dell'art. 117 Cost. vedi C. Lagala, *Le Regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001*, in *RDSS*, n. 2, 2002.

(59) In particolare in materia di politiche sociali lo Stato non ha più quella potestà normativa in forza della quale aveva emanato una disposizione di principio come la legge n. 328/2000, e non ha più neppure competenza a emanare una programmazione nazionale degli interventi di assistenza, né può ingerirsi nell'organizzazione dei servizi.

(60) Vedi il mancato richiamo della materia dei servizi e delle politiche sociali, nel nuovo testo dell'art. 117 Cost., nella elencazione delle materie sia di competenza esclusiva dello Stato sia di competenza regionale concorrente.

(61) Per certi aspetti si assiste a uno svuotamento di valore delle stesse disposizioni di principio contenute nella legge n. 328/2000, anche se queste restano vigenti e

Attualmente allo Stato spetta una competenza esclusiva solo nelle materie specificamente indicate nel nuovo testo dell'art. 117 Cost. (62), ma conserva la funzione essenziale di programmazione, indirizzo e coordinamento (art. 9, legge n. 328/2000), di definizione dei principi e degli obiettivi generali, per via legislativa, nonché di definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni* (d'ora in poi L.E.P.) da garantirsi su tutto il territorio nazionale e di ripartizione delle risorse afferenti il Fondo Nazionale per le politiche sociali (63). La competenza statale, attualmente inevasa, per la definizione dei livelli essenziali dovrebbe, in effetti, assumere carattere vincolante per l'attività regionale in materia sociale. La previsione dei livelli essenziali di assistenza nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato è di importanza centrale giacché si pone, teoricamente, come garanzia dell'uguaglianza nel godimento dei diritti sociali e di cittadinanza, per la prima volta inseriti in un testo di

possono dirsi compatibili con il decentramento operato prevedendo già una sorta di «federalismo» delle politiche sociali, sostenuto, però, da una precisa ripartizione di ruoli, funzioni e responsabilità. Cfr. S. Sacchi, *Reddito minimo e politiche di contrasto alla povertà*, cit.

(62) Il riferimento è alle competenze in materia di previdenza sociale (vedi anche l'art. 24 della legge n. 328/2000 per quanto riguarda gli interventi a favore di portatori di *handicap*), immigrazione, prestazioni sociali agli stranieri, ai nuovi profili professionali. Tra le materie concorrenti, nel cui ambito spetta ancora allo Stato la determinazione dei principi fondamentali, vi sono quelle elencate nel comma 3 dell'art. 117 relative alla tutela e sicurezza sul lavoro, tutela della salute, misure contro la povertà e la disoccupazione, armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento con la finanza pubblica.

(63) Va sottolineato, al tal proposito, che la definizione dei L.E.P. andrebbe intesa non più come mero elenco di prestazioni ritenute indispensabili, ma dovrebbe prevedere anche il contenuto qualitativo delle prestazioni stesse, in modo tale da soddisfare effettivamente lo stato di bisogno dei beneficiari. La stessa omogeneità delle prestazioni essenziali su tutto il territorio nazionale dovrebbe essere intesa non esclusivamente come disponibilità di una prestazione, ma anche come adeguatezza della stessa a contribuire al soddisfacimento dei bisogni sociali. Si tratterebbe del passaggio verso una modalità «multidimensionale» di definizione dei L.E.P. secondo cui, appunto, le prestazioni sociali devono essere caratterizzate da alcune componenti («dimensioni») ritenute qualificanti, ad esempio in termini di allocazione, tempi di attesa, caratteristiche qualitative, funzionalità degli uffici, servizi informativi e così via. Ovviamente ciò implica la previsione di un insieme di indicatori e di un sistema di monitoraggio in grado di rilevare se e in che misura l'erogazione di ciascuna prestazione rientra tra quelle tabellate come essenziali sia garantita in ciascuna area geografica. Sul punto cfr. L. Torchia (a cura di), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, 2005. Infine si sottolinea che il collegamento indicato a livello costituzionale tra livelli essenziali di assistenza e diritti sociali opera una qualificazione delle prestazioni comprese nei L.E.P. come diritti soggettivi degli utenti. Tale classificazione come diritti soggettivi era già individuabile nel-

rango costituzionale, e della loro qualificazione come diritti soggettivi (64). I livelli essenziali dovrebbero intendersi, infatti, direttamente collegati ai principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale e rappresentare una condizione di cittadinanza sociale universale. Tale «unitarietà qualitativa» (65) dello stato di cittadinanza non deve trasformarli in livelli «minimi» in senso quantitativo e qualitativo ma significare un limite di garanzia al di sotto del quale non si può scendere. In un certo modo la determinazione dei livelli essenziali dovrebbe essere funzionale a un progressivo allineamento verso l'alto delle situazioni regionali più arretrate e innescare una sorta di competizione positiva verso *standards* elevati e vincolanti di protezione sociale.

Una seconda area in cui ha inciso fortemente la riforma costituzionale è l'articolazione dei livelli di governo del sistema sociale (66).

l'art. 2 della legge n. 328/2000, senza però che fossero esplicitati fino in fondo gli strumenti a garanzia di tali diritti, che, secondo l'attuale tendenza al decentramento, dovrebbero svilupparsi nell'ambito della normativa regionale. Per quanto riguarda la ripartizione della spesa attraverso il Fondo, l'art. 20, comma 4, della legge n. 328/2000 prevede che la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali sia effettuata contestualmente a quella delle risorse da destinare al Fondo.

(64) La stessa giurisprudenza, compresa quella costituzionale (vedi sentenza della Corte Cost. n. 88 del 2003 che specificamente riguarda le procedure e gli strumenti di definizione dei L.E.P., affermando che le scelte in tema di livelli essenziali vanno adottate con legge), conferma che la disciplina dei L.E.P. va considerata in riferimento alla tutela di posizioni soggettive degli utenti. Cfr. al riguardo, sia pure in un'altra prospettiva, la sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999, che segna per prima l'abbandono del criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, aprendo altresì la via alla tutela risarcitoria in presenza di danni causati da «illegittimo esercizio della funzione pubblica».

(65) L'espressione virgolettata è di E. Ales, *Diritto di cittadinanza sociale e livello essenziale di prestazione nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'uguaglianza solidale*, in *RDSS*, n. 2, 2002.

(66) In base ai principi di sussidiarietà, l'art. 118, comma 1, Cost., nuovo testo, attribuisce in via generale ai Comuni i compiti di progettazione e realizzazione della rete dei servizi sociali, nonché di autorizzazione e accreditamento dei soggetti privati che intervengono. È noto che la legge n. 328/2000 regola anche i rapporti tra istituzioni e soggetti privati in materia sociale in qualità di «soggetti attivi» che possono anche essere ammessi alla gestione e alla programmazione degli interventi sociali. Una delle principali innovazioni della legge è proprio quella di configurare, per linee generali, un sistema di servizi a rete a composizione mista pubblico-privata come particolare espressione di sussidiarietà orizzontale. I Comuni partecipano anche all'individuazione degli Ambiti Territoriali, che normalmente coincidono con i distretti sanitari, per la costruzione dell'integrazione a rete (art. 6, legge n. 328/2000). Il ruolo della Provincia, invece, ha una funzione residuale limitata al concorso nella programmazione e a compiti di monitoraggio dell'offerta assistenziale mentre, alle Regioni sono

Due sono allora le dimensioni più incisive del decentramento. La prima si riferisce all'amministrazione e alla gestione delle politiche sociali; la seconda si riferisce al finanziamento dei programmi di azione sociale e obbliga le amministrazioni locali, per molte misure attivabili, a internalizzare i costi degli interventi sociali programmati. In tal senso i «Patti di stabilità interni» fissano i tetti alle finanze degli Enti locali e rappresentano così una sorta di cappio al collo per l'attivazione di misure di contrasto alla povertà più incisive. Inoltre la (quasi) automatica trasposizione dei vincoli di bilancio derivanti dal Patto di Stabilità comunitario come vincolo alla spesa degli Enti locali è un meccanismo che rischia di favorire una grave deresponsabilizzazione del governo centrale e di comprimere quegli spazi di autonomia che pure la riforma del Titolo V sembrava prospettare (67). Far dipendere i programmi di intervento dalle capacità di finanziamento (quasi esclusivo) delle singole Regioni equivale a negare proprio l'universalità delle prestazioni sociali e a esasperare le disuguaglianze nel godimento dei diritti di cittadinanza.

All'interno della manovra annuale di bilancio, bisognerebbe, al contrario, attribuire alle Regioni (e alle altre amministrazioni pubbliche attraverso il riparto) le risorse finanziarie necessarie per l'osservanza dei livelli essenziali, anche in ragione della maggior diffusione del disagio e del bisogno sociale in determinate aree del paese. Inoltre andrebbero quantificate le risorse aggiuntive a carico del bilancio dello Stato destinate a promuovere programmi di intervento *straordinario* o il perseguimento di scopi determinati e vincolare queste risorse in funzione di una continuità pluriennale dell'intervento. L'orientamento federalista deve poter rappresentare, cioè, un modo per consentire al rapporto tra i diversi livelli di amministrazione di plasmarsi, pur nelle diverse funzioni e sfere di competenza, attorno al concreto obiettivo di garanzia di cittadinanza in un'ottica solidale. In altri termini, la delega a livello locale delle politiche sociali senza una predefinitone degli *standards* minimi (68), dei criteri e del contenuto essenziale dei diritti sociali e di cit-

attribuiti compiti di programmazione, coordinamento, indirizzo e valutazione della complessiva attuazione del sistema integrato.

(67) Cfr. A. Simoncini, *La riforma del Titolo V ed il modello costituzionale di welfare in Italia*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, n. 3, 2003.

(68) Come detto, lo stesso art. 117, comma 2, lett. *m*, così come ritoccato dalla riforma costituzionale appare ancora una norma che assegna allo Stato una specifica competenza in materia; infatti, in un quadro costituzionale in cui gran parte della potestà legislativa è affidata alle Regioni, con conseguente previsione tassativa delle competenze statali, la determinazione dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i

adinanza a livello nazionale può avere come conseguenza l'aumento dei livelli di diversificazione territoriale proprio nel settore delle politiche sociali che dovrebbe garantire un livello uniforme di protezione per le fasce deboli e svantaggiate della società, finendo per affievolire le condizioni stesse della cittadinanza.

In tal senso l'iniziativa regionale di istituzione del reddito rappresenta un interessante fenomeno di innovazione e propulsione su questo versante e un *input* per la definizione legislativa del livello essenziale delle prestazioni sociali.

4. — *Conclusioni* — L'emergere di nuovi bisogni e «nuove povertà» che toccano gruppi sociali eterogenei e le trasformazioni del mercato del lavoro sollecitano l'urgenza di ridefinire il sistema di *welfare* e il ruolo degli attori sociali. La promozione di una rete di protezione sociale di tipo universalistico include la possibilità di istituire un *reddito sociale* inteso come diritto di cittadinanza prima ancora che come strumento di lotta all'esclusione e alla povertà e impone il superamento della dicotomia tradizionale secondo cui occorre selezionare chi «merita» l'assistenza sociale rispetto a chi «non la merita» in base ad approcci talvolta moralistici (69).

Probabilmente ciò rappresenta anche il confine tra attivazione come *capacitazione* (70) e attivazione come costrizione istituzionale a una

diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» rappresenta un sicuro controlimite statale rispetto al rafforzamento delle potestà legislative regionali e locali.

(69) La questione è, a tal riguardo, se il sostegno economico a chi versa in condizioni di disagio sia comunque un diritto di cittadinanza, o se invece esso vada subordinato al rispetto da parte dei beneficiari di un dato comportamento. Si tratta in fondo dello stesso problema, rilevato ad esempio nel caso del R.M.I. o dei «lavori socialmente utili», del potere di negoziazione dei soggetti deboli rispetto alle opzioni di «attivazione» o di lavoro offerte. Lo stesso concetto di «contratto» sociale implica una simmetria tra i contraenti che è del tutto estranea ai contesti attuali, sia perché i beneficiari sono in una posizione di forte debolezza rispetto a chi ha il potere di decidere se e cosa offrire, in che maniera e per quanto tempo, sia perché i destinatari delle misure sociali quasi mai hanno le capacità e le conoscenze necessarie per sviluppare progetti più appropriati rispetto alle proprie esigenze di vita e negoziarli.

(70) Il termine è piuttosto diffuso nella letteratura socio-economica e rappresenta il corrispettivo tradotto del termine inglese *empowering*. Molti studiosi hanno evidenziato come, contrariamente a quanto ci si aspetterebbe, il subordinare il sostegno pubblico all'accettazione di qualunque tipo di offerta proposta in contropartita dalle istituzioni riduce l'autonoma volontà di attivarsi nella ricerca di lavori conformi alle proprie aspettative e aumenta il rischio della deresponsabilizzazione sia da

prestazione predefinita e non negoziabile e il discrimine rispetto a una politica sociale più democratica. Senza pretendere di aver superato tutte le contraddizioni intrinseche, si tratta di valutare sotto un'altra luce la differenza tra giustizia sociale e integrazione attraverso il lavoro, atteso che quest'ultima richiede tempi e strumenti lenti e probabilmente passa proprio attraverso l'emancipazione dai bisogni primari di chi è privo di reddito. Ovviamente il cambiamento dovrebbe investire anche i modelli di organizzazione sia delle politiche sociali sia, forse soprattutto, delle modalità di finanziamento (71).

Infine, l'elaborazione di un rinnovamento del *welfare* locale non può prescindere da un quadro di rapporti chiaramente definiti tra Stato e governi locali. Una impostazione, per così dire, duale della riforma costituzionale, secondo cui ciascun livello istituzionale esercita in modo separato ed esclusivo le proprie funzioni, è lontana dall'idea di «federalismo solidale» e soprattutto mette in ombra le potenzialità della cooperazione. Il rischio è che l'attuale assetto ordinamentale e le istanze di decentralizzazione si trasformino in un alibi per delegare ad altri livelli la responsabilità di promuovere la solidarietà sociale e l'inclusione.

parte dei beneficiari, sia, per altri versi, da parte dei servizi sociali e della comunità. Nonostante i permanenti rischi di dipendenza assistenziale, che non possono essere evitati del tutto, aumenta, anche in paesi da sempre sostenitori del *workfare* come il Regno Unito, la consapevolezza che l'assistenza e l'inclusione devono affrontare anche questioni di «capacitazione», di riconoscimento del soggetto e di rafforzamento delle capacità individuali.

(71) A tal proposito numerose sono le proposte tese a individuare forme di finanziamento per un'assistenza sociale più ampia ed efficace, a cominciare dalle imposte aggiuntive sui redditi alti fino alle imposte sui trasferimenti finanziari di capitali (*Tobin Tax*), passando attraverso il concetto di compartecipazione, ma questo discorso esula in gran parte dall'economia del presente lavoro.

Nicola Marongiu (*)

LA TRASFORMAZIONE DEL LAVORO A PROGETTO
IN RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO
A TEMPO INDETERMINATO

SOMMARIO: Premessa. — 1. La conversione retroattiva in subordinazione delle collaborazioni coordinate e continuative «senza progetto». — 2. La teoria della *presunzione iuris tantum*. — 3. La teoria della *obbligazione di risultato*. — 4. Una nuova e possibile lettura: il *paternalismo contrattuale*.

— *Premessa* — A norma dell'art. 61, comma 1, e dell'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, dal momento in cui la riforma è vigente (ossia dal 24 ottobre 2003), salvo i casi tassativamente esclusi e le ipotesi di applicazione dilazionata (1), se non sono riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso secondo i dettami del comma 1 dell'art. 61 del d.lgs. cit., i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.

Nel commento che segue si esamineranno innanzi tutto i vari problemi di ordine giuridico ed economico posti da tale norma; secondariamente si esporranno criticamente le più importanti opzioni ricostruttive fino a oggi elaborate, e in ultimo si proporrà una interpretazione alternativa, ispirata al rispetto sia della *ratio* anti-elusiva che permea la disciplina sul lavoro a progetto (2), e sia dei principi costituzionali in materia di lavoro.

1. — *La conversione retroattiva in lavoro subordinato a tempo indeterminato delle collaborazioni coordinate e continuative «senza progetto»* — La lettera della legge non lascia dubbi sulla portata del precetto di

(*) Collaboratore del Centro studi di Relazioni industriali nell'Università di Cagliari.

(1) Vedi d.lgs. n. 276/2003, artt. 1, comma 2, 61, commi 2 e 3, 86, comma 1.

(2) Lo scopo della riforma è impedire l'utilizzo simulato e fraudolento delle collaborazioni coordinate e continuative; vedi circolare Ministero del lavoro e politiche sociali, n. 1/2004.

cui all'art. 69, comma 1: se la prestazione collaborativa non è funzionalizzata in uno o più progetti specifici (o programmi di lavoro o fasi di esso) si applica la sanzione della «conversione» *ex tunc* in lavoro subordinato a tempo indeterminato. Lo stesso dicasi per le co.co.co. a tempo indeterminato, poiché l'indeterminabilità della durata del contratto dimostrerebbe l'assenza di un progetto: in altri termini un progetto senza una fine, sarebbe un progetto senza obiettivo e quindi non sarebbe neppure concepibile come progetto.

A fronte di siffatta regolazione si sono sollevate le critiche più forti, dal lato sindacale come da quello datoriale (3).

Si è sostenuto infatti sia che in tal modo è stata posta in essere una inammissibile compressione dell'autonomia contrattuale, in un ambito giuridico che ne è sempre stato esente, con l'«effetto dal sapore paradossalmente bertinottiano» di spingere tutti i rapporti di co.co.co. non riconducibili a un progetto verso il lavoro subordinato, o all'opposto con la conseguenza di dar vita a un fenomeno, ugualmente elusivo, di elaborazione da parte di avvocati e consulenti di «progetti posticci», senza in tal modo diluire il contenzioso (4); sia che molte co.co.co. a tempo indeterminato solo per questo defluiscono verso il lavoro nero e irregolare, piuttosto che rischiare un coattivo travaso nella botte del lavoro subordinato (5).

D'altro lato, si è osservato (in un'ottica contrapposta a quella delle precedenti posizioni) che nella nuova normativa ci sono troppi elementi – tra i quali in particolare la vaghezza del significato di progetto-programma-fase – nei quali la legge, contorcendosi con l'opposta prospettiva anti-elusiva, consente all'autonomia contrattuale spazi eccessivamente ampi per aggirare il dettato legislativo (6). Ancora, si è detto che la contiguità tra il lavoro a progetto e quello subordinato di alta qualificazione potrebbe indurre nel giudice la tentazione di non approfondire l'esame del caso, nella convinzione che in siffatte ipotesi il progetto sia sufficiente dimostrazione di autonomia, «con il rischio dell'effetto *boomerang*» di mettere nelle mani dei datori di lavoro

(3) Cfr. P. G. Alleva, *La ricerca e la analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in www.cgil/giuridico.it, p. 1.

(4) Vedi R. Dal Punta, *La scomparsa dei co.co.co.*, in www.netmanager.it; De Luca Tamajo, cit., pp. 16 ss.

(5) Vedi P. Ichino, *Il vero strappo è un'altra rigidità*, in *Il Corriere della Sera*, domenica 8 giugno 2003, e *L'incerto futuro dei co.co.co.*, in www.netmanager.it.

(6) Cfr. P. G. Alleva, *La ricerca e la analisi dei punti critici del decreto...*, cit., p. 4.

ro il biglietto per un transito privilegiato dall'area della subordinazione (che così verrebbe svuotata) a quella della nuova tipologia contrattuale (7).

Quando poi si passa all'esame di tale disposizione sul piano dei principi giuridico-sistematici e costituzionali l'impressione è quella di assistere a una sorta di «emorragia giuridica».

Innanzitutto è stata censurata *l'irragionevolezza/illogicità* della presunzione *de qua*, in quanto costruita su di un parametro – quale la mancanza del progetto – inidoneo a fungere da «fatto noto per risalire a un fatto ignorato» (art. 2727 cod. civ.), ossia alla sussistenza della eterodirezione della prestazione di lavoro: come può pensarsi che la circostanza della mancata individuazione del progetto, di cui il legislatore nemmeno fornisce la nozione, possa dimostrare che il lavoratore sia etero-diretto? (8) Un autorevole commentatore (9) ha al riguardo osservato che tale divieto sarebbe frutto della valutazione prettamente empirica per cui al fine di evitare ogni elusione sarebbe sufficiente qualificare sempre come subordinate per volontà di legge le collaborazioni coordinate e continuative svolte per un'esigenza stabile e continuativa del committente. Di qui l'idea di sostituire la figura della collaborazione coordinata e continuativa con quella di un lavoro a progetto finalizzato al raggiungimento di un risultato, che definisca temporalmente il rapporto di lavoro. Una simile costruzione, come lo stesso Autore avverte, è sul piano della sistematica giuridica aberrante, in quanto secondo i principi giuridici vigenti, e *in primis* in forza del dettato dell'art. 2094 cod. civ., l'autonomia o la subordinazione non può dipendere dal carattere temporaneo della esigenza produttiva sottesa alla prestazione di lavoro, ma solo dalla sussistenza o meno dell'etero-direzione.

Occorre ricordare, inoltre, che quando il legislatore ha in passato utilizzato lo stesso strumento della presunzione lo ha fatto in modo da porre a base del ragionamento induttivo indicatori sostanziali plausibi-

(7) Vedi A. Andreoni, *Decreto legislativo n. 276/2003, brevi osservazioni*, in www.cgil/giuridico.it.

(8) Su questo aspetto in particolare vedi M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali – Commento al Titolo VII del d.lgs. n. 276/2003*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 29/2004, pp. 65 ss.; F. Lunardon, *lavoro a progetto...*, cit., pp. 20 ss. e pp. 71 ss., per la quale «quello che non quadra è la possibilità dell'indice progetto di valere da solo ai fini della qualificazione, qualità che non è stata mai riconosciuta neppure alla stessa eterodeterminazione».

(9) P. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici...*, cit.

li del dato da indurre, come nel caso dell'art. 1, comma 5, della legge n. 1369/1960 e dell'art. 1, comma 3, legge n. 877/1973 (10).

Per tali ragioni tale disposizione altresì viola il *principio di ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento ex art. 3 Cost.* (11). Essa di fatto fa sì che, mentre per alcune fattispecie la protezione «forte» del diritto del lavoro si applica in forza di un rigoroso dato sostanziale che bene evidenzia la posizione di assoggettamento della persona del lavoratore al potere privato del datore di lavoro, per altre – le co.co.co. da ricondursi a progetto – si utilizza un mero dato formale assolutamente inidoneo a dimostrare con altrettanta evidenza la debolezza del lavoratore, e quindi la ragione ultima della attribuzione di quella tutela.

Connessa a tali censure è quella per cui l'art. 69, comma 1, viola il principio della cd. «indisponibilità del tipo contrattuale» da parte del legislatore, che, *ex artt. 3, 41, 101, 104 Cost.*, non può *ex ante* e in astratto qualificare come subordinato o autonomo un rapporto di lavoro, impedendo che sia il giudice a valutarlo caso per caso in base alle sue concrete modalità esecutive, e altresì imponendo alle parti contrattuali uno schema negoziale prescindendo dalla loro volontà effettiva (12). Ciò, come è evidente, determina l'incostituzionale *compressione dell'autonomia contrattuale*, sia in *violazione dell'art. 41 Cost.* (13) (nella parte

(10) In particolare evidenzia bene questa problematica M. Pedrazzoli, *op. ult. cit.*, pp. 65 ss. Sul rilievo del giudizio di ragionevolezza vedi A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001, in part. cap. 2.

(11) In questo senso si pronuncia sempre Pedrazzoli, *Tipologie...*, cit., p. 67.

(12) Vedi, tra i tanti, A. Perulli, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *LD*, n. 1/20 pp. 112 ss.; De Luca Tamajo, *Dal lavoro...*, cit., pp. 19 ss.; Vallebona, *La riforma dei lavori*, 2004; M. Miscione, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. giur.*, n. 4/2003, pp. 818 ss.; Tartaglione, *Il contratto a progetto nella riforma Biagi*, in *Glav*, n. 42, 2003, inserto, p. II, pp. IX ss.; G. Leone, *Le collaborazioni (coordinate e continuative) a progetto*, in *q. Riv.*, n. 1/2004, pp. 95 ss.; Fondazione Studi Consulenti del lavoro, *Dossier Lavoro a progetto*, in *Il Consulente del Lavoro*, n. 3, aprile 2004, e n. 4, maggio 2004, cit., pp. 3 ss.

(13) Vedi A. Vallebona, *La riforma dei lavori*, 2004, pp. 22 ss., che parla di «violenza e inutile invasione dell'autonomia privata»; in questo senso, altresì, Pedrazzoli, *Tipologie...*, cit., pp. 142 ss.; De Luca Tamajo, *Dal lavoro...*, cit. p. 20; Santoro Passarelli, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in *ADL*, n. 1/2004, pp. 41 ss.; Alleva, *op. ult. cit.*; De Luca Tamajo, *op. ult. cit.* Parla di «irragionevolezza per disparità di trattamento *ex art. 3 Cost.*», in riferimento all'arbitrario divieto di continuare a esistere come autonome posto per le collaborazioni coordinate e continuative che non siano riconducibili a progetto, nel senso che non abbiano a oggetto una obbligazione di risultato, anche Spolverato, *Il contratto di...*, cit., pp. XVII ss. Ancora è molto severo sulla censura di incostituzionale compressione dell'autonomia contrattuale F. Gazzoni, *Istituzioni di diritto privato*, XI edizione, pp. 1277 e 1278.

in cui questo tutela l'autonomia contrattuale come mezzo per l'esercizio della libertà di iniziativa economica) (14), poiché è pregiudicata la volontà effettiva delle parti di porre in essere un rapporto autonomo-coordinato pur in mancanza di progetto, e sia in *violazione dell'art. 35 Cost.* (15), poiché non si rispetta di questa disposizione lo «spirito» neutrale quando si impone coercitivamente come unica forma ammessa di lavoro autonomo coordinato quello a progetto, manifestando un chiaro *sfavor* per tutte le altre forme, anche se genuinamente autonome, e un altrettanto chiaro *favor* per la subordinazione, a prescindere da indici fattuali attendibili a dimostrazione della sua sussistenza.

Come si vede tutte le censure esposte possono essere ricondotte a due filoni: quello della disposizione del tipo contrattuale/compressione della autonomia negoziale; e quello della illogicità di assumere un indefinito elemento formale come reale *discrimen* tra subordinazione e autonomia.

In realtà, occorre dirlo, gli spazi per recuperare in via interpretativa al nostro istituto una necessaria armonia interna ed esterna ci sono: e si trovano proprio là dove il legislatore è rimasto sul vago, quasi a voler invitare l'interprete a riparare un'opera nata imperfetta.

Tutti i commentatori hanno pertanto interpretato la norma della «riconducibilità a progetto» in modo da depurare le distorsioni implicite dalla sanzione della conversione retroattiva in subordinazione, proponendo ognuno una propria ipotesi ricostruttiva.

Tra le più accreditate teorie si segnalano quella della «presunzione *iuris tantum*», che opera in prevalenza sul piano del primo filone critico e quella della «obbligazione di risultato» (16), che invece opera sul piano del secondo.

2. — *La teoria della presunzione iuris tantum* — È questa l'impostazione avallata anche dal Ministero del lavoro.

La tesi in commento supera le contestazioni sopra esposte interpretando la presunzione in esame come presunzione *iuris tantum*, ex art. 2728, comma 1, cod. civ., vincibile da prova contraria. In tal caso laddove in giudizio risulti che, pur in mancanza del progetto, la prestazio-

(14) Vedi in part. l'esposizione di questo assunto da parte di Francesco Gazzoni, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pp. 766 ss.

(15) Vedi ancora M. Pedrazzoli, *op. ult. cit.*, p. 67, e p. 142.

(16) Va preliminarmente avvisato che tale nomenclatura è frutto di una libera sintesi di chi scrive.

ne del collaboratore non sia stata etero-diretta, la natura genuinamente autonoma del rapporto sarebbe salva (17): e con essa l'autonomia negoziale delle parti.

Questa soluzione tuttavia non può essere accolta per ragioni sia testuali che sistematiche; ma, prima ancora, essa non è coerente con la chiara finalità anti-elusiva che permea la riforma (18) (e non è un caso che il legislatore della correzione (19) non sia minimamente intervenuto su di essa). Se venisse accolta, infatti, lo scopo di reprimere l'uso simulato delle co.co.co. sarebbe affidato al flebile strumento della inversione dell'onere della prova, ancor meno efficace quando il committente abbia redatto un regolare progetto scritto in modo da potersi avvalere, *ex art. 62, comma 1, lett. b*, di tutti i mezzi di prova.

Si è detto che tale soluzione non convince sul piano testuale (20). È stato ampiamente segnalato che l'espressione utilizzata – «sono considerati» – si conforma ad altre speculari formulazioni in cui la configurabilità di una presunzione *iuris et de iure* è certa (vedi i citati artt. 1, comma 5, legge n. 1369/1960, e 1, comma 3, legge n. 877/1973): in ogni caso se il legislatore avesse voluto istituire una presunzione vincibile da prova contraria avrebbe potuto specificarlo, come anche il legislatore della correzione; quindi che senso ha far dire alla legge qualcosa che non dice affatto, sostenendo che invece «avrebbe voluto dirlo»?

In ultimo si devono evidenziare le a dir poco sorprendenti conseguenze che deriverebbero sul piano sistematico da tale lettura (21). Se l'autonomia fosse provata in giudizio, il giudice non «convertirebbe» il rapporto in subordinato, ma si limiterebbe ad accertare tra le parti un

(17) Questa proposta è stata avanzata innanzi tutto dal Ministero del lavoro, *Circolare 8 gennaio 2004, n. 1*; Tiraboschi, *Il lavoro a progetto profili teorico ricostruttivi*, cit., pp. 26 ss.; Miscione, *op. ult. cit.*, pp. 818 ss.; F. Lunardon, *op. ult. cit.*, pp. 71 ss.; Tartaglione, *op. ult. cit.*; D'oronzio, *Durata del contratto...*, cit., p. 39; L. Castelvetti, *Lavoro a progetto*, cit., p. 170. Ma gli altri commentatori dell'istituto del lavoro a progetto sono contro la «depressione» della presunzione *de qua* in presunzione relativa.

(18) Su questo piano vedi in part. A. Tursi, *La riforma delle collaborazioni coordinate e continuative*, in www.la.voce.info: il quale parla di «*reductio ad nihilum* della innovazione legislativa».

(19) D.lgs. n. 151/2004.

(20) Vedi M. Pedrazzoli, *op. ult. cit.*, pp. 65 ss.; altresì A. Perulli, *op. ult. cit.*: «optando per la tesi della presunzione semplice il legislatore viene una volta di più smentito nella sua testualità [...] insomma: si è scherzato...».

(21) Vedi al riguardo A. Perulli, *op. ult. cit.*, e concordemente Santoro Passarelli, *Prime chiose...*, cit., p. 42.

rapporto di lavoro autonomo: sì, ma come dovrebbe qualificarsi quest'ultimo? Si tratta di una collaborazione coordinata e continuativa «senza progetto»? Come è possibile affermare che tali schemi negoziali «atipici», pur chiaramente «vietati» nella rubrica dell'art. 69, tuttavia sono ammessi? Come spiegarlo a fronte della circostanza per cui il legislatore consente solo in un «numero chiuso» di ipotesi (specie all'art. 61, commi 2 e 3) il ricorso a co.co.co. «senza progetto»? Per sfuggire a tali censure si è pensato (22) che il rapporto *de quo* possa essere qualificato come «contratto d'opera». Ma anche in tal caso il problema sarebbe quello di giustificare sia il requisito del coordinamento che quello della continuità, che da sempre distinguono il rapporto di co.co.co. dalla fattispecie *ex art.* 2222 cod. civ. Inoltre è evidente che se la fattispecie fosse quella dell'art. 2222 cod. civ. la disciplina da applicare al «collaboratore» non sarebbe quella degli artt. 61 ss., ma quella codicistica, con una evidente regressione delle tutele per lo stesso, a vantaggio del committente (che così potrebbe avere interesse a non determinare il progetto).

In fondo la tesi appena respinta non è utile neppure al fine di comprendere come un elemento formale come il progetto possa fungere da così importante ago della bilancia ai fini della distinzione sostanziale tra subordinazione e autonomia. Su questa prospettiva la presente teoria si colloca con gli Autori che improntano la loro opera ricostruttivo-interpretativa sulla figura dell'«obbligazione di risultato», e sulla equivalenza tra *risultato* e *progetto* (23).

(22) Vedi Tartaglione, *op. ult. cit.*, p. IX: «semmai esso potrà e dovrà in tal caso considerarsi un mero e del tutto legittimo rapporto di lavoro autonomo *ex artt.* 2222 ss. cod. civ. e non un tipico rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, cd. a progetto, al quale dunque le norme proprie di tale ultimo contratto semplicemente non si applicheranno».

(23) È questa la tesi che appare prevalente. In realtà occorre non confondere tra una nozione puramente «descrittiva» di obbligazione di risultato e una «tecnico-giuridica». La prima consiste nella nozione di obbligazione *tout court* e semplicemente presuppone che sia individuabile un obiettivo, verso cui sia indirizzata la prestazione del debitore, a prescindere poi dal profilo della sua responsabilità contrattuale nel caso in cui quel risultato non sia stato raggiunto: in tale nozione ovviamente rientra quella «tecnico-giuridica» di obbligazione di «mezzi», poiché è in questa pur sempre individuabile un risultato da raggiungere, come la guarigione per il medico, o la vincita della causa per l'avvocato, la crescita del fatturato per un direttore commerciale ecc., senza però che in tali casi quel risultato costituisca oggetto della obbligazione lavorativa, ma semplicemente impronti *ab extrinseco* lo svolgimento della prestazione «in funzione» del risultato. Per la seconda invece l'*opus perfectum* costituisce proprio l'oggetto dell'obbligazione del debitore: come la riorganizzazione di un magazzino, la stesura di una ricerca di mercato, la realizzazione di un sito *internet* ecc. Su questi a-

3. — *La teoria della obbligazione di risultato* — Il lavoro a progetto, secondo una diffusa lettura (24), contempla solo obbligazioni di risultato e a esecuzione prolungata, aventi a oggetto la realizzazione di uno specifico *opus* ed estinguibili solo nel momento di realizzazione di questo (art. 67, comma 1); non anche obbligazioni di mezzi e di durata in senso tecnico (25), ove manca un *opus* specifico il cui raggiungimento costituisca oggetto dell'obbligo del collaboratore, e nelle quali la durata della prestazione concreta lo specifico interesse del committente (e ha per questo rilevanza causale e non meramente strumentale all'ottenimento di un risultato) (26).

spetti vedi A. Perulli, *Il lavoro autonomo, contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, 1996. A tale riguardo vedi anche D. Mazzacapo, *La fattispecie del lavoro a progetto*, in *Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 47/2004, pp. 9 ss., il quale da un lato sostiene «il rilievo puramente empirico-descrittivo della tradizionale bipartizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato» (in ossequio alla elaborazione dottrinale in merito da parte sia di Perulli, cit., che di Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit.), e dall'altro osserva che «se il progetto non si realizza dovrà essere il collaboratore a dimostrare che la mancata realizzazione non deriva da causa a lui non imputabile; solo nei limiti in cui riesca a fornire detta prova esso sarà esonerato da responsabilità per inadempimento, e anzi, ai sensi dell'art. 2228 cod. civ., esso avrà diritto a un compenso in relazione all'utilità della parte d'opera eventualmente compiuta». In realtà la norma in tal caso applicabile non è quella generale dell'art. 2228 cod. civ. ma quella speciale appositamente introdotta per i collaboratori a progetto dall'art. 63, per cui il corrispettivo deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, ossia alla prestazione in sé, non al risultato e alla sua utilità per il committente: non a caso tale norma è da altri Autori, come V. Pinto, *op. ult. cit.*, e M. Maresca, *op. ult. cit.*, opposta come indice normativo contrario alla configurabilità di una obbligazione di risultato in senso tecnico-giuridico. In ogni caso sono esplicitamente favorevoli alla «circoscrizione della fattispecie» solo alle obbligazioni di risultato Autori come: Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*; G. Leone, *op. ult. cit.*; Spolverato, *op. ult. cit.*; Lunardon, *op. ult. cit.*; Mazzacapo, *op. ult. cit.*; D'oronzio, *op. ult. cit.*; M. Tiraboschi, *op. ult. cit.*

(24) Vedi, tra i principali assertori, Santoro Passarelli, *Prime chiose alla...*, cit.; Spolverato, *Il contratto di collaborazione...*, cit., pp. VII ss.; *circolare 8 gennaio 2004*, n. 1; F. Lunardon, *Lavoro a progetto...*, cit., pp. 21 e 22; M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto...*, cit., p. 22; R. Continisio, *I contratti di collaborazione...*, cit., pp. 172 ss.; A. Casotti, *Lavoro a progetto: prime osservazioni*, in *DPL*, n. 3/2004, pp. 173 e 174.

(25) Santoro Passarelli, *Prime chiose...*, cit., e D. Mazzacapo, *op. ult. cit.*, quanto meno circoscrivono la configurabilità di obbligazioni di durata ai soli casi speculari alla fattispecie dell'appalto per prestazioni continuative e periodiche di servizi *ex art.* 1677 cod. civ.

(26) Il problema è affrontato criticamente anche da V. Pinto, *Le collaborazioni...*, pp. 15 ss.; De Luca Tamajo, *Dal lavoro...*, cit., pp. 14 ss.; M. Pedrazzoli, cit.; G. Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Glav*, 2004, n. 3.

Secondo tale orientamento, il legislatore si sarebbe limitato a recepire il più recente orientamento giurisprudenziale in merito alla distinzione tra le co.co.co. genuinamente autonome e quelle solo simulate: quello fondato sul criterio del risultato dedotto *in obligatione* (27).

Siffatta corrente dottrina supera le accuse di *irragionevolezza e illogicità* sopra indicate, osservando che in realtà il progetto non è affatto un elemento «formale» estrinseco alla struttura della obbligazione lavorativa (28), ma costituisce l'oggetto del contratto, come anche dichiara l'art. 67, comma 1. Pertanto esso è l'indice della sussistenza della obbligazione del collaboratore di realizzare un certo risultato, non rilevando affatto il tempo occorrente a ciò; in tal modo, così è sostenuto, si assicurerebbe l'autonomia e la genuinità del rapporto, perché una obbligazione siffatta sarebbe incompatibile con lo schema del lavoro subordinato.

In base a tale indirizzo la mancanza di previa individuazione del risultato implicherebbe l'emersione di un lavoro subordinato – e lo stesso varrebbe se non fosse ravvisabile una rapporto a tempo determinato (29).

Sono varie le ragioni che inducono a rigettare questa teoria. Pertanto, occorre procedere gradualmente.

A) – *Sul piano dogmatico*, ormai da molti anni è stata dimostrata l'equivocità della distinzione tra «obbligazioni di risultato» e «obbligazioni di mezzi», e soprattutto la sua inidoneità come strumento di qualificazione della subordinazione.

Non esistono, infatti, obbligazioni che non consistano nel dovere del debitore di perseguire un risultato utile per il creditore: «non ha senso una obbligazione in cui non sia dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore; questa utilità è precisamente il risultato dovuto». Nella formula le «obbligazioni di diligenza o di mezzi», intese come assenza di un risultato, sono erranee in quanto «non tengono conto della relatività dei concetti di mezzo e di risultato: un fatto, valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato in sé stesso, come termine finale di una serie te-

(27) Vedi per tutti, M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto: profili...*, cit., p. 22; Vedi anche Continisio, *I contratti di collaborazione...*, cit., pp. 172 ss.

(28) In tal senso, oltre Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 30, anche Mazzacapo, *op. ult. cit.*, pp. 6 ss.

(29) Come già osservato, ciò implicherebbe *ex se* l'assenza di un progetto-risultato; vedi sul punto P. Ichino, *Il vero strappo è un'altra rigidità*, in *Il Corriere della Sera*, domenica 8 giugno 2003; e, dello stesso Autore, *L'incerto futuro dei co.co.co.*, in www.netmanager.it.

leologica più limitata» (30). Pertanto un risultato utile che soddisfi l'interesse primario del creditore è presente in ogni vincolo obbligatorio (non fosse altro che in virtù del principio di cui all'art. 1174, cod. civ.). Solo che a volte esso costituisce proprio l'oggetto dell'obbligazione, e pertanto realizza l'interesse primario del creditore; altre volte è esterno a esso e orienta *ab extrinseco* la diligenza e l'attività del debitore (31).

Inoltre, occorre ricordare che per la giurisprudenza e la dottrina il criterio dell'oggetto dell'obbligazione è pur sempre un criterio sussidiario, che deve valutarsi in un equo bilanciamento con gli altri dati sulle concrete modalità esecutive della prestazione (32). Esso, infatti, può risultare utile solo nei casi in cui oggetto *esclusivo* dell'obbligazione del collaboratore sia la realizzazione di un'opera, non lo svolgimento di una attività continuativa, perfettamente ravvisabile pure in assenza del vincolo di subordinazione. A dire il vero anche tale parziale utilità è stata ridimensionata poiché, a ben vedere, costituisce mero corollario del criterio della etero-direzione della prestazione di lavoro: infatti quando il lavoratore deve eseguire diligentemente degli ordini, è all'autore di questi che sarà imputabile l'eventuale esito negativo della stessa attività del primo, esattamente all'opposto della responsabilità di chi sia vincolato alla realizzazione di un risultato (33).

(30) Sia per il presente che per il precedente virgolettato si fa riferimento a L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 185 ss., pp. 280 ss., pp. 366 ss.

(31) L. Mengoni, *op. ult. cit.* Allo stesso modo A. Perulli, *Il lavoro autonomo, contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, 1996, pp. 177 ss., pp. 235 ss., pp. 418 ss., l'Autore, infatti, osserva che quando si parla delle obbligazioni di mezzi ciò che viene in evidenza è un concetto di prestazione come risultato-mezzo o «risultato parziale» in vista della soddisfazione dell'interesse primario del creditore, che costituisce dunque il «risultato finale» (l'Autore parla anche di «risultato in senso pregnante», come «risultato del risultato», ma il concetto è sempre lo stesso). Tale rigorosa impostazione dogmatica è stata da Perulli ribadita proprio con preciso riferimento al lavoro a progetto, e con lo specifico intento di confutare la tesi dell'obbligazione di risultato, e a esecuzione prolungata: vedi, *Lavoro a progetto...*, cit., pp. 93 ss. (con riferimento all'idea della obbligazione di risultato) e pp. 99 ss. (con riferimento all'idea della obbligazione a esecuzione prolungata). Non è da poco poi, come Perulli stesso tiene a evidenziare, che questo modello argomentativo sia stato fatto proprio anche dalla circolare del Ministero del lavoro 8 gennaio 2004, n. 1, quando ricorre alla dialettica «progetto/risultato finale-programma/risultato parziale».

(32) Vedi Cass., Sez. lav., 2 aprile 2002, n. 4682; Cass. 15 aprile 1991, n. 4030; Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2002, p. 9.

(33) Per la chiara esposizione di assunto vedi A. Vallebona, in *Istituzioni del diritto del lavoro*, II, *Il Rapporto di Lavoro*, Cedam, III ed., p. 9.

Così come il criterio del risultato, anche quello basato sulla diversa funzione del tempo nelle due categorie di lavoro (autonomo-subordinato) va riguardato come mero indice discretivo sussidiario, in quanto «è una mera variante logica del criterio basato sull'alternativa mezzi/risultato». Infatti, «quando la durata è determinata dallo scopo essa non ha evidentemente una funzione autonoma e non è utile in sé ma in funzione dello scopo; quando la durata è determinata solo in funzione del tempo ed essa non incontra il limite del risultato finale cui l'attività è diretta, essa è utile in sé» (34).

Ora invece il criterio dell'*oggetto* dell'obbligazione viene innalzato a spartiacque supremo tra autonomia e subordinazione (35). Addirittura, con riferimento al requisito della «continuità» della collaborazione, ciò che in precedenza era da considerarsi una «forzatura» giuridica – ossia che la «parasubordinazione» coinvolgesse anche obbligazioni non di durata in senso tecnico (36) – ora risulta capovolto, perché proprio le obbligazioni di durata sono espunte dal lavoro a progetto (37).

B) – *Sul piano della razionalità interna*, occorre considerare quanto segue.

Se l'accertamento giudiziale della riconducibilità a progetto *ex artt.* 69, comma 1, e 61, comma 1, equivalesse all'accertamento della genuinità del rapporto, il comma 2 dell'art. 69 perderebbe di significato. Infatti che senso avrebbe accertare se il rapporto di fatto sia subordinato, visto che con l'accertamento del progetto questo è stato

(34) Cfr. G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 223 (sia per questo che per il virgolettato precedente).

(35) Sulla inidoneità qualificatoria del criterio dell'«oggetto» dell'obbligazione e del «tempo» dell'obbligazione è molto rigoroso A. Perulli, *Il lavoro autonomo, contratto d'opera...*, cit.

(36) Vedi A. Perulli, *Il lavoro autonomo, contratto d'opera e professioni intellettuali*, 1996, p. 220; Vedi anche V. Pinto, *Le collaborazioni...*, cit., pp. 10 ss., il quale, confermando quanto descritto da Perulli distingue tra la tesi maggioritaria (annoverante Autori come Pedrazzoli, Ballestrero, Sandulli, Ichino, Ghera, Perulli), per la quale la continuità costituisce «il protrarsi di fatto dell'attività lavorativa nel tempo», e la tesi minoritaria (Santoro Passarelli, Persiani, Marazza) per la quale la continuità implica la restrizione della fattispecie della co.co.co. solo ai casi in cui dedotta nel contratto sia una obbligazione di durata in senso tecnico-civilistico; Vedi anche M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali...*, cit., pp. 41 ss.

(37) Ma vedi Santoro Passarelli, *Prime chiose...*, cit., e D. Mazzacapo, *op. ult. cit.*, i quali recuperano al lavoro a progetto una certa dimensione di contratto di durata, rifacendosi alle ipotesi di appalto di prestazioni periodiche e continue di servizi, *ex art.* 1677 cod. civ.

già escluso (38)? Per superare questa aporia si osserva che il comma 1 dell'art. 69 in realtà impone di accertare se sussista l'individuazione previa dell'*opus in obligatione* (39), mentre il comma 2 attiene invece alla fase di esecuzione del rapporto. A questo punto tuttavia il progetto regredirebbe nuovamente a mero elemento formale: un mero documento scritto che descrive un'opera, assolutamente inidoneo a dimostrare su un piano sostanziale se vi sia o meno etero-direzione.

In secondo luogo, questa teoria obbligherebbe l'interprete alla contorsione giuridica di distinguere se nel caso concreto il risultato indicato nel progetto sia effettivamente dedotto in obbligazione – quasi si introdurrebbe nell'economia del sistema la nuova e spettrale dialettica tra «vero risultato» e «falso risultato». In tal modo però si prefigurerebbero per via interpretativa dettami fondamentali assolutamente assenti nel testo legislativo. Ma non solo, un simile percorso valutativo dovrebbe fare i conti con l'art. 69, comma 3: il giudice non potrebbe valutare nel merito le scelte organizzative, tecniche e produttive per le quali il committente abbia individuato quel risultato.

Peraltro tale teoria è criticabile anche *sotto il profilo della finalità anti-elusiva*. A ben vedere, infatti, se l'accertamento *ex art.* 69, comma 1, consistesse nell'appurare l'individuazione previa dell'*opus*, sarebbe facilmente prevedibile una fioritura di «verbosi» documenti (40), variamente definiti come «progetto» o come «programma di lavoro» o «fase», attraverso i quali al committente sarebbe sufficiente la specificazione di un risultato da raggiungere per ripristinare la stessa identica situazione anteriore alla riforma in ordine alla qualificazione della collaborazione coordinata e continuativa come genuinamente autonoma o subordinata.

Ma, pure accettando questa costruzione, i problemi che la stessa comporterebbe sul piano *logico-letterale, sistematico e costituzionale* non possono essere sottaciuti.

C) – *Sul piano logico-letterale*, occorre osservare quanto segue.

L'art. 62, comma 1, lett. *a*, prescrive l'indicazione nel contratto della «durata determinata o determinabile della prestazione di lavoro», mentre l'art. 67 al comma 1 stabilisce che il contratto si estingue «al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto». Ora, ci si chiede, risolvendo il «pro-

(38) Vedi Lunardon, *op. ult. cit.*, p. 21.

(39) Questo è esattamente quanto sostenuto da tale corrente dottrinnaria; in particolare, vedi Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, pp. 33 e 32.

(40) Vedi U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, p. 32, in *LD*, n. 1/2004.

getto-programma-fase» nella mera individuazione del risultato *in obligatione*, che senso ha imporre alle parti la fissazione di un *termine di scadenza* se il contratto comunque si estingue al momento della realizzazione del risultato, «indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa» (41)?

Per alcuni la disposizione dell'art. 62 citata non contemplerebbe un vero e proprio termine di scadenza (alla stessa stregua del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato), ma indicherebbe la prevedibile quantità di tempo occorrente per la realizzazione del risultato (42). Davanti a una simile spiegazione però è doveroso nutrire più di un dubbio: come può sostenersi, da un lato, che conta solo il risultato e che il tempo occorrente per raggiungerlo è irrilevante (art. 61, comma 1), e, dall'altro (in palese contraddizione), che la legge (art. 62) impone che si preveda nel contratto proprio il tempo occorrente per raggiungere il risultato?

Per altri il termine *ex art. 62* consisterebbe nella indicazione della «durata massima» (43): ma a questo punto la conseguenza sarebbe ancora la contraddizione con l'affermata irrilevanza del tempo, oltre che quella di «scavalcare» la disposizione di cui all'art. 67, comma 1, posto che il contratto non si estinguerebbe solo (come, nell'ottica contestata, prescriverebbe la norma) al momento della realizzazione del risultato, ma anche alla scadenza del termine di durata massima del rapporto (ciò che la norma non dice affatto).

Altra lettura è quella per cui il termine *de quo* concreterebbe un termine minimo di adempimento, posto a favore del collaboratore: in tal senso, si osserva, deporrebbe la stessa disciplina comune dei contratti per la quale, *ex art. 1184 cod. civ.*, «se per l'adempimento è fissato un termine, questo si presume a favore del debitore, qualora non risulti stabilito a favore del creditore o di entrambi»; in tal modo il risultato non potrebbe essere oggetto di esazione fino al momento della scadenza di detto termine, che si attergerebbe, quindi, non come un fattore sfavorevole per il prestatore (come nel lavoro subordinato), ma come ulteriore garanzia per lo stesso (44). Ma anche questa tesi non pare con-

(41) Vedi F. Lunardon, *Lavoro a progetto...*, cit., p. 33;

(42) In tal senso, oltre alla circolare Ministero del lavoro 8 gennaio 2004, n. 1, anche M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto...*, cit., p. 23: si tratterebbe dunque del *quantum temporis* della *faciendi necessitas*.

(43) Sostiene ciò Santoro Passarelli, *Prime chiose...*, cit., p. 37.

(44) Sostiene ciò F. Lunardon, *Lavoro a progetto...*, cit., p. 34.

vincere del tutto. Infatti in quest'ottica si sfalda completamente la logica di relazione tra l'art. 62, comma 1, lett. *a*, e gli artt. 66 e 67, comma 2, i quali contengono una disciplina che presuppone necessariamente per la sua applicazione un termine di scadenza e non un mero termine minimo di adempimento: a questo di sicuro non potrebbe ricondursi il recesso *ante tempus* ex art. 67, comma 2 (45) (altrimenti dovremo far dire alla legge che scaduto il termine minimo, senza che il risultato sia raggiunto, il committente può recedere *ex lege* senza giustificazione alcuna: ma, ancora una volta, si forzerebbe il testo legislativo). Neppure si capisce come possa «funzionare» la disciplina di cui all'art. 66: questa norma parla chiaramente di «estinzione» e di «proroga della durata del contratto» e questi sono concetti assolutamente non congrui rispetto a un «termine minimo di adempimento posto a favore del collaboratore», e postulano inequivocabilmente quello specifico di «termine di scadenza» del contratto.

Ai sensi dell'art. 63, d.lgs. n. 276/2003, «il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito» (46): non si fa dunque cenno ad alcun risultato. Al contrario il riferimento alla *quantità di lavoro eseguito* indica la volontà legislativa di qualificare l'obbligazione del collaboratore anche in termini di mezzi e di durata, anche poiché non è stata impiegata la formula *ex art. 2225 cod. civ.*, del «risultato e il lavoro necessario per ottenerlo», ma quella più ampia di «qualità e quantità del lavoro eseguito» (47). Ciò consente allora di ritenere che non solo l'*opus perfectum* possa costituire, in seno alla figura del lavoro a progetto, l'*utilità* mirata dal committente, ma anche una attività lavorativa *continuativa* intesa in senso tecnico, e non strumentale, alla realizzazione di un risultato.

Quanto detto è ulteriormente confortato dalla disciplina di cui all'art. 66, in materia di gravidanza, malattia e infortunio del collaboratore a progetto. Questi eventi non consentono l'estinzione del rapporto contrattuale, ma ne determinano soltanto la sospensione, senza ero-

(45) È lo stesso Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 44, che ammette che tale comma «è compatibile con la ricostruzione del lavoro a progetto come contratto di durata».

(46) De Luca Tamajo, *Dal lavoro...*, cit., p. 22, ammette che il riferimento alla «quantità del lavoro eseguito» risulta «antitetico alla dichiarata irrilevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività».

(47) Vedi A. Maresca, *La nuova disciplina...*, cit., p. 11; V. Pinto, *Le collaborazioni...*, cit., pp. 16 ss.

gazione del *corrispettivo*. In tal modo si rimarca che la prestazione pecuniaria del committente non deve essere intesa come corrispettiva solo di una controprestazione «di risultato» e «a esecuzione prolungata»: in questo ultimo caso infatti l'erogazione del compenso prescinderebbe dallo stato di malattia-infortunio-gravidanza del collaboratore, per collegarsi esclusivamente al conseguimento del *risultato* (48), che invece non appare in tale disposizione, come anche nell'art. 63, l'elemento centrale di riferimento della disciplina (49). Ancora, il comma 2 dell'art. 66 prevede che la sospensione del rapporto per malattia e infortunio non determinano la «proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza». Ora, se «la scadenza» del contratto coincide *tout court* con la realizzazione del risultato, qualunque sia il tempo occorrente, che senso ha parlare di «proroga» della sua durata, visto che il termine di scadenza comunque è funzionale al solo risultato stesso, ed è dunque questo, non un *quantum temporis* predefinito, che governa la durata del contratto?

D) – *Sul piano sistematico*, l'art. 69, comma 1, in quanto presunzione *iuris*, modifica la nozione di subordinazione *ex art.* 2094 cod. civ. poiché la deprime a mera «assenza di progetto». Sarebbe pertanto introdotta nell'ordinamento giuridico, senza alcuna delega da parte della legge n. 30/20003, una nozione abnorme di lavoro subordinato, che abbraccerebbe tutte le prestazioni di lavoro svolte nel coordinamento con l'organizzazione del datore di lavoro, in modo continuativo e senza la previa individuazione di un risultato da raggiungere, prescindendo dalla etero-direzione in senso pregnante che ha da sempre costituito il nucleo del contratto di lavoro subordinato (50).

E) – *Sotto il profilo costituzionale*, infine, questa teoria non riesce a superare le già citate censure: sia in merito alla indisponibilità del tipo contrattuale, poiché l'art. 69, comma 1, proseguirebbe nell'imposizione *ex ante* della qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato anche se le sue concrete modalità esecutive siano con essa incompa-

(48) Vedi *supra*.

(49) Anche F. Lunardon, *Lavoro a progetto...*, cit., pp. 32 ss., che pure accoglie la tesi della obbligazione di risultato e della irrilevanza del tempo al tale scopo occorrente, segnala la difficile convivenza con questo assunto della disciplina in esame.

(50) Vedi in tal senso Magnani Spataro, *Lavoro a progetto*, cit., pp. 6 ss., e Alleva, *op. ult. cit.*; Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 41, osserva, problematicamente, che l'unico modo per evitare la censura di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 41 Cost. da parte dell'art. 69, comma 1 (vedi *infra*), è quello di ammettere una nozione allargata di subordinazione.

tibili, e prescindendo dal sindacato giurisdizionale; sia in merito alla violazione degli artt. 41 e 35 Cost., e alla pesante compressione della autonomia contrattuale (51) derivante dal divieto di instaurare un genuino rapporto di lavoro autonomo avente a oggetto mere obbligazioni cd. «di mezzi».

In altri termini, *i sostenitori della tesi dell'obbligazione di risultato dimenticano che la ratio della riforma è quella di impedire l'uso fraudolento della collaborazione coordinata e continuativa, non quella di comprimere l'autonomia contrattuale delle parti* (52) (come anche si evince dalle indicazioni contenute nel *Libro bianco* (53).

4. — *Una nuova e possibile lettura: il paternalismo contrattuale* — Le teorie esposte tentano sia di rendere conforme alla Costituzione l'obbligatoria tracciatura delle co.co.co. entro la nuova tipologia del lavoro a progetto, e sia di spiegare come un elemento formale, quale il progetto, possa dimostrare sul piano sostanziale la sussistenza di un rapporto genuinamente autonomo o, al contrario, subordinato (54).

In realtà il tentativo di risolvere tutti i problemi sulla base dell'idea per cui l'assenza di progetto sarebbe indice rivelatore di subordinazione è, come visto, destinato al fallimento. Occorre pertanto evitare l'idea del progetto – indice presuntivo di autonomia. D'altronde è pur vero che lo stesso art. 69, comma 2, non ritiene il progetto assoluta garanzia di genuinità del rapporto. Sarebbe invece più proficuo impostare il discorso da una preliminare presa di coscienza: occorre giustificare la sanzione in esame sganciandola dal rilievo «presuntivo» della mancanza del progetto.

Innanzitutto una iniziale constatazione: l'art. 61, comma 1, è costruito su due poli normativi.

(51) Come riconosciuto dallo stesso Santoro Passarelli, *op. ult. cit.*, p. 41.

(52) Per chiarire come in tale prospettiva si finisca per deformare la finalità antieclusiva in compressione della autonomia contrattuale si ponga mente a quanto inequivocabilmente asserito da D. Mazzacapo, *op. ult. cit.* (Autore che recepisce *tout court* la tesi di Santoro Passarelli): «la nuova normativa si preoccupa [...] di impedire all'autonomia privata di ripristinare in futuro collaborazioni con le stesse caratteristiche»; l'Autore si riferisce alle co.co.co. aventi a oggetto obbligazioni di mezzi.

(53) Paragrafo II.3.6: «la tipizzazione di questa forma contrattuale è finalizzata ad assicurare il conveniente esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti». Altresì si ricordi che è il *Libro bianco* a non voler «precostituire in sede legislativa soluzioni che finirebbero per mortificare l'autonomia contrattuale».

(54) In questo senso soprattutto si pone l'opzione ricostruttiva del «doppio binario» proposta da M. Pedrazzoli, *op. ult. cit.*

Il primo fa perno sulla nozione di collaborazione coordinata e continuativa, statuendone i requisiti: coordinamento, continuità, assenza del vincolo di subordinazione, prevalente personalità, e (come nuovo e fondamentale requisito) «riconducibilità a uno o più progetti specifici, o programmi di lavoro, o fasi di esso, determinati dal committente».

Il secondo invece delinea il *modus gerendi* del progetto da parte del collaboratore: «autonomamente in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente, indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa» (55). Quest'ultima parte della norma non dice pertanto cosa sia il progetto-programma-fase, ma solo *come debba essere gestito dal collaboratore*. Contemporaneamente i criteri da essa precisati costituiscono essenziali parametri interpretativi del requisito della «riconducibilità a progetto» (56). A tal riguardo, se il progetto dev'essere gestito «in funzione del risultato», ciò significa che esso preliminarmente individua un *obiettivo* in vista del quale l'obbligazione del collaboratore deve essere adempiuta. Tale obiettivo però, non necessariamente è l'oggetto dell'obbligazione del collaboratore, ma ben può essere anche esterno al vincolo obbligatorio. Altrimenti si ripresenterebbero i molteplici inconvenienti esaminati nel par. precedente. Pertanto «riconducibilità a progetto» significa per prima cosa «funzionalizzazione»: d'ora in poi ogni collaboratore dovrà conoscere in anticipo qual è *l'interesse primario del committente*. Sarà tale obiettivo che orienterà la sua attività di lavoro, non già pericolose direttive di coordinamento impartite dal committente durante lo svolgimento del rapporto.

Ma perché ciò possa effettivamente realizzarsi è necessario che il collaboratore non solo conosca l'obiettivo cui orientarsi, ma anche le esigenze organizzative dell'azienda cui coordinarsi: ciò giustifica l'ulteriore apposizione «nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente». È stato efficacemente osservato che la «riconducibilità a progetto» indica, già letteralmente, l'azione di circoscrivere, di delimitare, di «collocare un qualcosa dentro un contenitore» (57). Pertanto, at-

(55) Similmente a tale rappresentazione, anche A. Maresca, *La nuova disciplina...*, cit., p. 9, propende per disarticolare la disposizione di cui all'art. 61, comma 1, in due nuclei normativi: il primo riguarda l'obbligo *ex lege* di ricondurre la collaborazione a progetto, il secondo le modalità di gestione dello stesso.

(56) Cfr. F. Lunardon, *op. ult. cit.*, e Pedrazzoli, *op. ult. cit.*

(57) Vedi i fondamentali contributi interpretativi della nozione di progetto-programma-fase (sui quali è portata l'interpretazione che qui si propone) di A. Mare-

traverso il progetto il committente deve predefinire in modo «specifico» (art., 61, comma 1, e 69, comma 1), nella complessiva attività aziendale, l'ambito lavorativo, organizzativo e spazio-temporale all'interno del quale potrà avvenire l'utilizzazione della collaborazione (58). Del resto non è la prestazione lavorativa, ma lo stesso rapporto di collaborazione che deve essere *riconducibile* a un progetto, per cui non è sufficiente la mera descrizione previa dell'obiettivo (59), ma anche quella del segmento operativo aziendale in cui sarà inserito e con cui dovrà coordinarsi il collaboratore. Dunque «riconducibilità a progetto» significa altresì *inquadramento organizzativo* della prestazione del collaboratore (60).

L'effetto più evidente che in tal modo si ottiene, dunque, è di introdurre innanzi tutto «un limite alla variabilità della prestazione del collaboratore incentrato sulla sua collocazione all'interno di un progetto (61)». Più in generale, il committente non potrà più, con la semplice giustificazione che ciò serva ai fini di rendere la collaborazione «coordinata» con indefinite «esigenze aziendali», «governare» e sostanzialmente dirigere l'esecuzione della attività del collaboratore (62).

Tale lettura è d'altro canto confermata dalle lett. *b* e *d* dell'art. 62. Questa norma prescrive quale sia la forma del contratto in esame e dei suoi elementi, «ai fini della prova». Tra questi la lett. *b* richiede l'indicazione del progetto, e quindi dell'obiettivo, e la lett. *d* l'indicazione delle forme di coordinamento: ciò garantisce ulteriormente il collaboratore. Da un lato tali indicazioni, in quanto contenute nel contratto, devono essere da lui specificamente approvate, e dunque non possono essere mo-

sca, *La nuova disciplina delle...*, cit., pp. 9-10; F. Lunardon, *Lavoro a progetto...*, cit., p. 25; M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali...*, cit., p. 42.

(58) V. A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 97; Pinto, *Le collaborazioni...*, cit., p. 19, nota 71, che inoltre osserva che il termine «riconducibili» riferito a «collaborazioni», di cui all'art. 61, comma 1, realizza la connessione tra due attività distinte: quella del collaboratore dedotta in obbligazione, e quella del committente nel progetto.

(59) Come sostiene Santoro Passatelli, *Prime chiose...*, cit.

(60) Queste considerazioni sono condivise altresì da Proia, *Il lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *ADL*, n. 3/2003, il quale è tra i primi ad aver scorto nel progetto il fine di «evitare che nella fase di esecuzione egli (il collaboratore) resti assoggettato al potere direttivo od organizzativo del committente». È concorde con la concezione indicata di progetto anche A. Perulli, *Il lavoro a progetto...*, cit., p. 97, quando sostiene che il progetto è «il parametro complessivo, unilateralmente determinato dal committente, al quale il debitore deve conformare il proprio comportamento per realizzare l'interesse del creditore».

(61) A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 10.

(62) In termini, Proia, *op. ult. cit.*, pp. 668 e 670.

dificate senza il suo consenso. Dall'altro, qualora il committente imponesse una modifica, egli potrebbe armare il suo rifiuto minacciando l'azione *ex art. 69*, comma 1: infatti l'attività richiesta risulterebbe estranea al progetto, come dimostrato appunto dalle risultanze contrattuali, e pertanto, difettando la riconduzione al progetto ai sensi dell'art. 61, comma 1, la conseguenza sarebbe la nota conversione in subordinazione *ex tunc*.

Pertanto la sanzione per la mancata riconduzione a progetto costituisce uno strumento di protezione del collaboratore contro le prevaricazioni del committente e, in ultima analisi, contro la tendenza dello stesso a etero-dirigere il lavoro: la mancanza di progetto non indica allora, che il rapporto è subordinato, ma semplicemente espone il committente a una vera e propria *sanzione* (63). Una sanzione che non si applicherà solo e semplicisticamente all'ipotesi di un rapporto di co.co.co. mancante di un progetto, ma anche ai casi in cui il committente «richiede» al collaboratore prestazioni che risultino *prive di collegamento alcuno con il progetto medesimo* «ai sensi dell'art. 61, comma 1» (mentre il comma 2 dell'art. 69 attiene alla ancora diversa ipotesi di attività pienamente collegata con un progetto ma sostanzialmente diretta nelle modalità di esecuzione dal committente).

A tal riguardo, come è stato osservato (64), può tracciarsi un utile parallelo tra la regola della «riconducibilità a progetto» del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa e quella per cui nel rapporto di lavoro subordinato l'apposizione del termine è legittima solo se giustificata da «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», da specificare per iscritto nel contratto, a pena di invalidità del termine stesso (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001). Infatti come nel rapporto subordinato a termine la prestazione deve essere collegata per tutta la sua durata alle ragioni giustificative indicate nel contratto, pena la nullità parziale della clausola di fissazione del termine; così anche nel rapporto di lavoro «coordinato» l'attività del collaboratore deve essere sempre qualificata come «riconducibile a progetto ai sensi dell'art. 61, comma 1», pena la sanzione di cui all'art. 69, comma 1. Tuttavia mentre nel contratto di lavoro subordinato la nullità parziale della clausola di fissazione del termine inevitabilmente fa emergere un rapporto «a tempo indeterminato», nel contratto a progetto la mancanza del progetto non può affatto *dimostra-*

(63) È convinto che tale conversione non concreti una presunzione, ma una vera e propria sanzione, anche De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in www.diritto del lavoro.it.

(64) Cfr. A. Maresca, *op. ult. cit.*, p. 10.

re sul piano logico-giuridico che il rapporto sia subordinato: per tali motivi la «conversione» in subordinazione non può essere frutto di una presunzione, ma solo e soltanto una purissima *sanzione*. L'assenza di progetto, infatti, non è elemento costitutivo della subordinazione, né la sua presenza lo è per l'autonomia.

La «riconducibilità a progetto», in ultima analisi, può porre rimedio a ciò che da sempre ha consentito ai committenti di mascherare dietro le sembianze di una co.co.co. un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato, ossia l'assoluta vaghezza del significato di *coordinamento*.

A tale riguardo, si è spesso configurato il coordinamento come una sorta di potere unilaterale del committente, «minore» rispetto al potere direttivo del datore di lavoro. La legge però non sanciva *con certezza quanto e come* un siffatto «coordinamento» potesse espletarsi per non debordare nella etero-direzione della prestazione lavorativa (65). Soltanto si assumeva che il committente potesse ingerirsi nell'attività del collaboratore onde rendere la stessa adeguata con le esigenze organizzative aziendali (66). In tal modo, però, era semplice per i committenti invocare il coordinamento al fine di variare e persistentemente plasmare in corso d'opera l'attività del collaboratore.

In questa situazione i collaboratori potevano soltanto chiedere al giudice di accertare se nella situazione concreta fossero stati o meno supe-

(65) Vedi A. Perulli, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *LD*, n. 1/2004, pp. 103 ss., il quale inequivocabilmente sottolinea quello che è sempre stato il vero interrogativo sul significato da attribuire al «coordinamento»: «dove finisce il potere direttivo detenuto dal datore di lavoro nel lavoro subordinato e dove inizia il potere di coordinamento che detiene il committente nei rapporti di lavoro parasubordinato?».

(66) Vedi sentenza Cass. Civ. 2 maggio 1998, n. 4204; M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, *Il diritto del lavoro*, 1998, I, pp. 203 ss., il quale inequivocabilmente rinvia il *discrimen* tra coordinamento e subordinazione nella minore intensità del primo rispetto alla seconda; M. Pedrazzoli, *Prestazioni d'opera e parasubordinazione, riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.*, in *RIDL*, 1984, I, pp. 506 ss., *Tipologie contrattuali...*, cit., pp. 9 ss. e pp. 44 ss.; Ballestrero, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *LD*, 1987, pp. 41 ss.; M. Napoli, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro (quaderno ALAR)*, 1993, pp. 51 ss., per il quale addirittura gli elementi costitutivi della parasubordinazione *ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.* coinciderebbero sostanzialmente con quelli *ex art. 2094 cod. civ.*, senza comportare l'assunzione di un vincolo di subordinazione; A. Perulli, *Il lavoro autonomo, contratto d'opera e professioni intellettuali*, 1996, pp. 222 ss.; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in *Enc. giur. lav.*, diretta da Mazzoni, IV, 1982, p. 49, per il quale il potere di coordinare «non è e non può essere altra cosa dal potere direttivo del datore di lavoro, se non sotto un profilo meramente quantitativo».

rati i limiti del coordinamento. Il punto era che questi limiti non erano legislativamente definiti, e i collaboratori solo *ex post* e in sede contenziosa potevano avere una esatta conoscenza degli stessi in relazione al loro concreto rapporto di lavoro: tutto ciò diminuiva l'efficacia deterrente della azione in giudizio e aumentava la forza attrattiva per i committenti della co.co.co. simulata.

È su questo piano che la riforma pare avere tagliato i ponti col passato. Ora, a fronte del comando di prefissare oggettivamente l'ambito organizzativo e funzionale della prestazione lavorativa, il committente, si è detto, è tenuto a far conoscere *ex ante* al collaboratore quali siano le esigenze organizzative aziendali cui coordinarsi (67). In ciò si esaurisce il comando di cui al primo polo normativo dell'art. 61, comma 1. Il secondo polo normativo, come detto, si occupa della *gestione del progetto* e rimette la stessa *esclusivamente* in capo al *collaboratore*. A tal riguardo è significativo che, ridondando quanto già sancito con la formula «senza vincolo di subordinazione», l'art. 61, comma 1, precisi che tale gestione debba avvenire «autonomamente». Ciò consente di evidenziare che tutte le successive apposizioni sono rette sintatticamente dallo stesso enunciato – ossia «gestiti autonomamente dal collaboratore» – in funzione di dare specificazione alla autonomia della gestione. Pertanto, il collaboratore dovrà gestire il progetto non assoggettandosi a un «potere di coordinamento» del committente, ma *autonomamente*, ossia orientando la propria attività valutandone l'idoneità al raggiungimento dell'obiettivo (da lui già conosciuto), e coordinando la stessa con le esigenze della organizzazione aziendale (da lui già conosciute). A ciò si aggiunga che lo stesso art. 62, lett. *d*, inequivocabilmente qualifica il coordinamento come una azione del collaboratore, non del committente.

La vera novità è dunque che «il coordinamento è qualcosa che il collaboratore deve porre in essere verso il committente, e non l'inverso» (68). Il collaboratore ora ha tutti gli strumenti informativi per sot-

(67) Chiaramente e correttamente, F. Lunardon, *Lavoro a progetto...*, cit., p. 26, osserva che «il progetto è la specificazione delle esigenze organizzative dell'impresa».

(68) Cfr M. Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto...*, cit. L'Autore è colui che da più tempo sostiene l'opportunità di mutare completamente l'ottica interpretativa sulla nozione di coordinamento, come ammesso anche da A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, cit., e recepito anche da taluna pronunzia giurisprudenziale (come quella di cui alla sentenza Cass. 2 maggio 1994, n. 4204, in *ADL*, 1995, p. 447): come da esso stesso affermato, la riforma pare aver accolto il Suo punto di vista.

trarsi a un simile e pericoloso potere. Ecco perché si è affermato che la «riconcucibilità a progetto» in realtà costituisce uno strumento di difesa del collaboratore contro le prevaricazioni del committente. Uno strumento che però poco o nulla potrebbe se non fosse correlato a una efficace sanzione: ecco il perché dell'art. 69, comma 1.

In tal modo non si realizza una incostituzionale qualificazione aprioristica di un rapporto di lavoro *ex lege*, ma si punisce il fatto di non aver concesso al collaboratore il principale mezzo di tutela per esso previsto *ex lege*; nessuna compressione dell'autonomia contrattuale si presenterebbe, perché si evita di restringere la fattispecie solo alle obbligazioni di risultato.

L'esito di questa ricostruzione conduce a una ultima ma decisiva constatazione: con il requisito della «riconcucibilità a progetto ai sensi dell'art. 61, comma 1», in forza della rilevanza giuridica attribuita dall'art. 69, comma 1, *oggi il collaboratore dispone di uno straordinario mezzo di protezione che riequilibra il rapporto di forza contrattuale tra le due parti.*

In questo senso il combinato disposto tra gli artt. 61, comma 1, e 69, comma 1, potrebbe inquadrarsi nella prospettiva del cd. «paternalismo contrattuale», in quanto la sua funzione sarebbe affine a quella propria della legge sulla «subfornitura industriale» n. 192, del 18 giugno 1998, o della disciplina *ex artt. 1469-bis ss. cod. civ.* sulle clausole «vessatorie» poste nei contratti stipulati con i consumatori, ossia quella di *riequilibrare le posizioni contrattuali tra le parti* (69). In tale ottica infatti si supera la «disuguaglianza derivante dalla incapacità di una parte [la cd. parte debole del rapporto: in tal caso il collaboratore] di fronteggiare razionalmente, con relativa capacità di successo, le esigenze e i problemi con cui viene a confrontarsi nel rapporto con l'altra» (70).

Ora, visto che la «riconcucibilità a progetto» come strumento di tutela non consiste nella estensione di una tipica garanzia propria del lavoro subordinato, e visto che la sanzione di cui all'art. 69, comma

(69) Vedi L. Mengoni, *Il contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, n. 86, 2000, pp. 198 ss.

(70) Vedi ancora Mengoni, *op. ult. cit.* Per essere precisi l'Autore non condivideva affatto la *ratio* per cui dovessero essere semplicemente estese ai collaboratori coordinati e continuativi alcune tutele previste dall'ordinamento giuridico per il lavoro subordinato, ma che l'implementazione dovesse essere condotta secondo una diversa *ratio*: quella sottesa al cd. «paternalismo contrattuale».

1, gli attribuisce una rilevanza tale da riscattare il collaboratore da una posizione di debolezza contrattuale, l'istituto del lavoro a progetto potrebbe considerarsi alla fine proprio come una «forma di paternalismo contrattuale».

È in tale ottica, non in quella anticostituzionale della compressione dell'autonomia contrattuale, che la sanzione *ex art. 69*, comma 1, potrebbe ritenersi giustificata.

RECENSIONE

Pietro Ichino (*)

AUTODIFESA DI UN ERETICO Risposta alle recensioni di Michele Miscione e di Franco Scarpelli al libro *A che cosa serve il sindacato?*

SOMMARIO: 1. Le ragioni per rendere derogabile il contratto nazionale in funzione delle esigenze delle zone forti del tessuto produttivo. — 2. Un silenzio indebito sul caso dell'Alfa Romeo di Arese e sul conflitto permanente nei trasporti pubblici. — 3. Le ragioni per rendere derogabile il contratto nazionale in funzione delle esigenze delle zone deboli del tessuto produttivo. — 4. *Segue*: una parità di trattamento che non si può «garantire», ma va costruita. — 5. Il contratto nazionale come disciplina di *default*. Una nuova cornice di regole che consenta un pluralismo sindacale effettivo.

Nella recensione del mio ultimo libro, pubblicata sul numero 1/2006 di questa Rivista, Michele Miscione mi attribuisce alcune affermazioni che non condivido per nulla. Vorrei aggiungere: alcune affermazioni che *non sono contenute in quel libro*; ma questo implicherebbe un'accusa al recensore, che non intendo muovergli, poiché ben so che quando si scrive un libro questo prende a vivere di vita propria e agli occhi dei lettori può assumere significati anche molto diversi da quelli che il suo Autore avrebbe voluto attribuirgli. Il bello del dialogo aperto è che attraverso di esso si capisce anche come i propri scritti sono letti e capiti dagli altri; così si comprende meglio il perché dei dissensi e più facilmente le idee si chiariscono. Quando ciò accade – e spero che accada anche in questa occasione – poco importano i passaggi attraverso i quali accade; e ancor meno importa, per gli sviluppi presenti e futuri del discorso comune, stabilire chi in precedenza ha veramente detto che cosa.

1. — *Le ragioni per rendere derogabile il contratto nazionale in funzione delle esigenze delle zone forti del tessuto produttivo* — Scrive Miscione: «sembra di capire che per P. I. sono dannosi non tutti i sindacati, ma solo quelli confederali; non tutti i contratti collettivi, ma quelli nazionali che pongono minimi non peggiorabili». Nella prima delle due affermazioni non mi riconosco davvero, neanche in minima parte. Quanto alla seconda, essa mi appare come una caricatura un po' ridicola delle mie tesi. Cerco di spiegare, in estrema sintesi, che cosa ho inteso, invece, sostenere.

(*) Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Milano.

Alla domanda che ho posto come titolo del libro – *A che cosa serve il sindacato?* – si può rispondere che il sindacato serve di fatto a molte cose, alcune buone, altre no. Nel nostro contesto attuale – secondo quanto sostengo – la funzione più importante e insostituibile che il sindacato può svolgere è questa: esso può costituire l'intelligenza collettiva che consente ai lavoratori di valutare la qualità della controparte (la sua competenza tecnica, la sua affidabilità sul piano dell'etica industriale e la sua disponibilità a condividere fino in fondo le informazioni di cui dispone), consente di valutare il progetto che essa propone e, se la valutazione è positiva, consente di scommettere su quel progetto, negoziando le condizioni della sua attuazione e la spartizione dei frutti della scommessa, se e quando essa sarà stata vinta. Questo è quello che il sindacato confederale ha fatto in Italia nel 1992 e nel 1993, quando ha valutato positivamente il progetto propostogli dal governo per portare il paese a entrare con i primi nel sistema dell'euro; questo è quello che il sindacato confederale fa quotidianamente in molte aziende piccole, medie, ma talora anche grandi (a Melfi nel 1990, per esempio, o all'Alitalia prima dell'ultima gravissima crisi).

Questo, però, è anche quello che talvolta in Italia non è possibile fare, a causa di due ostacoli istituzionali che lo impediscono. Il primo è costituito dal ricorrente dissenso tra i sindacati maggiori. Nel nostro regime attuale di «diritto sindacale transitorio», in assenza di un criterio generale di selezione del possibile agente negoziale, gli atti di autonomia collettiva più impegnativi e innovativi sono suscettibili di essere efficacemente compiuti da parte di qualsiasi sindacato solo in linea teorica, ma di fatto non lo sono se non sono condivisi almeno dai tre sindacati confederali maggiori (qualcuno lo considera un bene, in quanto ciò costituisce uno stimolo all'unità sindacale; ma in molte situazioni – oggi troppe, a mio avviso – questo porta a una sostanziale paralisi o comunque all'impossibilità di sperimentare soluzioni innovative). Il secondo ostacolo istituzionale è costituito dalle disposizioni sparse – *in primis* l'art. 36 Stat. lav. – che in vario modo attribuiscono di fatto una inderogabilità *erga omnes* all'intero complesso di disposizioni contenute nel contratto collettivo nazionale anche in materia di inquadramento professionale, mansioni e orario di lavoro, così impedendo la «scommessa» al livello aziendale su qualsiasi progetto che comporti la sperimentazione di un modello di organizzazione del lavoro e/o di struttura della retribuzione diverso da quello scelto dall'autonomia collettiva al livello centrale. Nel libro propongo l'esempio del progetto della Nissan, che nel 2000 cercava un sito nell'area dell'euro dove insediare lo stabilimento per la produzione di un suo nuovo modello; e osservo che quel progetto non avrebbe comunque potuto essere sperimentato in Italia, per la sua incompatibilità con il modello di organizzazione del lavoro e di struttura della retribuzione definito dal contratto collettivo dei metalmeccanici.

Qui occorre sottolineare un dato che è sfuggito a molti nel dibattito sul libro, devo ritenere per insufficiente chiarezza di quest'ultimo; ciò che la Nissan proponeva, e che la stessa impresa giapponese aveva realizzato da più di un decennio a Sunderland, nell'Inghilterra settentrionale, non era affatto una riduzione degli *standard* di trattamento dei lavoratori: ho mostrato come gli *staff manufacturers* di Sunderland fossero allora e siano tuttora pagati mediamente più del doppio dei metalmeccanici italiani. Ciò che la Nissan proponeva era innanzi tutto uno stabilimento organizzato secondo i canoni della cd. *lean production*, radicalmente incompatibili con il sistema dell'inquadramento unico minuziosamente definito dal c.c.n.l. del settore metalmeccanico italiano (rimasto uguale a sé stesso, per questo aspetto, negli ultimi 35 anni); in secondo luogo la Nissan proponeva una struttura della retribuzione nella quale la parte fissa era inferiore rispetto ai minimi tabellari di quel nostro contratto nazionale, per lasciare più largo spazio a una parte di retribuzione suscettibile di variare in relazione alle *performances* aziendali e di reparto; suscettibile di variare, altresì, in funzione del *rating* individuale, determinato mediante una particolare procedura tendente a valorizzare al massimo la professionalità di ciascun lavoratore e la qualità della sua prestazione (valutate, l'una e l'altra, secondo parametri diversi, ma non certo in sé «peggiori», rispetto a quelli fissati, ancora una volta, dal nostro c.c.n.l.). Niente a che vedere, dunque, con il lavoro «usa e getta» o con i *bad jobs* cui solitamente ci riferiamo quando parliamo di lavoro «sotto standard»: puntare sul progetto della Nissan avrebbe, sì, comportato un contratto aziendale in deroga rispetto al contratto nazionale di settore, ma una deroga mirata a sperimentare una innovazione organizzativa che da più di un decennio stava dando oltre Manica risultati ottimi sul piano del trattamento dei lavoratori.

Michele Miscione – come anche Franco Scarpelli nella recensione dedicatami sull'ultimo numero di *Quaderni di Rassegna Sindacale* – mi rimprovera, sinceramente scandalizzato, di ipotizzare un regime nel quale sia consentito all'autonomia collettiva di derogare, al livello aziendale o regionale, rispetto a uno *standard* retributivo, il nostro attuale minimo tabellare nazionale, che corrisponderebbe sostanzialmente a una soglia di povertà. Non si chiedono, i due recensori, come possa accadere che nel mondo intero centinaia di milioni di lavoratori stiano meglio rispetto ai lavoratori italiani, in termini di retribuzione oraria, ferie e altri aspetti del trattamento, pur praticando modelli di organizzazione del lavoro e di struttura delle retribuzioni che in Italia sarebbero considerati come altrettante «deroghe *in peius*» rispetto ai nostri contratti collettivi?

L'innovazione, come sovente sottolineava Paolo Sylos Labini, costituisce il fattore essenziale di aumento della produttività del lavoro e quindi della sua redditività per chi lo svolge. E innovazione non significa soltanto nuo-

ve macchine, ma anche nuove professionalità, nuove strutture di impresa, nuove forme di organizzazione del lavoro, nuovi sistemi retributivi, che talvolta sono incompatibili con i modelli definiti dai nostri contratti collettivi nazionali. Per questo aspetto il contratto dei metalmeccanici è fermo alla prima metà degli anni settanta, cioè a quando non esistevano ancora né i *personal computer* né *Internet*; ma se pure il suo contenuto in materia di organizzazione del lavoro fosse maggiormente sensibile al trascorrere del tempo e delle cose, esso non potrebbe mai – con i suoi rinnovi triennali o quadriennali e con il suo applicarsi a una grande varietà di settori, dalla meccanica tradizionale all'aerospaziale, dalle fonderie alle case di *software* – essere sufficientemente pronto ad adattarsi alle infinite possibili innovazioni nell'organizzazione del lavoro, che oggi si presentano nel panorama internazionale con un ritmo sempre più intenso. In molti casi – quello della *lean production* è solo uno dei più macroscopici – la sperimentazione richiederebbe una possibilità di deroga al modello organizzativo previsto dal contratto nazionale, che oggi è, se non vietata, certo fortemente penalizzata nel nostro ordinamento.

Ho scelto il caso della mancata candidatura di Arese per l'insediamento del nuovo stabilimento della Nissan per mostrare come e quanto la difficoltà di fatto di discostarsi dal modello fissato dal contratto nazionale, che caratterizza il nostro sistema di relazioni industriali, può costituire una causa dell'incapacità del nostro paese di intercettare gli investimenti nel mercato globale dei capitali. Non la sola causa, certo: essa si aggiunge al difetto diffuso delle nostre *civic attitudes*, al difetto delle infrastrutture, al maggior costo dei servizi alle imprese, al cattivo funzionamento dell'amministrazione pubblica; ma, poiché oggi siamo il fanalino di coda in Europa per capacità di attirare gli investimenti stranieri, non possiamo permetterci di non agire su tutti i fattori di debolezza del nostro sistema, quindi anche su quello di cui qui stiamo discutendo.

2. — *Un silenzio indebito sul caso dell'Alfa Romeo di Arese e sul conflitto permanente nei trasporti pubblici* — Michele Miscione e Franco Scarpelli nelle loro recensioni, come anche Roberta Bortone su *Diario* del 10 febbraio 2006, mi imputano di avere attribuito indebitamente al caso di Arese un valore emblematico, quasi che io volessi descrivere, con quello, il modo di essere dell'intero movimento sindacale italiano. In realtà, fin dalle prime pagine del libro ho avvertito esplicitamente che quel caso non è rappresentativo di un modello italiano di relazioni sindacali, così come quello di Sunderland non lo è di un modello britannico, e ancor meno quello della Saturn di Spring Hills lo è di un modello statunitense: sono solo tre modi di essere molto diversi tra loro di una risposta sindacale possibile alla grande crisi che ha attanagliato l'industria automobilistica occidentale nell'ulti-

mo ventennio. Sta di fatto, però, che sull'incredibile vicenda sindacale dell'Alfa di Arese, prima e dopo l'uscita del libro, né la C.G.I.L. né tanto meno la F.I.O.M. hanno espresso la minima critica o presa di distanza; né lo fa Franco Scarpelli sul mensile della C.G.I.L., e neppure lo fa su questa Rivista, che è la Rivista giuridica della stessa confederazione, Michele Miscione (secondo il quale, al contrario, sarebbe ingeneroso criticare la strategia praticata dalla F.I.O.M. ad Arese *ex post*, alla luce dei suoi risultati totalmente negativi: come dire che con un po' più di fortuna quei risultati avrebbero potuto essere soddisfacenti e in tal caso quella strategia sarebbe stata ineccepibile). Il che significa probabilmente che quello dell'Alfa di Arese non può neppure considerarsi come un'anomalia isolata rispetto ai comportamenti, alle strategie e alla cultura proprie del nostro sindacato maggiore.

Né un accenno critico si trova, nella recensione di Scarpelli, riguardo al modo di essere del nostro sistema delle relazioni sindacali nel settore dei trasporti pubblici, dove, da un ventennio almeno, in ogni comparto – da quello dei trasporti urbani a quello ferroviario, a quello aereo –, il rito dello sciopero viene celebrato invariabilmente una o due volte al mese, anche immediatamente dopo la stipulazione del contratto, nazionale o aziendale. Capisco bene che si possa dissentire dalle diagnosi e terapie proposte nel mio libro; ma non mi sembra degno della confederazione di Giuseppe Di Vittorio e di Luciano Lama, né di chi in essa si riconosce, acconciarsi a questo rito incivile, considerandolo normale e inevitabile, quando non lo si vede addirittura con simpatia, come manifestazione di salutare combattività di questo comparto. Se la C.G.I.L. non lo vede in questo modo, ma come una grave anomalia, quali sono le diagnosi e le terapie che essa propone per la sua cura? È possibile che nessuno tra i suoi dirigenti, né tra gli intellettuali che a essa (o anche alle altre confederazioni maggiori) sono più vicini, rompa il silenzio su questo tema?

3. — *Le ragioni per rendere derogabile il contratto nazionale in funzione delle esigenze delle zone deboli del tessuto produttivo* — Ma torniamo all'inderogabilità di fatto degli *standard* fissati dal contratto collettivo nazionale. Essa pone – come si è visto – alcuni problemi seri nella fascia alta del tessuto produttivo: quella dove il modello di organizzazione del lavoro definito dal contratto collettivo può costituire ostacolo all'innovazione; ma problemi seri essa pone anche nella fascia bassa del tessuto produttivo e in particolare nel Sud del paese, dove le aziende non reggono il costo di quegli *standard*. È del tutto legittimo scegliere la strategia fondata sulla centralizzazione rigida della contrattazione collettiva; ma se si sceglie questa strada occorre seguirla con rigore fino in fondo. Ciò che in Italia oggi non si fa e forse non è neppure possibile fare.

La logica della strategia centralmente – che nella seconda metà del secolo scorso ha caratterizzato esperienze molto importanti e positive, come quella svedese e quella tedesco-occidentale – consiste in questo: fissato al livello nazionale uno *standard* minimo di trattamento, se ne impone il rispetto rigoroso a tutti, accettando che questo porti alla chiusura delle aziende meno produttive, incapaci di reggerne il carico, e che i loro dipendenti, debitamente accompagnati da servizi efficienti di assistenza nel mercato, migrino verso le aziende più produttive; ciò farà sì che il lavoro di questi ultimi venga meglio valorizzato e che essi conseguano uno *standard* di trattamento migliore.

Applicare col necessario rigore questa strategia in Italia, oggi, significherebbe sopprimere almeno un terzo dei posti di lavoro del Sud e far sì che i lavoratori interessati migrino verso aziende del Centro-Nord. Poiché in realtà non accettiamo questa conseguenza, noi tolleriamo di fatto che lo *standard* nazionale venga largamente disapplicato, ci rassegniamo all'esistenza di un vasto settore di economia sommersa. E non si dica che questa tolleranza è dovuta a incapacità dei servizi di polizia di stanare le imprese inadempienti. Qualche tempo fa, in un incontro con una commissione di inchiesta sulla criminalità organizzata e l'economia illegale il prefetto di Reggio Calabria ebbe a dire che sarebbe molto facile individuare e reprimere il lavoro nero confrontando i tabulati dei consumi elettrici, o anche soltanto le pagine gialle del telefono, con i tabulati dell'I.N.P.S. e dell'Erario; se non lo si fa è solo perché si preferisce non farlo, per non provocare sconvolgimenti sul piano politico e su quello sociale. Questo significa, in altre parole, che, a torto o a ragione, riteniamo la strategia della contrattazione centralizzata non suscettibile di essere perseguita fino in fondo; e scegliamo di tollerare la peggiore delle deroghe al contratto collettivo nazionale e alla legge stessa: il lavoro nero, diffusamente governato dalla mafia e dalla camorra.

Delle due l'una, dunque: o decidiamo senza por tempo in mezzo di compiere l'operazione indicata dal prefetto di Reggio Calabria, oppure consentiamo che gli *standard* negoziati al livello nazionale vengano adattati dalla contrattazione regionale al fine di renderne davvero esigibile il rispetto, nel quadro di una politica in cui la carota della riduzione del costo del lavoro si coniughi con la minaccia effettiva del bastone delle sanzioni (quel bastone che oggi noi consideriamo invece eccessivo usare). Sarà deroga *in peius*, certo, ma almeno non sarà una deroga decisa unilateralmente dalla parte peggiore degli imprenditori e dalle cosche, bensì una deroga governata dalla contrattazione collettiva alla luce del sole, magari nel quadro di una concertazione tripartita volta al ripristino della legalità e allo sviluppo del Mezzogiorno, nella quale i pubblici poteri si impegnino a fare la loro parte sul piano della polizia economica e del miglioramento delle infrastrutture, con la prospettiva di un graduale riallineamento futuro degli *standard* regionali a quello nazionale.

All'incirca gli stessi problemi si pongono anche in Germania, dove, come da noi, il sistema della contrattazione collettiva è per sua tradizione fortemente centralizzato. Ma il sistema tedesco, a differenza del nostro, reagisce, si muove alla ricerca di nuovi assetti. Dagli anni novanta, ormai, nella R.F.T. accade con frequenza sempre maggiore – nonostante l'apparente divieto posto da una legge sulle relazioni sindacali del 1972 – che un accordo aziendale deroghi agli *standard* di categoria in materia di retribuzione o di orario, per adattarli a circostanze particolari che lo richiedono; o addirittura che siano i contratti collettivi di categoria a demandare alla contrattazione aziendale questa facoltà con clausole «di apertura», o «di uscita». Poiché sulla validità di queste pattuizioni si sono registrati orientamenti contrastanti dei giudici del lavoro, ultimamente i cristiano-democratici e i liberal-democratici hanno presentato in Parlamento due disegni di legge tendenti ad ampliare gli spazi nei quali la contrattazione aziendale può derogare a quella di categoria (di tutte queste vicende di oltr'Alpe dà conto molto bene uno studio di Raffaello Santagata pubblicato in *DLRI*, 2006, pp. 637-664). Da oltre un decennio, poi, la differenziazione degli *standard* tra Ovest ed Est ex-comunista è praticata sulla base di una precisa scelta compiuta dal sindacato al livello nazionale, in funzione dello sviluppo delle zone più arretrate. Rispetto alla Germania, l'Italia avrebbe un vantaggio: da noi la legge sulla contrattazione collettiva, pur prevista dalla Costituzione, non è mai stata emanata; l'assetto attuale del sistema della contrattazione è sancito da un accordo collettivo, il «protocollo Giugni» del 1993, che sindacati e imprenditori potrebbero cambiare in tutto o in parte senza chiedere il permesso né ai giudici né al legislatore, aprendo nuovi e più sicuri spazi per una differenziazione regionale transitoria degli *standard* in funzione dello sviluppo del Mezzogiorno.

Contro questa prospettiva viene spesso agitato lo *slogan*: «no alle gabbie salariali». Ma le «gabbie salariali» abolite alla fine degli anni sessanta erano tutta un'altra cosa: allora erano i contratti nazionali a fissare i minimi tabellari differenziati per 14 «zone» del paese, dando per scontata e non superabile l'inferiorità economica del Mezzogiorno; ciò di cui oggi si deve discutere è invece la possibilità di una deroga regionale allo *standard* nazionale finalizzata al ripristino della legalità e a un graduale riallineamento nell'arco di un certo numero di anni. Non una «gabbia» contrattuale, bensì, proprio al contrario, un modo efficace per uscire dalla gabbia attuale dell'illegalità diffusa e dell'ineffettività della contrattazione collettiva.

Un'altra obiezione che viene mossa a questa proposta è che *a)* i salari contrattuali nel Mezzogiorno sono già oggi mediamente inferiori a quelli del Centro-Nord per effetto dell'assenza della contrattazione di secondo livello; e che comunque *b)* non basterebbe neppure una riduzione del 20 o del 30 per cento dei minimi attuali per indurre l'economia sommersa a rie-

mergere. È facile replicare che: *a*) per un verso, anche nel Centro-Nord la contrattazione di secondo livello copre soltanto una parte del tessuto produttivo; per altro verso al Sud il costo della vita è mediamente inferiore rispetto al Centro-Nord; *b*) una riduzione del 20 o del 30 per cento dei minimi attuali non basterebbe certo per indurre l'economia sommersa a riemergere in un quadro come quello attuale di sostanziale rinuncia degli organi ispettivi ad agire incisivamente; ma se quella riduzione fosse accompagnata dal preannuncio della relativamente facile operazione di «setaccio» di cui parlava il prefetto di Reggio Calabria l'uso congiunto del bastone e della carota sarebbe probabilmente molto efficace. D'altra parte, se fossimo convinti che anche una riduzione del 30 per cento, combinata con l'attivazione di quel severo setaccio, produrrebbe una perdita eccessiva di posti di lavoro, se, cioè, ritenessimo che dovessero essere lasciate in vita anche aziende incapaci di sopravvivere rispettando uno *standard* così ridotto, logica vorrebbe che disponessimo una riduzione ancora maggiore.

A Michele Miscione e Franco Scarpelli, che entrambi inorridiscono a questa prospettiva, propongo una descrizione degli *standard* di trattamento vigenti nel «distretto dell'abbigliamento» controllato dalla camorra napoletana: «Le fabbriche si ammonticchiano nei sottoscala, al piano terra delle villette a schiera. Nei capannoni alla periferia di questi paesi di periferia. Si lavora cucendo, tagliando pelle, assemblando scarpe. In fila. La schiena del collega davanti agli occhi e la propria dinanzi agli occhi di chi ti è dietro. Un operaio del settore tessile lavora circa dieci ore al giorno. Gli stipendi variano da cinquecento a novecento euro [...] nei momenti di massima produzione tutto tace e battono soltanto gli aghi. Più della metà dei dipendenti di queste aziende sono donne. Abili, nate dinanzi alle macchine per cucire. Qui le fabbriche formalmente non esistono e non esistono neppure i lavoratori [...] Non c'è contratto, non c'è burocrazia...» (R. Saviano, *Gomorra*, Mondadori, 2006, p. 35).

Questa è una «deroga» al contratto collettivo nazionale diffusa, radicata e ben visibile in ampie zone del Sud. Noi oggi di fatto la preferiamo alla deroga contrattata che fa inorridire i miei due recensori.

Se vogliamo voltar pagina, non basta un mutamento nella cultura dominante del nostro movimento sindacale: occorre anche una cornice di regole chiare sulla contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale, che consenta di compiere una scelta di questo genere anche al livello di un'intera regione e – perché no? – anche nonostante l'eventuale dissenso di una parte del movimento sindacale, se minoritaria. Questo, oggi, è possibile solo in linea teorica: sul piano pratico, proprio l'assenza di quella cornice rende quella scelta impraticabile, oppure praticabile soltanto in via eccezionale, col consenso necessario di tutti, in zone circoscritte e con gli alti costi di transazione propri dei «patti territoriali» o dei «contratti d'area».

4. — Segue: *una parità di trattamento che non si può «garantire», ma va costruita* — Un discorso in parte analogo va fatto per un altro «Mezzogiorno», che è però diffuso in tutto il paese: lo abbiamo intorno e ci conviviamo quotidianamente anche nelle zone più prospere del Centro-Nord. È il mondo del lavoro precario e fuori *standard*, dei *bad jobs*: un mondo di cui fanno parte milioni di lavoratori poco o per nulla protetti, di lavoratori «a progetto» e altri collaboratori spacciati per «autonomi» ma più «dipendenti» che mai. Anche qui i fautori della centralizzazione rigida della contrattazione collettiva rivendicano, del tutto condivisibilmente, «equiparazione dei diritti, delle tutele e dei costi cui deve far fronte l'impresa» (sono le parole della 5a tesi congressuale della C.G.I.L.); ma essi, finché non sono costretti a confrontarsi direttamente col problema nel vivo del tessuto produttivo, non sembrano interrogarsi sulla questione cruciale: quanti di questi posti di lavoro, oggi di serie B, sopravviverebbero a una rigorosa parificazione di diritti e costi rispetto allo *standard* di trattamento dei lavoratori di serie A?

Questi posti di lavoro sotto *standard* sono per lo più ben visibili: per esempio nei *call center*, oppure in certe cooperative e altre aziendine appaltatrici di servizi sotto-costi; oppure in imprese medio-grandi, Comuni, Provincie, ospedali, Università, che ingaggiano lavoratori «a progetto» e co.co.co. per eludere il «vincolo di organico», oppure per far fare loro il lavoro rifiutato dai regolari, o per portare tutto il peso della flessibilità di cui l'impresa o l'ente ha bisogno e che il diritto del lavoro di serie A non consente. Anche qui, come per il lavoro nero del Sud, se di fatto si tollera questa specie di conclamata *apartheid* è perché si teme, fondatamente, che una severa ed effettiva «equiparazione dei diritti, delle tutele e dei costi», cioè l'applicazione rigorosa del diritto, avrebbe l'effetto di sopprimere la maggior parte dei posti di lavoro che si vorrebbero bonificare. Quindi si chiude un occhio, o li si chiudono tutti e due. Li ha chiusi anche la C.G.I.L., beninteso, la quale ha chiesto l'«equiparazione» nelle tesi congressuali, ma finora ha lasciato che in una miriade di aziende ed enti pubblici questi parìa lavorassero a stretto contatto di gomito con i lavoratori regolari e ben protetti. In alcuni casi — come quello del contratto per il *call center* Atesia di due anni or sono — ha addirittura legittimato il regime di *apartheid* con accordi aziendali; e ancor più lo ha — qui involontariamente, ma con un effetto più ampio — legittimato affidando la tutela di una parte consistente di questi lavoratori di serie B a una propria apposita articolazione organizzativa, il N.I.D.I.L., distinta dai sindacati di categoria.

Anche in riferimento a questo fenomeno della disapplicazione dello *standard* di trattamento in ampie zone di lavoro sostanzialmente subordinato, ma mascherato sotto forma di collaborazione autonoma, lavoro a progetto, associazione in partecipazione, o altro, la possibilità della contrattazione in

deroga aprirebbe spazi nuovi per un'iniziativa sindacale coraggiosa e incisiva, volta a eliminare quell'indecente «deroga» non contrattata. Nel caso Atesia, per esempio, poiché il sindacato era evidentemente convinto che una brusca equiparazione del trattamento dei co.co.co. ai lavoratori subordinati regolari non sarebbe stata sopportabile per l'impresa, si sarebbe potuto ottenere la qualificazione corretta del rapporto in cambio di una deroga transitoria ai minimi tabellari fissati dal contratto nazionale e della fissazione di una *road map* capace di condurre nell'arco di un congruo periodo al superamento definitivo di ogni differenza ingiustificata di trattamento.

5. — *Il contratto nazionale come disciplina di default. Una nuova cornice di regole che consenta un pluralismo sindacale effettivo* — Vengo infine all'accusa, che mi muove Michele Miscione, di voler mandare in soffitta il contratto collettivo nazionale di lavoro, e a quella di preferire il sindacato autonomo, in particolare quello «aziendalista», a quello confederale. Mi dispiace che nel mio libro possano leggersi queste scelte, nelle quali non mi riconosco.

Quanto al contratto nazionale, non propongo affatto di farne a meno e neppure di ridurre gli *standard* di trattamento che esso garantisce per lasciare maggiore spazio alla contrattazione di secondo livello. Propongo soltanto di consentire che – al livello regionale, di zona o aziendale – un sindacato serio, radicato in almeno quattro Regioni e sorretto dalla maggioranza dei lavoratori interessati, possa negoziare anche in deroga al contratto nazionale. In questo modo, nei due terzi del nostro tessuto produttivo che attualmente non conoscono la contrattazione di secondo livello il contratto nazionale conserverebbe per intero la sua attuale funzione ed efficacia, come rete di sicurezza nazionale; ma il sindacato non precluderebbe a sé stesso l'abilitazione a compiere in periferia le scelte alternative che le circostanze possono richiedere.

Un assetto di questo genere, certo, presuppone un sistema che consenta, nel caso di dissenso insanabile tra sindacati, la selezione della coalizione abilitata a negoziare anche in deroga al contratto nazionale. Questa è una parte essenziale della cornice di regole necessaria. E qui si può prospettare ogni genere di «filtro», dal più blando al più severo. Quello del radicamento dell'agente negoziale in almeno quattro regioni a me sembra, per un verso, costituire una garanzia sufficiente contro il rischio del sindacato aziendalista, per altro verso un vincolo compatibile con un possibile pluralismo di strategie sindacali per lo sviluppo del Mezzogiorno e la lotta al lavoro nero: nella nuova cornice di regole mi sembra opportuno consentire che, se le confederazioni maggiori manterranno la propria attuale scelta contraria alla differenziazione degli *standard*, esse si trovino a doversi confrontare con un nuovo sindacalismo del Sud portatore di una strategia diversa. Se invece

non si vuole consentire questo possibile confronto, basterà stabilire un filtro più restrittivo, fino al limite estremo dell'imposizione del nulla-osta centrale per la deroga in periferia (è la scelta compiuta nel maggio scorso in sede di rinnovo del contratto nazionale per il settore chimico; dove non è, peraltro, prevista la possibilità di deroga periferica negoziata da una parte soltanto delle associazioni firmatarie del contratto nazionale). Ma il negare in radice la possibilità stessa della deroga mi sembra una scelta che può essere compiuta soltanto da un sindacato che ha paura anche di sé stesso: un sindacato che, quindi, rinuncia a svolgere in periferia il ruolo di intelligenza collettiva dei lavoratori, di cui ho detto all'inizio.

Su di un punto concordo con i miei critici. La derogabilità del contratto collettivo nazionale, nei termini proposti nel mio libro, non consente soltanto alle articolazioni periferiche del sindacato confederale di adattare intelligentemente gli *standard* in relazione a circostanze o progetti particolari: consente anche lo sviluppo di un sindacalismo ispirato a idee e modelli radicalmente diversi rispetto a quelli coltivati dal sindacato confederale così come noi oggi lo conosciamo. Capisco che questa prospettiva non piaccia per nulla alla dirigenza attuale delle nostre confederazioni maggiori; ma ritengo anche che il pluralismo sindacale garantito dal primo comma dell'articolo 39 della Costituzione non possa considerarsi compiutamente attuato se alle idee e ai modelli diversi non si dà lo spazio necessario perché possano effettivamente competere tra loro. E credo che le stesse nostre confederazioni maggiori avrebbero molto da guadagnare dallo stimolo al rinnovamento che per esse deriverebbe dalla possibilità di questa competizione.

