

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 LX - 2009 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2009*

DIRETTA DA

Piergiovanni Alleva e Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera,
Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Umberto Carabelli,
Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri, Mario Giovanni Garofalo,
Fausta Guarriello, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy,
Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli,
Massimo Roccella, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi,
Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis, Lorenzo Fassina,
Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Antonino Sgroi, Lucia Valente*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero,
Marco Barbieri, Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso,
Franco Carinci, Maria Teresa Carinci, Bruno Caruso, Pasquale Chieco,
Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Madia D'Onghia,
Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo, Alessandro Garilli,
Gino Giugni, Enrico Gragnoli, Raffaele Guariniello, Canio Lagala,
Mariorosario Lamberti, Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto,
Giovanni Naccari, Mario Napoli, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini,
Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Carlo Smuraglia,
Ugo Spagnoli, Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A – 00185 Roma
Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Segreteria di redazione

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

Ufficio abbonamenti

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 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: 33,00 euro; arretrati: 66,00 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

PARTE I
DOTTRINA

SAGGI

- Paolo Fergola*
Lavoro a comando 3
- Susanna Ferrario*
Rappresentanza, organizzazione e azione sindacale
di tutela del lavoro autonomo caratterizzato
da debolezza contrattuale ed economica 47
- Maria Giovanna Greco*
Gli enti bilaterali dopo la riforma del mercato del lavoro 71
- Michele Massa*
Contro la norma «antiprecari». Limiti costituzionali
e internazionali alla legislazione retroattiva in materia lavoristica 101
- Gabriele Moro*
Federalismo e Diritto del lavoro in Germania:
il riparto di competenze legislative tra *Bund* e *Länder*
prima e dopo la riforma costituzionale del 2006 125
- NOTE E COMMENTI
- Daniela Izzi*
Lavoro delle donne e flessibilità: qualche obiezione a Pietro Ichino 165

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO

Contratto a termine e diritto transitorio

Lucia Valente

Contratto a termine, rapporti pendenti e norma transitoria

ex art. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001: come evitare

che il legislatore si faccia giudice del caso concreto

(Corte d'Appello Bari, 18 settembre 2008, Sez. lav., ord.

Corte d'Appello Genova, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord.

Tribunale Ascoli Piceno, 30 settembre 2008, Sez. lav., ord.

Corte d'Appello Torino, 2 ottobre 2008, Sez. lav., ord.

Tribunale Trieste, 15 ottobre 2008, Sez. lav., ord.

Corte d'Appello Roma, 21 ottobre 2008, Sez. lav., ord.

Corte d'Appello Milano, 28 ottobre 2008, Sez. lav., ord.

Tribunale Rossano, 17 novembre 2008, ord.

Tribunale Tivoli, 3 dicembre 2008, ord.

Tribunale Roma, 26 settembre 2008, Sez. lav., ord.)

5

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre ottobre-dicembre 2008

Rapporto di lavoro

45

Sicurezza sociale

49

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

Enrico Raimondi

Il contratto a termine tra principi comunitari

e interpretazioni nazionali

(Corte di Giustizia Ce, Grande Sez., 15 aprile 2008, causa C-268/06)

53

- Francesco Fabbri*
Brevi osservazioni sulla tutela dei danni-conseguenza non patrimoniali e delle garanzie costituzionali in materia di lavoro
(Cassazione, 11 novembre 2008, n. 26972, Ss.Uu.) 74
- Alessandra Raffi*
Per evitare il licenziamento si può dequalificare?
(Cassazione, 13 agosto 2008, n. 21579, Sez. lav.) 98
- Gian Piero Evangelisti*
Giustificato motivo di assenza alla visita di controllo domiciliare
(Cassazione, 21 luglio 2008, n. 20080, Sez. lav.) 111
- Adriana Topo*
Contratto collettivo e parità nel lavoro pubblico
(Cassazione, 18 giugno 2008, n. 16504, Sez. lav.) 117
- Marinella Colucci*
Incidenza della responsabilità *ex art.* 2087 cod. civ. sul superamento del periodo di comportamento. Quali conseguenze?
(Corte d'Appello Torino, 21 marzo 2008, Sez. lav.) 124
- Marianna Salemmè*
Clausola di stabilità e buona fede: continuità occupazionale significa «lavorare»
(Tribunale Larino, 30 luglio 2008, Sez. lav., ord.) 133
- Laura Calafà*
Il padre libero professionista dopo la sentenza Corte Cost. n. 385/2005
(Tribunale Firenze, 20 giugno 2008, Sez. lav.) 140
- Vincenzo Lombardi*
La condotta di *mobbing* in ambito lavorativo può configurare il delitto di maltrattamenti
(Tribunale Roma, 5 marzo 2008, Sez. IV pen.) 149
- Tiziana Vettor*
Lavoro a termine e principio di eguaglianza
(Tribunale Roma, 26 febbraio 2008, ord.) 165

DIRITTO SINDACALE

Flavia Schiavetti

Sulla comunicazione dei criteri di scelta alle Rsa
 (Cassazione, 23 maggio 2008, n. 13381, Sez. lav.) 177

Alessandro Veltri

Legittimità del direttore amministrativo allo svolgimento
 della funzione di rappresentante sindacale aziendale
 (Cassazione, 24 gennaio 2008, n. 1582, Sez. lav.) 185

Loretta Ferramosca

Sull'efficacia sanante delle irregolarità della procedura
 in caso di accordo delle Organizzazioni sindacali
 (Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 528, Sez. lav.) 191

Francesco Corallo

Ancora sulla selezione delle organizzazioni sindacali
 legittimate ex artt. 19 e 28 dello Statuto dei lavoratori
 (Cassazione, 11 gennaio 2008, n. 520, Sez. lav.) 204

Antonio Federici

Ancora in tema di procedura sui licenziamenti collettivi
 (Tribunale Torre Annunziata, 20 marzo 2008, Sez. lav.) 220

SICUREZZA SOCIALE

Antonio Mazziotti

La problematica della diversa età pensionabile
 per i lavoratori e le lavoratrici tra ambiguità legislative
 ed equivoci: una discutibile sentenza della Corte di Giustizia Ce
 (Corte di Giustizia Ce, 13 novembre 2008, causa C-46/07, IV Sez.) 227

Laura Calafà

Unione solidale registrata fra persone omosessuali
 e pensione superstiti: il caso *Tadao Maruko*
 dinanzi alla Corte di Giustizia Ce
 (Corte di Giustizia Ce, Grande Sez., 1° aprile 2008, causa C-267/06) 237

Gina Turatto

Il diritto dell'Unione europea mortificato
 dalla «autosufficienza» della Corte di Cassazione
 (Cassazione, 29 settembre 2008, n. 24278, Sez. lav.) 255

PARTE I
DOTTRINA

Paolo Fergola (*)

LAVORO A COMANDO

SOMMARIO: 1. Una idea di impresa che coincide con la nozione di datore di lavoro. — 2. Il datore di lavoro senza aggettivi e il potere di disposizione del lavoro altrui. — 3. I limiti al potere di disporre delle energie umane nel lavoro intermittente: la parziale rimozione di taluni vincoli relativi al tempo della prestazione nel sottotipo con disponibilità remunerata. — 4. I limiti al potere di disporre delle energie umane nel lavoro intermittente: la facoltà di rifiutare la prestazione richiesta. — 5. La facoltà di prestare le proprie opere come lecita condizione potestativa. — 6. I periodi di non lavoro e la pendenza degli effetti del contratto.

1. — *Una idea di impresa che coincide con la nozione di datore di lavoro* — Ne *La natura dell'impresa* R. H. Coase individua nel «costo d'uso del meccanismo dei prezzi» la ragione che rende l'impresa vantaggiosa e che ne giustifica l'esistenza dal punto di vista economico (1). L'impresa ha la sua ragion d'essere, ed è economicamente utile, quando un unico accordo consente di acquisire, una volta per tutte e a condizioni prestabilite, la disponibilità per il futuro di quanto è necessario alla attività a cui si vuole dar vita. Pur se non viene automaticamente eliminata la molteplicità dei contratti, l'esistenza dell'impresa riduce notevolmente il numero delle transazioni: l'uso dei fattori produttivi non richiede negoziati ripetuti di volta in volta, dal momento che «un solo contratto viene sostituito a un'intera serie di contratti» (2).

Con un'unica trattativa all'interno del mercato, si acquisisce la disponibilità di un fattore di produzione che è impiegato discrezionalmente a condizioni che vengono fissate in anticipo e che non richiedono ulteriori negoziazioni (3). Stipulando l'accordo, chi fornisce

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Torino.

(1) Cfr. R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, n.s., vol. 4, 1937, trad. italiana, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato, diritto*, Bologna, nuova ed., 2006, p. 78.

(2) Così ancora R. H. Coase, *op. cit.*, p. 79.

(3) Cfr. R. H. Coase, *op. cit.*, p. 80: lo specifico riferimento è al fattore lavoro.

quanto è necessario all'intrapresa, e – segnatamente – chi mette a disposizione il lavoro, «accetta [infatti] di obbedire agli ordini dell'imprenditore *entro certi limiti*», ovvero entro i limiti individuati dalla legge o dal contratto (4).

È proprio questa peculiarità che permette la riduzione dei costi. Il titolare dell'impresa consegue un vantaggio economico perché utilizza il meccanismo dei prezzi, e le procedure e le trattative che questo comporta, una sola volta nella fase iniziale dell'intrapresa; mentre nel corso della fase successiva si colloca al di fuori di tale meccanismo e opera attraverso determinazioni unilaterali, aggirando il mercato e i suoi costi. Ciò è reso possibile dal fatto che «la sostanza del contratto», con il quale si acquisisce ciò che necessita all'attività, consiste nel fatto che esso stabilisce solamente i limiti dell'autorità dell'imprenditore; all'interno di questi limiti, questi può quindi «dirigere [i] fattori di produzione», dal momento che «i dettagli di cosa deve fare il fornitore non sono definiti nel contratto, bensì decisi in seguito dall'acquirente» (5).

In conclusione, l'impresa è tale perché ciò che serve all'organizzazione è acquisito una volta per tutte, per un periodo più o meno lungo a seconda della convenienza, così che il titolare può disporne a piacimento a condizioni invariate – nei limiti fissati dalla convenzione iniziale e dalla legge – sulla base di una relazione di autorità. Il che è come dire che l'impresa consta di un insieme di rapporti (di proprietà o di credito) in relazione ai quali la disciplina giuridica garantisce, attraverso il riconoscimento dell'esercizio – necessariamente limitato – di facoltà o poteri, l'effettività delle determinazioni unilaterali di chi ha acquisito il diritto di disporre di essi.

(4) Cfr. R. H. Coase, *op. cit.*, p. 79 (il corsivo è nel testo). Dalle pp. 79 e 80 sono tratte anche le citazioni che compaiono più avanti nel testo.

In virtù dell'accordo, si dirà da una distinta prospettiva di analisi, il lavoratore consente «che il proprio comportamento sia determinato dal datore di lavoro, almeno all'interno di una certa area di indifferenza o di accettazione», identificata dal contratto, dalla legge, o dagli accordi sindacali: cfr. H. A. Simon, *Una teoria formale del rapporto di lavoro*, in *Causalità, razionalità, organizzazione*, trad. italiana, Bologna, 1985, pp. 50 e 63; Idem, *La formazione razionale delle decisioni nelle organizzazioni aziendali*, in *Causalità...*, cit., p. 298.

(5) Con il contratto di lavoro dipendente il datore di lavoro può «posticipare la scelta» dello specifico comportamento, dovuto dal prestatore d'opere, fino al momento della «risoluzione dell'incertezza»: cfr. H. A. Simon, *La formazione razionale delle decisioni...*, cit., pp. 298 s.

L'approccio analitico di Coase ha come esito una nozione molto lata di impresa: una raffigurazione per lo più accettata dalla dottrina economica, anche se, a ben vedere, in essa è assente il rilievo di tutti i tratti specifici dell'attività imprenditoriale a fini di lucro e appare distante dai requisiti che ne disegnano i contorni nella nostra legislazione più recente (6). La «relazione [chiamata] "impresa"» si identifica con qualsivoglia organizzazione, posta sotto una unica autorità, che abbia come connotato l'ottimizzazione dell'uso dei fattori di produzione, ottenuto attraverso un uso appropriato delle transazioni (7).

Questo è il profilo che qui appare di maggior interesse. Al di là del mai sopito dibattito sull'imprenditore commerciale, e su cosa si debba intendere per impresa alla luce del nostro diritto positivo, il modo di configurare l'attività imprenditoriale appena rammentato ha un significato preciso nella ricostruzione del quadro concettuale fatto proprio dai codificatori e nell'interpretare la disciplina dei rapporti di lavoro che muove dalla codificazione del 1942 e dalla nozione di impresa ivi delineata (8).

Nel libro quinto del codice civile, le relazioni nelle quali si risolve l'impresa, e segnatamente le relazioni di lavoro, sono prese in considera-

(6) Il riferimento è alla riforma della disciplina del fallimento contenuta nel d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e successive modificazioni e integrazioni. Sulla scia di una consolidata giurisprudenza di legittimità e costituzionale (la prima muove da Cass. 14 marzo 1962, n. 519, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 809; per la seconda cfr. Corte Cost. 22 dicembre 1989, n. 570, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1132; Corte Cost. 6 febbraio 1991, n. 54, in *Giur. cost.*, 1991) la legge assume come criterio distintivo dell'impresa commerciale l'ammontare del capitale investito o dei ricavi lordi [sia pure con determinazioni quantitative il cui importo (eccessivo in rapporto alla sola differenziazione fra impresa e lavoro autonomo) così come l'ulteriore requisito dell'ammontare dell'insolvenza appaiono frutto delle specificità proprie delle nuove regole in materia fallimentare]; con l'adozione di tale criterio sembra trovare conferma la tesi che identifica l'imprenditore con l'investitore professionale e individua nella ricerca sistematica di un profitto monetario – e, dunque, in ricavi che, provenendo prevalentemente dal capitale investito, «facciano assurgere al suo guadagno i caratteri del profitto» (così Cass. n. 519/1962, cit.) – l'elemento che distingue l'impresa dalle organizzazioni *non profit* o pubbliche: per la discussione sul punto, e per la disamina della riforma della legge fallimentare, cfr., in specie, E. Gliozzi, *L'imprenditore commerciale. Saggio sui limiti del formalismo giuridico*, Bologna, 1998, pp. 45 ss.; Idem, *Istituzioni di Diritto commerciale*, Roma, 2006, pp. 8 ss., e pp. 292 ss.

(7) Cfr. R. H. Coase, *op. cit.*, p. 80.

(8) Il legame tra l'art. 2082 cod. civ. e la definizione di impresa diffusa fra gli economisti è sottolineato da un testimone privilegiato del dibattito che accompagna la codificazione del 1942: cfr. W. Bigiavi, *La «piccola impresa»*, Milano, 1947, p. 87, nota 7.

zione astraendo, per molteplici aspetti, dal loro specifico modo di essere nelle economie di mercato: prescindendo dai caratteri del ciclo di scambi di cui fanno parte, ovvero dal tipo di attività economica alla quale afferiscono. Vengono meno, di conseguenza, le ragioni stesse della distinzione fra lavoro nell'impresa e lavoro che non si svolge in una organizzazione imprenditoriale, ovvero il lavoro erogato in un rapporto il cui contenuto «si esaurisce nella realtà elementare dello scambio» (9). Quando l'attività non è posta in essere con il lavoro esclusivo del titolare, né è esercitata facendo fare ad altri o acquistando di volta in volta quanto necessita, ma è gestita e organizzata servendosi di manodopera salariata, la nozione di impresa e quella di datore di lavoro tendono a identificarsi. L'impresa non è altro che «un'organizzazione del lavoro (altrui)», si è detto facendo riferimento all'ordine di idee dei redattori del libro quinto; l'impresa, a cui collabora il prestatore d'opere ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., è «concepita in senso oggettivo, come organizzazione del lavoro», si sostiene ancora oggi: un modo di vedere consonante con tanta parte del pensiero economico e per il quale non ha rilievo significativo la distinzione, pur esistente nella lettera del codice civile, fra le ipotesi disciplinate dall'art. 2094 e dall'art. 2239 cod. civ. (10).

Nell'assunto di Coase si rispecchia dunque la risalente, unanime, svalutazione del dato testuale rappresentato, nella lettera dell'art. 2094 cod. civ., dal «collaborare nell'impresa» «alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore» (11). Anzi, in quell'assunto non c'è solo il su-

(9) Sulla esistenza di due classi di rapporti di lavoro nel sistema del codice civile, una (i rapporti nell'impresa) compresa nell'altra più vasta, cfr. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel Diritto italiano*, in G. Boldt, G. Camerlynck, P. Horion, A. Kayser, M. G. Levenbach, L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della Ceca*, Milano, 1965, p. 422.

(10) Sull'ultima annotazione cfr., per tutti, M. Dell'Olio, *I soggetti e l'oggetto del rapporto di lavoro (commento agli artt. 2094, 2095, 2099, 2102, 2103 cod. civ.)*, Estratto dal *Trattato di Diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1986, pp. 14 s.

Il legame necessario fra impresa e lavoro altrui nella concezione dei codificatori è sottolineato da W. Bigiavi, *La «piccola impresa»*, cit., pp. 47, 53, 88.

La seconda definizione è di E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in E. Ghera, *Il nuovo Diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Torino, 2006, p. 127.

(11) Cfr. G. Pera, M. Papaleoni, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003, p. 319; comune è l'opinione che giustifica il riferirsi dell'art. 2094 cod. civ. al lavoro nell'impresa con l'omaggio formale all'ideologia corporativa: cfr., in specie, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, pp. 9 ss. L'idea della irrilevanza dell'attività di impresa in relazione ai rapporti di lavoro è incontrovertibile: vedi G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 46.

peramento di un dato di riferimento – nella lettera della disposizione – troppo specifico, o anche a una sineddoche per certi versi fuorviante. Si va ben al di là della possibilità di costruire «un tipo unitario di contratto di lavoro», sia pure attraverso lo strumento, non certo lineare, della disciplina di una pluralità di ipotesi accomunate dall'elemento unico dello scambio di lavoro contro retribuzione (12). Dal punto di vista della transazione che ha a oggetto le energie di lavoro, l'impresa non è un datore di lavoro fra gli altri, non è parte di un insieme più vasto, ma è «il datore di lavoro»: perché impresa e datore di lavoro sono la stessa cosa. Le imprese sono organizzazioni formali che coordinano al proprio interno decisioni e azioni al fine di minimizzare i costi, e il contratto di lavoro dipendente è uno strumento che consente di ridurre i costi del lavoro (13).

C'è da dire che l'idea secondo la quale la subordinazione non possa essere definita a partire dalla specificità dell'impresa, come soggetto peculiare fra quanti operano nei rapporti sociali, è fra quelle su cui, non da oggi, c'è indiscusso consenso. Tant'è, si sottolinea, che sono stati proprio gli Autori del libro quinto del codice civile «i primi a sottostimare l'efficienza qualificatoria dell'elemento differenziale attinente la natura dell'attività esercitata dal datore di lavoro» (14). Rilevando poi, a sostegno di quanto hanno sempre sostenuto gli interpreti, che neppure i «discendenti» dei redattori del codice si sono comportati in maniera diversa: per un verso, espungendo il rilievo della qualità di imprenditore dalla disciplina dei licenziamenti (salvo l'ipotesi delle organizzazioni di tendenza); per altro verso, parificando l'organizzazione di impresa a quella della pubblica amministrazione ai fini della disciplina complessiva delle relazioni di lavoro (15).

L'approccio analitico di Coase ha però un significato e una ricaduta ulteriori. Rispetto all'opinione tradizionale, e alla differenziazione che questa suppone esistente, esso permette di procedere in modo per così dire rettilineo, compiendo in via immediata e diretta la pie-

(12) Cfr. ancora L. Mengoni, *op. cit.*, p. 423.

(13) Cfr., per tutti, P. Milgrom, J. Roberts, *Economia, organizzazione e management*, trad. italiana, Bologna, 1994, p. 67; sulla nozione di impresa come «organizzazione il cui capo assume, licenzia, dà istruzioni a dei dipendenti», e ottiene dunque i cd. «rendimenti residuali», cfr., *ibidem*, p. 430 e pp. 435 s.

(14) Così chi dedica – più di altri – attenzione al problema: cfr. G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995, p. 25.

(15) Così ancora G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. loc. cit.*

na identificazione fra impresa e datore di lavoro, senza passare per l'usuale, e più tortuoso, riferimento al combinato disposto degli artt. 2094 e 2239 cod. civ. Nella comune ricostruzione della disciplina, la fattispecie del lavoro subordinato prescinde, infatti, dallo specifico connotato del datore di lavoro (la qualità di imprenditore) proprio perché l'art. 2239 cod. civ. ne estende la portata e la rende di generale operatività in tutti i rapporti di lavoro dipendente (16).

Nell'analisi economica qui assunta come referente, per contro, l'impresa – usualmente considerata quale «specie» fra i soggetti che operano nelle relazioni sociali e di mercato – ha caratteri tanto generali e a-specifici da assurgere, essa stessa, a «genere». L'impresa non è centro di imputazione del particolare statuto previsto per essa dalla legge per «le imprese commerciali soggette a registrazione», ma è considerata quale titolare di relazioni giuridiche che, come i rapporti di lavoro, non fanno parte di quello statuto – o non vi fanno parte in modo esclusivo – e per le quali i tratti peculiari collegati a esso statuto appaiono indifferenti oppure, al più, destinati a reagire soltanto sulla disciplina del rapporto creato dal contratto (17). Così che, sotto questo profilo, sembra venire a compimento un processo ideale che trova ragione nel ruolo centrale dell'impresa nella realtà economica e che rende questa non solo punto di riferimento necessario, ma nozione onnipervasiva che designa un fenomeno più ampio dell'impresa commerciale soggetta a registrazione. Un percorso concettuale che converte la forma assunta storicamente dall'impresa nel modo di essere proprio di tutti i soggetti, individuali o collettivi, privati o pubblici, operanti (professionalmente) nei rapporti sociali con qualunque finalità e in qualunque modo, purché provvisti di una qualche organizzazione (18).

(16) Vedi, per tutti, G. Pera, M. Papaleoni, *Diritto del lavoro*, cit., p. 319. La fattispecie dell'art. 2094 cod. civ. assume l'ipotesi del lavoro nell'impresa come ipotesi generale (di più vasta applicazione e con il ruolo di prototipo) in quanto interrelata al tipo contrattuale socialmente prevalente; nell'insieme che raggruppa la totalità dei rapporti di lavoro dipendente, a essa devono sommarsi le ipotesi particolari di lavoro fuori dall'impresa, connotate non già da elementi ulteriori, ma dalla assenza di elementi della fattispecie assunta come generale: cfr. L. Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 10.

(17) Per quest'ultima annotazione cfr. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro...*, cit., *loc. cit.*

(18) Cfr. W. Bigiavi, *op. cit.*, pp. 101 ss., in un ordine di idee che diverrà proprio di un significativo settore della dottrina. La prospettiva che unifica l'attività

Non importa qui, giova ripeterlo, cogliere i possibili limiti di una tale visione (19). Il risultato che occorre fissare è relativo al modo di essere e di operare dell'impresa-datore di lavoro. Perché può ben dirsi che il processo ideale sopra rammentato non appartiene solo al mondo delle idee, ma è anche il riflesso di un modo di essere dei rapporti di lavoro che ha avuto un punto di riferimento obbligato nel generalizzarsi di un modello tipico delle organizzazioni, con o senza scopo di lucro, e che da queste ha ricevuto la propria impronta.

2. — *Il datore di lavoro senza aggettivi e il potere di disposizione del lavoro altrui* — Il ragionare di cui si è dato conto implica una immedesimazione fra datore di lavoro e l'impresa, intesa come sembra intenderla l'art. 2094 cod. civ., che può consentire di affrontare taluni problemi resi più evidenti dall'evolversi della realtà produttiva e dai recenti interventi legislativi.

Nella prospettiva considerata, l'imprenditore-datore di lavoro è colui che acquisisce il lavoro altrui per utilizzarlo ai propri fini, alle condizioni definite dal contratto e dalla legge, attraverso determinazioni unilaterali, ovvero mediante «ordini» impartiti all'interno di una «relazione di autorità creata dal contratto» (20). Il datore di lavoro senza aggettivi, dunque, ha caratteri che non ne permettono la meccanica identificazione soltanto con l'imprenditore-despota del primo industrialismo o con il titolare di imprese, manifatturiere o di servizi, organizzate secondo i canoni affinati nella seconda metà del Novecento. Per la stessa ragione, che svincola la subordinazione da un particolare assetto produttivo e da

imprenditoriale e ogni altro tipo di attività conduce talora a singolari risultati: F. Santoro Passarelli, *Nozioni di Diritto del lavoro*, Napoli, 1967, p. 65, identifica nell'azienda il veicolo di tale unificazione, e il mezzo proprio in cui si svolge sempre e comunque il rapporto di lavoro, e fa riferimento a «l'azienda di erogazione o consumo, qual è l'azienda domestica», in relazione ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2240 cod. civ.

(19) Le difficoltà implicite nella unitarietà del modello emergono allorché questo è applicato a realtà eterogenee tra loro e si riflettono negli adattamenti della disciplina codicistica dei rapporti di lavoro, modellata su imprese operanti nel mercato, ai rapporti di lavoro pubblico intercorrenti con organizzazioni collocate strutturalmente al di fuori dei vincoli, delle convenienze e delle logiche della ricerca dell'utile o, quantomeno, del pareggio di bilancio.

(20) È «importante notare la caratteristica» del contratto di lavoro, rileva R. H. Coase (*La natura dell'impresa*, cit., p. 79): «con questo contratto il proprietario del fattore [lavoro] accetta di obbedire agli ordini di un imprenditore». L'ultima frase riportata nel testo è di H. A. Simon, *Una teoria formale del rapporto di lavoro*, cit., p. 50.

uno specifico modello organizzativo, non è rilevabile una «progressiva sfasatura» tra il modello storico del lavoro dipendente e le sue forme post-industriali, perché, nell'ordine di idee di cui si discute, il prestatore d'opere non può essere descritto – né ieri, né oggi – «come colui che è assunto per lavorare con vincolo di orario pieno, negli ambienti produttivi del datore di lavoro, alle dirette dipendenze di superiori gerarchici, soggetto a penetranti controlli e punito con sanzioni disciplinari se colto in fallo, retribuito a ora o a mese, sindacalizzato e aduso a scioperare per tutelare i propri interessi» (21).

Si può, anzi, ribadire che l'imprenditore-datore di lavoro non è connotato sempre e comunque dall'esercizio del potere direttivo, dal coordinamento spazio-temporale della prestazione di fare proprio del capo dell'impresa nella raffigurazione dell'art. 2086 cod. civ., perché il fascio di facoltà e poteri che di questo fanno parte possono essere conformati da clausole pattuite nel contratto di lavoro o possono essere limitati dalla legge (così come per i dirigenti o anche per il lavoro a domicilio) (22). Infine, ed è questo l'aspetto che qui va precisato, queste facoltà e poteri possono anche essere attribuiti ad altri, come avveniva e avviene nel distacco e come accade nel lavoro somministrato.

Non è il caso di discutere – in questa sede – della disciplina del lavoro in affitto, né di riassumere qui il dibattito sull'argomento (23). Un si-

(21) Cfr. M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 68 s.

(22) La soggezione al potere direttivo è considerata dalla migliore dottrina, con «argomentazioni critiche tradizionali e di elementare svolgimento», come elemento non necessario per l'esistenza della subordinazione, inidoneo a essere valore qualificante della medesima: cfr., in specie, L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e Diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967, pp. 47 ss. L'opposta concezione, che identifica la subordinazione con «[l'assoggettamento della prestazione di lavoro], per ciò che riguarda la sua tecnica attuazione, ai criteri direttivi del contraente cui è destinata», risale a L. Barassi: cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione...*, cit., p. 124.

Per la coincidenza, a mente della lettera dell'art. 2094 cod. civ., del coordinamento spazio-temporale della prestazione con la «dipendenza», e per la coincidenza della subordinazione con la «eterodirezione», vedi, in un ordine d'idee diffuso, P. Ichino, *Subordinazione ed autonomia nel Diritto del lavoro*, Milano, 1989, pp. 89 ss., e p. 98. L'equiparazione fra subordinazione ed eterodirezione è il dato sul quale si fondano anche le proposte di riforma tese ad ampliare l'area della tutela apprestata per il lavoro dipendente: cfr. M. Roccella, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *Quaderni di sociologia*, 2008, n. 46, pp. 93 ss. (già in *WP Csdle «Massimo D'Antona».it - 65/2008*), in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/>, pp. 26 s.

(23) La discussione sul tema è stata affrontata in P. Fergola, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione: pretesi orientamenti comunitari e presunti principi fonda-*

gnificativo settore della dottrina continua a professare la convinzione dell'esistenza, come principio costitutivo della disciplina giuridica del lavoro dipendente, del divieto di dissociazione fra datore di lavoro e utilizzatore effettivo della prestazione ed è proprio l'idea che la somministrazione di lavoro sia una eccezione a principi fondativi, pur se la si giudichi non rispondente al vero, a rendere poco opportuno porre al centro del presente discorso solo, o principalmente, elementi di disciplina – propri del lavoro somministrato – che contrastano con il tradizionale assetto del lavoro dipendente (24).

Ben diverse sono le considerazioni che possono essere fatte sul distacco. Per esso si può anche parlare di lavoro in affitto mascherato, di «somministrazione chiamata “distacco”», nell'ordine di idee di quanti – mossi da preoccupazioni affatto condivisibili – vedono in esso una ulteriore ipotesi di smantellamento delle regole a protezione del lavoro; tuttavia si è in presenza di un fenomeno risalente nel tempo, sedimentato nell'elaborazione della giurisprudenza che ne ha definito i contorni, i requisiti di legittimità e, con l'ausilio della dottrina, i canoni di compatibilità con il divieto di interposizione (25). Un fenomeno non nuovo, dunque, che riceve però una inedita e forte sanzione legislativa con l'art. 30 del d.lgs. n. 276/03: norma che, comunque la si voglia intendere, attribuisce l'esercizio del potere direttivo al distaccatario e non al titolare

tivi del Diritto del lavoro, in *Contratto impresa/Europa*, 2003, pp. 1269 ss., *ibidem*, 2004, pp. 1171 ss.

(24) La attribuzione ad altri di poteri e funzioni, tradizionalmente spettanti solo ed esclusivamente al datore di lavoro, è prevista dagli artt. 20, comma 2, e 23, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 276/2003. L'idea di una deroga, prevista inizialmente nella legge n. 196 del 1997 e ora nella legge n. 30 del 2003 e nel d.lgs. n. 276/2003, è argomentata in special modo da O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 265 ss.; R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in *Aa.Vv.*, *Come cambia il mercato del lavoro, primo commento al d.lgs. n. 276/2003*, Milano, 2004, pp. 161 ss. Vedi la menzione della dottrina conforme in R. Del Punta, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, pp. 289 ss., ove in specie note nn. 5-10.

(25) Si ricordino il precedente, seppur vincolato alla finalità di «evitare riduzioni di personale», della disciplina dell'art. 8 della legge n. 236/1993, nonché la nota del Ministero del lavoro del 11 aprile 2001 (n. 5/26183), che individuava i requisiti di legittimità della fattispecie. Cfr., anche al fine di cogliere una fase significativa dell'emersione del fenomeno, A. Vallebona, *Problemi del rapporto di lavoro nei gruppi di società*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 688 e *passim*. Il giudizio sul distacco è di U. Romagnoli, *Radiografia di una riforma. (Guida alla lettura del d.lgs. n. 276/2003, in materia di occupazione e mercato del lavoro)*, Bologna, 2003, p. 31.

del contratto di lavoro, dando per scontata la configurabilità di un assetto del rapporto di prestazione d'opere impensabile sino a non molti anni addietro (26).

Si può allora anche ipotizzare che una siffatta ripartizione di poteri, fra la parte titolare del rapporto e la parte che fruisce – in via immediata – della attività dell'artefice, costituisca null'altro che una «modificazione delle modalità esecutive della prestazione di lavoro» (27). Dal momento che molti fenomeni, subordinazione compresa, possono essere catalogati come «modalità esecutive della prestazione», si può ben far uso del medesimo artificio concettuale per dar conto dell'autorità del datore di lavoro di comandare il prestatore d'opere a lavorare presso altri, sotto la direzione di altri (28). Al di là degli espedienti argomentativi c'è,

(26) La interruzione del rapporto gerarchico e funzionale con il distaccante e l'acquisizione del potere gerarchico in capo al distaccatario, come tratto caratteristico della fattispecie, è sottolineata da G. De Simone, *Distacco e tutela della professionalità del lavoratore*, nota a Trib. Milano, 18 aprile 1989, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 530.

(27) Così R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., p. 176, sulla scorta di una risalente giurisprudenza (cfr., fra le altre, Cass., Sez. lav., 22 dicembre 1981, n. 6755, in *Riv. dir.lav.*, 1982, p. 536). Secondo l'Autore l'art. 30 del d.lgs. n. 276 non conterrebbe una vera e propria «eccezione» al divieto di interposizione, configurandosi come una «zona franca»; nello stesso senso P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, p. 112. Per Del Punta non si creerebbe alcuna «relazione giuridica tra lavoratore e soggetto destinatario del distacco», con una posizione che conduce alle estreme conseguenze quanto sostenuto da una parte della dottrina (cfr. M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, pp. 218 ss.); a ben vedere, tuttavia, il fenomeno cui fa riferimento l'Autore sembra essere quello del cd. comando improprio, tipico del trasfertista che svolge la propria opera sotto la direzione del datore di lavoro, ma presso il cliente del proprio datore di lavoro, senza intrattenere alcun rapporto con quest'ultimo.

(28) La configurazione della subordinazione come «modo di essere dell'attività dedotta in contratto», «sintesi delle modalità effettuali della prestazione» (così E. Ghera, *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, in *Il nuovo Diritto del lavoro...*, cit., p. 210), è usuale: cfr. L. Spagnolo Vigorita, *Subordinazione...*, cit., pp. 60 ss.; per un analogo atteggiarsi del pensiero dei giudici cfr. L. Menghini, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, pp. 156 e 170. La riconduzione del potere di disporre il distacco (ove ritenuto ammissibile e/o riconosciuto dalla legge) alla posizione di supremazia del datore di lavoro non è revocabile in dubbio: vedi la discussione sul punto in A. Vallebona, *op. cit.*, pp. 685 s. Sui poteri del distaccatario cfr. G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, p. 218; M. P. Monaco, *Il distacco del lavoratore*, in M. T. Carinci, C. Cester (a cura di), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n.

però, il riconoscimento per legge di un potere autoritativo che consente al datore di lavoro di disporre del rapporto: un potere nel quale si inverte la dipendenza di cui all'art. 2094 cod. civ. e che è presupposto della direzione tecnico-funzionale; un potere di disposizione che si situa a monte di questa e che consiste – per ripetere pedissequamente ciò che si legge nei manuali di Istituzioni – nella possibilità di modificare unilateralmente la situazione giuridica di chi è in stato di soggezione: per un verso, determinando l'organizzazione produttiva al cui interno dovrà essere effettuata la prestazione; per altro verso, individuando (in tal modo) il soggetto al quale è devoluto quel potere di direzione tecnico-funzionale usualmente esercitato dal creditore delle opere (29).

Può sembrare un paradosso. Il d.lgs. n. 276/2003 disarticola, come mai in passato, la fattispecie tipica del lavoro subordinato, divarica le variegate ipotesi di lavoro non tipico dal prototipo dei rapporti di lavoro ed è sede di un esperimento con il quale si saggia la capacità di adattamento del tipo, «ferma proprio e solo la subordinazione» (30). Eppure proprio il d.lgs. n. 276/2003 propone – come conseguenza pressoché necessaria di tale esperimento – una nozione di dipendenza dai tratti essenziali con la quale si salta a piè pari il dato materiale dell'«eterodirezione»: il «vincolo tecnico-funzionale» del comando e della conformazione dell'agire del prestatore di lavoro, che identifica contestualmente – nel sentire comune – il «comportamento solutorio del debitore». Delinea, cioè, un tipo contrattuale di lavoro subordinato unitario, ma suscettibile di molteplici articolazioni, che prescinde proprio da quel potere di impartire disposizioni, per la disciplina e per l'esecuzione del lavoro, con il quale si sono trasformati in contenuto assorbente della fattispecie gli indicatori di fatto

276, coordinato da F. Carinci, *Somministrazione, comando appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004, pp. 219 ss.

(29) Ovvero esercitato dal capo dell'impresa come «modo di essere normale» della supremazia del datore di lavoro: così L. Mengoni, *La questione della subordinazione...*, cit., p. 17. La distinzione tra dipendenza e direzione, e la loro appartenenza a sfere nettamente separate, è argomentata da F. Mazziotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, pp. 76 ss.; sul punto vedi anche L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione...*, cit., p. 27. L'esistenza di ambiti e poteri separati è colta anche da chi colloca al centro dell'analisi le modalità di svolgimento della prestazione, distinguendo fra coordinamento spazio-temporale interno e coordinamento spazio-temporale esterno: cfr. P. Ichino, *op. cit.*, pp. 96 ss.

(30) L'annotazione in M. Dell'Olio, *Le «nuove tipologie» e la subordinazione*, in *Aa.Vv., Come cambia il mercato del lavoro...*, cit., pp. 21 s.

della subordinazione, i segni materiali, esteriori e visibili, ricercati dai giudici per qualificare il rapporto di lavoro (31).

Si tratta di una nozione di dipendenza ampiamente sedimentata, elaborata per esprimere appieno la valenza del dato sociale nella sistematica giuridica e che coincide agevolmente con quella propria dell'analisi economica alla quale si è fatto riferimento (32). Il datore di lavoro-imprenditore, il datore di lavoro senza aggettivi, è il soggetto che, in un rapporto di durata, trae utilità dall'esplicazione delle energie personali di altri facendo uso del «potere di disposizione» acquisito una volta per tutte mediante contratto (33). Così che l'utile che viene perseguito, e ritratto, dall'impiego di un altro uomo, è, per antonomasia, ciò che appaga l'interesse di chi per esso paga un prezzo: un interesse che si atteggia, però, in modo diverso nei diversi tipi di relazioni e di scambi e che non può essere confuso con l'utilità immediata, con la funzione utile del processo materiale nel quale sono erogate le energie lavorative e, dunque, con la funzione utile (immediata) del lavoro (34). Mentre il lavoro dipen-

(31) Così, in modo emblematico, E. Ghera, *Subordinazione...*, cit., *loc. cit.*; Idem, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 42. Il concentrarsi della giurisprudenza sulla eterodirezione, progressivamente considerato unico elemento della subordinazione, è analizzato da L. Menghini, *op. cit.*, pp. 166 ss.

(32) La valenza giuridica, espressa attraverso la subordinazione, del dato sociale è sottolineata da H. Sinzheimer, *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 220, che riconnette la dipendenza al potere sociale della proprietà, che «dirige la forza lavoro che deve mettersi a sua disposizione per essere utilizzata». Il legame tra subordinazione e realtà socio-economica è invece solitamente negato dalla nostra dottrina, che fa propria la nota posizione polemica (strumentale al dibattito del tempo sull'opportunità di una nuova e articolata disciplina del rapporto di lavoro) di L. Barassi sul «gusto piazzaiolo» propenso a confondere «il lato sociale del contratto di lavoro, rilasciato a una legislazione sociale, col lato proprio solo dello stretto Diritto privato» (cfr. L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, ristampa anastatica a cura di M. Napoli, Milano 2003, pp. 13 e 10): vedi, per tutti, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 40 ss.

(33) Cfr. H. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena, 1927, p. 10.

Nella nostra cultura giuridica il legame tra soggezione al potere di disposizione e realtà socio-economica trova espressione nell'idea della «alienità dei mezzi di produzione e del risultato del lavoro» compiutamente elaborata da U. Romagnoli, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, pp. 194 ss., e fatta propria da Corte Cost. 5 febbraio 1996, n. 30, in *Giur. cost.*, 1996, p. 289 (per il recente accoglimento della tesi nella giurisprudenza di legittimità, e per la sua discussione, cfr. M. Roccella, *Lavoro subordinato...*, cit., pp. 100 ss.).

(34) La distinzione fra soddisfazione dell'interesse dell'investitore e funzione utile delle energie lavorative nello specifico processo materiale di produzione delle singole merci è in K. Marx, *Il capitale*, trad. italiana, Roma, 1967, I, cap. 5, p. 2. Per la con-

dente è il fare personale «posto in essere all'interno di un rapporto di potestà regolato dal diritto», una relazione di «dominio sulla condotta del salariato» che, per ciò stesso, versa «in stato di subordinazione» (35).

Per chi si serve del lavoro altrui per soddisfare esigenze personali e/o di cura, per sé e la propria famiglia, l'utile è la soddisfazione dei propri bisogni e/o l'attività di cura a opera del lavoratore domestico; per gli enti senza scopo di lucro o per gli enti pubblici esso si identifica con le finalità dell'ente o con il fine pubblico perseguito dal singolo plesso amministrativo: fini al quale è strumentale la prestazione del singolo lavoratore. Per l'investitore professionale, l'imprenditore commerciale dell'art. 2082 cod. civ., è l'utile monetario, il profitto risultante dalla differenza fra costi e ricavi, ancor prima che la specifica funzione utile posta in essere, nel singolo processo produttivo, con l'impiego delle energie di lavoro (36).

In tutte queste ipotesi, comunque, allorché si persegue il proprio tornaconto servendosi del lavoro altrui, si può stipulare un contratto con il quale si commissiona una attività determinata, predefinita, dai caratteri fissati in anticipo in funzione della previsione – sufficientemente esatta e analitica – del tempo, del luogo, della contropartita monetaria e (specialmente) delle particolari modalità del lavoro relative al servizio o alla singola opera, o anche relative ai diversi servizi od opere che si prevede

nessione strutturale fra dipendenza e realizzazione degli obiettivi e dei fini del datore di lavoro cfr. R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Roma-Bari, 2005, pp. 59 s. (ma già nella edizione del 1966, pp. 14 s., e pp. 105 ss.); sul punto vedi l'argomentare di F. Mazziotti, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, Napoli, 1974, p. 74.

(35) Così, nell'ordine, H. Sinzheimer, *op. cit.*, pp. 10 s.; M. Fabre-Magnan, *Le contrat de travail défini par son objet*, in A. Supiot (diretto da), *Le travail en perspectives*, Paris, 1998, pp. 118 ss.: sì che l'effetto fisionomico del contratto, lo stato di subordinazione, è il sostituto funzionale del possesso delle altrui energie di lavoro, necessario per assicurare la piena fruizione di queste, ma non (pienamente) configurabile per la inseparabilità delle medesime dalla persona dell'obbligato.

(36) Sì che la funzione utile, la specifica attività erogata all'interno di un processo produttivo determinato, non è altro che il mezzo per conseguire un utile monetario: da qui la differenza tra il lavoro nell'impresa e (a voler considerare una ipotesi opposta, pur se non usuale) il lavoro prestato alle dipendenze di un ricco datore di lavoro che ingaggia marinai e domestici per utilizzarne le opere sulla propria imbarcazione da diporto). L'equivoco in cui incorre gran parte della dottrina sta proprio nel considerare il processo produttivo, e in esso il lavoro, esclusivamente nella sua forma fenomenica di processo di produzione materiale di merci: in una simile prospettiva, l'utile al quale si deve ricondurre la subordinazione non può che essere «il risultato tecnico-produttivo in vista del quale è predisposta l'organizzazione di lavoro» (così L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione...*, cit., p. 32; nello stesso senso vedi, di recente, M. Roccella, *Lavoro subordinato...*, cit. p. 95).

debbano essere eseguiti; in altre parole: si può acquistare lavoro oggettivato in merce (37).

Si può, invece, procedere in modo differente: il lavoro può essere acquisito con una transazione unica, che eviti i costi di ripetute negoziazioni rese necessarie dalle molteplici opere da eseguire, ovvero dal protrarsi delle necessità di impiego, o anche dal mutare o dal sopravvenire di esigenze – difficili o impossibili da prevedere, e fissare in un accordo, al momento della stipulazione – relative al tempo, al luogo, alla remunerazione o alle caratteristiche specifiche delle opere o della attività (38). L'acquisizione del lavoro una volta per tutte assicura la sua disponibilità – attuale o potenziale – per un certo tempo; implica l'acquisizione del *surplus* residuale (le utilità che restano dopo aver soddisfatto gli obblighi, monetari e non monetari, comunque esistenti o assunti per contratto) e, soprattutto, del potere di controllo: la possibilità di utilizzare il lavoro e di disporne con facoltà e poteri non rigidamente predeterminati, anche se – ed è ciò che più rileva per la prosecuzione dell'indagine – di necessità limitati da specifiche restrizioni previste dalla legge o anche pattuite in anticipo (39).

Da tale possibilità discende il «successo» del canone della subordinazione, stante la «difficoltà tecnica di assicurarsi diversamente il godimento da parte del datore di lavoro della forza lavoro della controparte contrattuale» (40).

(37) Vedi, su quest'ultimo aspetto, F. Mazziotti, *op. cit.*, pp. 72 ss.

(38) Cfr. M. L. Morin, *Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise*, in A. Supiot (diretto da), *Le travail en perspectives*, cit., pp. 135 e 136, nota 3: *le louage d'ouvrage comme le louage de services peut être subordonné. La seule différence tient à la façon dont le travail est défini: les tâches à accomplir sont précisées au fur et à mesure de la relation de la relation de travail dans le louage de services; elles le sont au moment de la conclusion du contrat dans le louage d'ouvrage, mais leur exécution peut être aussi subordonnée. [...] Du point de vue économique, la subordination qui consacre un mode de coordination hiérarchique des activités, peut être aussi analysée comme la conséquence de l'incertitude inhérente au contrat de travail (sur la qualité ou la quantité de travail ou sur le travail futur) qui justifie l'autorité du chef de l'entreprise auquel le travail concourt.*

«L'acquirente [del lavoro] non sa già, al presente, quale azione in futuro egli vorrà sia intrapresa dal fornitore [di lavoro]»: cfr. R. H. Coase, *op. cit.*, p. 80.

(39) Cfr. R. H. Coase, *op. cit.*, pp. 79 s.; vedi anche H. A. Simon, *op. loc. cit.*; Coase rammenta che l'assenza di limiti (relativi, nei codici dell'Ottocento, alla durata del rapporto) renderebbe lecita la possibilità di instaurare per contratto la schiavitù volontaria o, quanto meno, una limitazione della libertà del prestatore d'opere eccessiva e ragguagliabile alla servitù.

(40) Così A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, n. 2, p. 221.

3. — *I limiti al potere di disporre delle energie umane nel lavoro intermittente: la parziale rimozione di taluni vincoli relativi al tempo della prestazione nel sottotipo con disponibilità remunerata* — I vincoli al potere di disporre del lavoro altrui sono l'aspetto che, forse più di ogni altro, è rilevante in relazione alla fattispecie del lavoro intermittente, disciplinata dagli artt. 33 ss. del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (così come modificati dal d.lgs. n. 251/2004 e dalla legge n. 80/2005); disciplina abrogata sul finire della XV legislatura, ma di nuovo vigente ai sensi dell'art. 39, comma 10, lettera *m*, della legge n. 133 del 2008.

In questa contrastata figura, assurda – malgrado tutto, si direbbe – a emblema delle scelte di politica del lavoro, i vincoli alla utilizzazione delle energie umane rilevano in due modi del tutto opposti. A iniziare dalla parziale elisione di una consolidata limitazione a tutela del lavoratore.

La rimozione, propria di questa figura contrattuale, degli storici limiti relativi al tempo di lavoro è la causa prima dei giudizi drasticamente negativi formulati sin dal suo primo apparire (41). Il lavoro «a comando» del creditore delle opere, pattuito senza la rigida predeterminazione dei periodi nei quali deve essere resa la prestazione, ma solo con la individuazione dei periodi – remunerati con apposita indennità – nei quali è garantita la disponibilità a effettuarla, sembra evocare un improvviso collasso delle regole sul tempo di lavoro sedimentate nel corso degli ultimi due secoli. Quelle regole che, a molti commentatori, ricordano la «barriera sociale potentissima» di marxiana memoria, le leggi dello Stato conquistate a partire dall'Ottocento, con le quali – sempre per Marx – si «chiarisce finalmente *quando finisce il tempo venduto dall'operaio e quando comincia il tempo venduto dall'operaio stesso*» (42).

Un venir meno di regole mai prima poste in discussione, dunque, percepito da molti come l'inizio di un cedimento strutturale, profondo e di vaste proporzioni, tale da giustificare la solenne abrogazione della nuova figura contrattuale nella XV legislatura – una volta mutata la

(41) Di giudizi negativi al limite della «ferocia» parla esattamente C. Alessi, *op. cit.*, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona».it* - 68/2008, p. 29, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/>; frequente la coloritura, a effetto, delle valutazioni: di «anomalia anche morale» parla il coordinatore del Dipartimento politiche attive del lavoro della Cgil nazionale (cfr. C. Treves, *La legislazione sul lavoro dopo il varo della legge sul welfare*, in *Lav. giur.*, 2008, n. 2, p. 129. Vedi, sul punto, note nn. 53 ss. e testo corrispondente.

(42) Così, sul *bill* delle 10 ore, K. Marx, *op. cit.*, I, p. 339 (il corsivo è nel testo).

maggioranza parlamentare che aveva voluto la cd. legge Biagi – attraverso il comma 45 dell'art. 1 della cd. legge sul *welfare* 24 dicembre 2007, n. 247 (43). Una abrogazione volutamente fragorosa, concepita come risposta eclatante a un *vulnus* inaudito, preceduta a sua volta dal clamore di un Protocollo d'intesa fra governo e parti sociali (23 luglio 2007, punto 4) e di un *referendum* fra i lavoratori (8 ottobre 2007) (44). Tuttavia una abrogazione di segno non univoco, o almeno non tanto univoco da impedire la scrittura di una disciplina quasi del tutto analoga appena qualche riga dopo, nella medesima legge sul *welfare*, ai commi 47 ss. dello stesso art. 1 (45).

(43) L'abrogazione è formalmente motivata dalla necessità di bloccare sul nascere l'eccesso di flessibilità proprio della fattispecie con obbligo di risposta alla chiamata, portatrice di una logica ove il lavoro viene «cadenzato sulle previsioni di afflusso quotidiano della clientela»: cfr. A. Accornero, *La precarietà del lavoro: argini, alternative, rimedi*, in Aa.Vv. (a cura di A. Perulli), *Le riforme del lavoro. Dalla legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul welfare*, Matelica (MC), 2007, p. 34 e pp. 36 s.; nello stesso senso il Ministro del lavoro dell'epoca: C. Damiano, *L'attuazione del programma dell'Unione*, in Aa.Vv., *Le riforme del lavoro...*, cit., pp. 20-26.

(44) Divenuto null'altro che un simbolo, il lavoro intermittente è stato immolato – assieme a un altro sottotipo di nessun conto: lo *staff leasing* – quale capro espiatorio al fine di esorcizzare la precarietà delle relazioni di lavoro senza contrastare realmente la disciplina che la rendeva e la rende possibile: su questa vedi la puntuale analisi di M. Roccella, *L'autunno del mercato del lavoro*, in *Eguaglianza & Libertà, on line*, 06 settembre 2007, www.eguaglianzaelibertà.it, nn. 1 e 2; vedi anche il quadro d'insieme tracciato da A. Accornero, *San Precario lavora per noi*, Milano, 2006, specie p. 34 e *passim*.

(45) La possibilità di disciplinare rapporti di lavoro a chiamata è affidata alla contrattazione fra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative, solo nei settori del turismo e dello spettacolo. Il contratto di lavoro intermittente, chiamato pudicamente «a prestazioni discontinue», viene perciò di nuovo regolato come fattispecie autonoma (con un significativo grado di autonomia delle regole frutto della contrattazione) e non come semplice variante del lavoro a tempo parziale, soggetta ai limiti previsti per le clausole elastiche e flessibili: cfr. C. Alessi, *La flessibilità del lavoro...*, cit., p. 30.

La reintroduzione del lavoro a chiamata mediante il rinvio alla contrattazione collettiva [il rendere legittima una disciplina che «non lo sarebbe se dettata per legge» (così F. Toffoletto, *Ma la riforma presenta forti dubbi*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 gennaio 2008)] sembra rispondere all'esigenza di valorizzare la mediazione sindacale, alla quale la disciplina del d.lgs. n. 276 assegna invece un ruolo vincolato e marginale (cfr. A. Accornero, *La precarietà del lavoro...*, cit., p. 35; nello stesso senso C. Treves, *La legislazione sul lavoro dopo il varo della legge sul welfare*, in *Lav. giur.*, 2008, n. 2, p. 129), confidando nelle virtù del «soffio vitale dell'autonomia collettiva»: cfr. V. Leccese, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente nella legge n. 247 del 2007*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 492.

Malgrado ciò, una abrogazione sbandierata a guisa di vessillo e, proprio per questo, tale da richiedere, al nuovo cambio di maggioranza parlamentare nella XVI legislatura, una sua pronta, e altrettanto sbandierata, rimozione – con contemporanea riabilitazione della disciplina originaria – nella cd. «manovra d'estate», attraverso l'art. 39, comma 10, lettera *m*, della legge 6 agosto 2008, n. 133, che ha convertito in legge il d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (46).

Il risultato è una disciplina dall'andamento carsico, uguale a sé stessa nei tratti che la contraddistinguono quando riappare all'interno del diritto vigente. Costante nei caratteri che ripropongono oggi le riserve avanzate nel recente passato da una nutrita schiera di interpreti.

A ben vedere, però, sotto questo profilo non sembrano del tutto prive di conseguenze le peripezie di una disciplina abrogata e contestualmente riportata in vita, per essere di nuovo abrogata e al contempo reinserita, tale e quale, fra le norme operanti. Perché, se si tralasciano le ultime vicissitudini e si guarda oltre l'aspetto propagandistico di tutta la vicenda, non può essere senza significato la riproposizione – senza mutamenti strutturali di un qualche rilievo – sempre della stessa disciplina proprio da parte di chi aveva avanzato le critiche più radicali; una riproposizione per di più maturata nel corso dei lavori parlamentari di conversione in legge del Protocollo sul *welfare*, sottoscritto tra governo e parti sociali, e dunque, c'è da presumere, avvenuta senza l'opposizione delle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

In buona sostanza, sembra possa rientrare l'allarme suscitato dall'affievolimento di taluni limiti relativi al tempo di lavoro. Anche perché, si può aggiungere, molte delle critiche formulate in passato non sembra abbiano ponderato in modo sufficiente i dati relativi all'uso di questo tipo di rapporto in aree per lo più marginali della vita economica, alla scarsa attenzione per il lavoro intermittente nella contrattazione collettiva, e infine, ma non da ultimo, alla delimitazione dell'ambito, soggettivo e oggettivo, in cui il lavoro a chiamata è ristretto dalla legge (47).

(46) La vicenda riflette la «crescente mediocrità intellettuale della retorica pubblica» (un carattere pervasivo degli inizi del secolo XXI): cfr. E. Hobsbawm, *La fine dello Stato*, Milano, 2007, pp. 59 ss.

(47) La scarsa giurisprudenza in materia è ricordata da M. Vincieri, *Sulla qualificazione del cd. lavoro a chiamata senza vincolo di disponibilità da parte del lavoratore*, nota a Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 295, in nota; le ipotesi esaminate dai giudici ne rispecchiano l'uso marginale, fonte di reddito integrativo: per lo più studenti lavoranti nel settore della ristorazione e dei pubblici esercizi.

La disciplina del lavoro intermittente, sin dal testo originario dell'art. 34 del d.lgs. n. 276, configura questo contratto come un tipo di limitata operatività, volto principalmente a procacciare un reddito aggiuntivo al lavoratore (48). Le ipotesi oggettive nelle quali è lecita, per la generalità dei lavoratori, la stipulazione del contratto sono ristrette, in primo luogo, dalla necessità della sussistenza di esigenze produttive discontinue o intermittenti, sì da richiedere prestazioni con caratteristiche di discontinuità o di intermittenza, e, in secondo luogo, dalla necessaria ricorrenza di due ordini di ipotesi alternative: per un verso, le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni di datori di lavoro e di lavoratori più rappresentative sul piano nazionale o territoriale (esigenze la cui ricorrenza può essere slegata da periodi predeterminati); per altro verso, periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese, dell'anno, nelle ferie estive, natalizie, pasquali o in ulteriori periodi individuati anch'essi dalle associazioni di datori di lavoro e di lavoratori più rappresen-

Sulla limitatissima applicazione della disciplina e sulla esigua attenzione prestata a essa dalla contrattazione collettiva vedi M. Lamberti, *Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecnica nelle recenti novità normative*, in WP Csdle «Massimo D'Antona».it - 70/2008, p. 32 (in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wpl/>); G. Pellacani, *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 2. In una diversa prospettiva si colloca il *Libro bianco* del Ministero del lavoro dell'ottobre 2001, II, 3.4, e la *Relazione di accompagnamento* al disegno di legge delega in materia di mercato del lavoro che, guardando al «brulicante» mondo del lavoro sommerso e non individuando limiti all'impiego del nuovo tipo contrattuale, lo dipingono come strumento idoneo a dare veste giuridica a rapporti di larga diffusione, svolti «in nero» oppure nella forma del lavoro autonomo «a fattura»; nello stesso senso le osservazioni di R. Romei, *Lavoro intermittente*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, sub artt. 33-40*, Bologna, 2004, pp. 402 ss.

La funzione della delimitazione dell'ambito di operatività soggettivo e oggettivo del tipo, prevista nell'art. 34 del d.lgs. n. 276, è sottolineata da P. Bellocchi, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 584, nota 34: in sua assenza verrebbero legittimati tutti gli impieghi della figura, in ogni settore produttivo e per la generalità dei lavoratori. Esclude che il lavoro a chiamata sia rimesso alle determinazioni arbitrarie del datore di lavoro, dovendosi svolgere secondo le determinazioni dei contratti collettivi e del contratto individuale, R. Romei, *op. cit.*, p. 417.

(48) I limiti alla operatività della disciplina contrastano con l'ampia utilizzazione della figura ipotizzata dal *Libro bianco* al fine di combattere il lavoro irregolare. Pur non essendo preclusa, dalla lettera della legge, la teorica possibilità della stipulazione di più contratti che, sommandosi, diano al lavoratore un reddito che permetta di vivere, la disciplina sembra pensata per un uso ristretto della figura, in tutte le sue varianti: uno strumento atto a procacciare una fonte di reddito sussidiario, che integri quanto già permette al lavoratore di vivere (reddito della famiglia di provenienza, pensione, altro reddito da lavoro).

tative sul piano nazionale o territoriale (49). C'è poi una seconda serie di ipotesi in cui è comunque lecita la stipulazione del contratto, sol che sussistano esigenze di carattere discontinuo o intermittente, e che attiene all'età dei prestatori d'opere: soggetti con meno di venticinque anni o con più di quarantacinque anni, anche se pensionati (50).

Si è ben lungi, insomma, dall'ambito di applicazione di quell'Accordo Electrolux Zanussi-Fim, Uilm del 30 giugno 2000, che è il precedente per antonomasia della disciplina introdotta nel d.lgs. n. 276: un accordo destinato a operare per la generalità dei lavoratori e in una grande impresa metalmeccanica; suscettibile, esso sì, di divenire un pericoloso punto di riferimento (51). Quel contratto – questo è l'aspetto decisivo – prevedeva una rimozione di limiti senza alcuna contropartita e con modalità tali da porre il prestatore di lavoro in balia della controparte (52). La fattispecie di lavoro a comando ivi disciplinata era

(49) Così il d.lgs. correttivo n. 251 del 2004, all'art. 10.

Il testo originario dell'art. 34 prevedeva l'individuazione dell'ambito oggettivo a opera della contrattazione collettiva fra le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o anche territoriale, ovvero, trascorsi sei mesi, a opera di un decreto sostitutivo del Ministro del lavoro (il d.m. 23 ottobre 2004, in *Gazz. Uff.*, n. 259, che ha identificato le attività discontinue o di attesa e custodia di cui al r.d. 6 dicembre 1923, n. 2657). In alternativa, si prevedeva la possibilità di stipulare comunque il contratto da parte di disoccupati con meno di 25 anni di età, o di lavoratori con più di 45 anni espulsi dal ciclo produttivo e iscritti alle liste di mobilità e di collocamento.

Anche la legge n. 247 del 2007 si era preoccupata di circoscrivere l'ambito di operatività del lavoro intermittente limitandolo alle prestazioni di carattere discontinuo da effettuarsi durante i fine settimana, le festività, i periodi di vacanze scolastiche e gli speciali servizi, di durata non superiore a tre giorni, soggetti alle regole dettate dall'autonomia collettiva (i cd. *extra* di cui all'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 368/2001). Veniva inoltre previsto che i contratti collettivi dovessero necessariamente prevedere requisiti, modalità e limiti temporali di ciascuna prestazione, nonché (con significativa innovazione) sia le condizioni oggettive che rendono legittima la chiamata, sia l'indicazione dell'arco temporale nel quale può essere richiesta la prestazione.

(50) Così la legge n. 80/2005, art. 1-*bis*, lett. *b*.

(51) L'Accordo del 30 giugno 2000 fra Electrolux Zanussi e le sole Fim, Uilm, non venne sottoscritto dalla Fiom e fu poi sconfessato (con una maggioranza prossima al 70%) da un *referendum* fra i lavoratori (vedi il testo dell'accordo, e del successivo Contratto integrativo 10 novembre 2000 sottoscritto, senza la parte contestata, da tutte e tre le Federazioni di categoria, in *Lav. inf.*, 2000, nn. 14 e 22).

(52) La contropartita, di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 276, prevista come «indennità di disponibilità» è stata fissata dal Ministro del lavoro (ai sensi della procedura prevista dalla citata disposizione) con d.m. 10 marzo 2004 nella misura del 20% della retribuzione spettante in caso di lavoro effettivo (minimo gabbellare, indennità di contingenza, Etr, ratei di mensilità aggiuntivi).

connotata dall'obbligo di risposta alla chiamata, senza attribuzione di alcuna indennità per i periodi di disponibilità in attesa della richiesta del datore di lavoro, ma con retribuzione solo per i periodi di lavoro effettivo: una fattispecie connotata, perciò, da una penetrante limitazione alla stessa possibilità di guadagnarsi da vivere attraverso il lavoro e, in definitiva, alla libertà del prestatore d'opere (53). Si trattava – in quella ipotesi, ma solo in essa – della violazione dei limiti di ordine pubblico al contratto di lavoro sanciti dai codici ottocenteschi: quei limiti di carattere generale cui non manca di far riferimento anche la dottrina economica che si è in precedenza esaminata (54).

Eppure, malgrado le visibili differenze, malgrado i costi della disponibilità che rendono non conveniente come ordinario strumento di flessibilità il lavoro intermittente con obbligo di risposta, è proprio la memoria dell'Accordo Zanussi Electrolux a provocare una sorta di riflesso condizionato in tutto un settore della dottrina (55). Una repulsione che, per ragioni non del tutto intelligibili, si alimenta con considerazioni che riguardano un secondo profilo della disciplina del lavoro a comando; un aspetto legato anch'esso ai limiti del potere di disposizione del datore di lavoro, ma del tutto opposto a quello ricordato in precedenza. Non già la rimozione di vincoli, ma la loro creazione: l'inedita possibilità – nel lavoro intermittente pattuito senza obbligo di risposta positiva – che sia legittimamente rifiutata la richiesta di prestazione avanzata dal datore di lavoro.

4. — *I limiti al potere di disporre delle energie umane nel lavoro intermittente: la facoltà di rifiutare la prestazione richiesta* — Il dettato legislativo, sia pure in modo non del tutto perspicuo, regola la nuova figura del lavoro dipendente a chiamata articolando la disciplina in due distinti sottotipi (56). Il lavoro intermittente con obbligo di disponibilità, pat-

(53) Così gli argomenti di Corte Cost. 04 maggio 1992, n. 210, in *Foro it.*, 1992, c. 3233. La impossibilità di procacciarsi reddito per vivere è legata alla non programmabilità del tempo di lavoro o, il che è lo stesso, alla impossibilità di rifiutare una prestazione che si sovrapponga a un altro impegno di lavoro.

(54) Vedi *retro*, nota n. 39 e testo corrispondente.

(55) I costi del sottotipo creano una situazione analoga a quella già verificatasi per il cd. lavoro in affitto: fenomeno anch'esso di diffusione circoscritta, ma oggetto al suo apparire di obiezioni di principio tuttora non superate.

(56) Vedi l'attenta ricostruzione di M. G. Mattarolo, *Lavoro intermittente. Definizioni e tipologie*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, III, Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, a cura di M.

tuito con apposita clausola aggiuntiva (artt. 35, 36 e 37 del decreto n. 276) nella quale deve essere prevista la corresponsione di una indennità di disponibilità per il lavoratore e l'eventuale indicazione dei periodi nei quali deve essere resa la prestazione; il lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità, disciplinato come ipotesi ordinaria, nel quale, accanto al potere del datore di lavoro di utilizzare in modo intermittente e discrezionale l'attività lavorativa della controparte, è prevista, come elemento naturale del contratto, la possibilità per il lavoratore di non effettuare la prestazione richiesta, ovvero, per dirla in modo diverso, un penetrante limite all'usuale potere del datore di lavoro di disporre discrezionalmente della forza lavoro acquisita tramite un contratto di lavoro dipendente (57).

Brollo, M. G. Mattarolo, L. Menghini, *sub art.* 33, pp. 4 ss.; ivi i rilievi sulla formulazione delle norme e la menzione dei precedenti legislativi (assonanti, ma non analoghi) nei paesi dell'Unione europea. Su tali precedenti (e segnatamente sull'esperienza del Regno Unito e su quella olandese, probabile fonte di ispirazione per gli estensori della cd. legge Biagi) vedi, in specie, G. Boni, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, pp. 117 ss.

Che la fattispecie sia da ascrivere al lavoro subordinato si evince dal dettato legislativo e non solo dalle intenzioni degli estensori del decreto: cfr. G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, p. 76; M. G. Mattarolo, *Lavoro intermittente...*, cit., pp. 13 s.; M. Papaleoni, *Diritto del lavoro, Le novità legislative e giurisprudenziali*, Padova, 2008, pp. 29 s.; A. Vallebona, *Breviario di Diritto del lavoro*, Torino, 2003, p. 430; nello stesso senso, sul punto, vedi anche R. Romei, *op. cit.*, pp. 410 s., e pp. 418 s.

(57) Per vero, la definizione contenuta nell'art. 33 del d.lgs. n. 276 e la disciplina di dettaglio attribuiscono il ruolo di fattispecie *standard* al lavoro intermittente senza obbligo di risposta (così, con puntuali riferimenti al dettato legislativo, in specie agli artt. 35 e 36, M. G. Mattarolo, *op. cit.*, pp. 6 e 46); tuttavia, nella considerazione del Ministero del lavoro (si veda la Circolare n. 4 del 2 febbraio 2005) e della maggioranza dei commentatori, prevale l'opinione che individua la fattispecie *standard* nel contratto di lavoro intermittente con obbligo di risposta. L'opinione appare il retaggio dell'Accordo Electrolux Zanussi 30 giugno 2000, caratterizzato esattamente dall'obbligo di risposta alla chiamata e da regole connesse, poi riproposte nel d.lgs. n. 276 (in particolare, la disciplina delle cause giustificatrici della non ottemperanza alla chiamata). Una causa prossima di tale modo di procedere può essere rinvenuta nel testo della legge delega n. 30 del 2003: all'art. 4, comma 1, lett. a, si prevede come fattispecie tipica il lavoro a chiamata con garanzia di disponibilità, mentre è considerata come ipotesi «eventuale» l'ulteriore ipotesi contrattuale, connotata dalla «non obbligatorietà di rispondere alla chiamata»; nella stessa direzione spinge anche il contenuto della disciplina del decreto legislativo delegato, prevalentemente dedicato a regolare la disponibilità alla chiamata e la relativa indennità (così R. Del Punta, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro intermittente*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, 2004, n. 14, p. 12). Altra causa prossima di tale opinione sembra essere l'equiparazione, riscontrata in talune interpretazioni, della locuzione «si pone a disposizione», di cui all'art.

È proprio tale limite ad aver suscitato più di un dubbio nella dottrina. Come si è già rammentato, la nuova figura contrattuale ha attirato su di sé critiche e dissensi radicali per la funzione che si suole ascrivere al tipo: «permettere al datore di lavoro di utilizzare in modo massimamente flessibile la prestazione, superando i vincoli imposti dalle diverse discipline degli altri contratti cosiddetti flessibili» (58). Tuttavia, per uno dei tanti paradossi rinvenibili nel dibattito sul decreto legislativo n. 276, proprio gli aspri rilievi sull'assenza di vincoli per il lavoratore (nel cd. sottotipo contrattuale senza obbligo di risposta: l'unico di un qualche rilievo pratico, dati i costi dell'indennità di disponibilità) non sembra abbiano influito sul giudizio dato dai più su questa nuova fattispecie contrattuale (59). Questa è stata considerata, sin dal suo primo apparire, uno «spettro» aggirantesi nel Diritto del lavoro e tale da «suscitare addirittura indignazione», pur se siffatto giudizio si è accompagnato a un crescendo di riserve e perplessità, talora persino più radicali e marcate, in relazione alla insussistenza dell'obbligo di effettuare la prestazione di lavoro quale elemento naturale del contratto (60). Nel retropensiero dei commentatori, in definitiva, gli elementi considerati problematici non interagiscono nella valutazione della disciplina, dando luogo a giudizi bilanciati che tengano conto degli aspetti positivi e negativi, ma si som-

33 del d.lgs. n. 276/03, alla assunzione dell'obbligo di rispondere alla chiamata di cui all'art. 36 del decreto legislativo: la possibilità di non rispondere alla chiamata si configura allora come il contenuto di una clausola aggiuntiva che connota un «tipo speciale di contratto di lavoro intermittente». Infine, la ricordata prospettiva è quella adottata anche dai contratti collettivi (in numero esiguo) che hanno regolato la materia: cfr. F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, in *Lav. dir.*, 2006, pp. 304 ss.

(58) Così M. G. Mattarolo, *op. cit.*, p. 9.

(59) Vedi, ad esempio, G. Ghezzi, *Dove va il Diritto del lavoro? Afferrare Proteo*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 343, secondo il quale il cd. *job on call* è «forma estrema di destrutturazione dello stesso *part-time* e oggetto di dominio incontrastato di decisioni unilaterali del solo datore». Il giudizio è motivato sulla disciplina del sottotipo con obbligo di risposta alla chiamata: tale disciplina, malgrado l'opposta lettera della legge, è assunta come disciplina *standard* e le considerazioni su di essa sono per solito riferite anche all'altro sottotipo (senza obbligo di risposta alla chiamata); tale è il modo di procedere anche di chi cerca di tener conto delle differenze fra l'uno e l'altro sottotipo: cfr. M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro*, Torino, 2005, pp. 166 s.

(60) Cfr., nell'ordine, G. Pellacani, *Prime considerazioni...*, cit., p. 512; P. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *q. Riv.*, 2003, II, p. 890. *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003.

mano in quanto elementi di disvalore e valgono a implementare un giudizio di totale ripulsa.

Per la fattispecie contraddistinta dall'assenza del vincolo di disponibilità, si è parlato di «stravaganze» del legislatore: un «cd. contratto» dalla «inusitata labilità», che «pone entrambe le parti in una posizione prossima, se non identica, a quella del classico “pagherò se vorrò” riportato da tutti i manuali di istituzioni di Diritto privato come esempio di condizione meramente potestativa che comporta la nullità del contratto istitutivo di un rapporto la cui esecuzione dipende dalla mera volontà dell'obbligato (art. 1355 cod. civ.)» (61). Ancora, sempre in relazione al sottotipo senza obbligo di risposta alla chiamata, si è detto che la fattispecie non appare idonea a far nascere un vero e proprio rapporto di lavoro, ma che, se non la si vuole considerare solo come un accordo che autorizza il datore di lavoro alla «formazione di una lista di aspiranti a essere assunti con contratto a termine», al più può essere considerata come fattispecie complessa che muove da un iniziale contratto normativo (62). In altre parole, secondo questa ulteriore ipotesi, attraverso la disciplina del lavoro intermittente la legge regolerebbe non un contratto di lavoro, ma una sorta di intesa preparatoria diretta a regolare il contenuto di futuri contratti negoziati di volta in volta dalle parti: contratti deputati – essi e solo essi – a dar vita a veri e propri rapporti di lavoro subordinato, ciascuno distinto dall'altro (63).

(61) Così U. Romagnoli, *Radiografia...*, cit., pp. 15 s.; nello stesso senso P. Alleva, *op. cit.*, p. 905, il quale, per ciò stesso, giudica la fattispecie base (quella senza obbligo di risposta) una «tigre di carta».

(62) Vedi, per la prima delle opinioni rammentate (che risolve la fattispecie in una serie di contratti di lavoro a termine, ma rifiuta di considerare come contratto l'intesa iniziale fra le parti e la valuta come atto di autorizzazione alla compilazione e tenuta di un elenco nominativo), M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme, Relazione*, in Aidlass, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme, Giornate di studio di Diritto del lavoro, Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004*, Milano, 2005, p. 32. Una ipotesi per certi versi simile è adombrata, ma non accolta, da L. De Angelis, *Lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata: contratto senza contratto?*, *Intervento*, in Aidlass, *Autonomia individuale...*, cit., p. 173: secondo questa tesi si potrebbe valutare la disciplina del lavoro intermittente senza obbligo di risposta come «una forma tipizzata di trattativa, con l'inerente applicazione della regola di comportamento secondo buona fede».

(63) Cfr. M. G. Mattarolo, *sub art. 33*, cit., pp. 10 s.; conf. G. Boni, *op. cit.*, pp. 123 s., e p. 137, in un ordine di idee già formulato da A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile, Relazione*, in Aidlass, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Milano, 2003, pp. 85 s., sulla scorta dell'esperienza olandese.

La prima è l'obiezione più radicale. Formulata a botta calda, nei primi commenti al decreto n. 276, risente del clima – e delle polemiche – che hanno accompagnato dapprima il *Libro bianco* del Ministero del lavoro, due anni dopo la legge delega e, al termine di molti mesi di acceso dibattito, il decreto legislativo delegato. Tuttavia essa esprime un ordine di idee che sorregge anche la seconda fra le opinioni appena ricordate: una posizione – probabilmente maggioritaria in dottrina – meno *tranchant*, più articolata e più rispettosa della «volontà del legislatore», che muove però anch'essa dal negare al contratto di lavoro intermitten-

In questa ulteriore – e più diffusa – ricostruzione della disciplina dettata nel d.lgs. n. 276, all'accordo iniziale viene riconosciuta la natura di vero e proprio contratto: questo avrebbe sia la cardinale funzione di permettere al datore di lavoro di richiedere e utilizzare prestazioni di lavoro (che parte della dottrina assume debbano essere concordate di volta in volta con autonome manifestazioni di volontà integrative della pattuizione iniziale), secondo modalità non consentite dalla legislazione previgente (in base alla quale potevano solo essere stipulati più, distinti, contratti di lavoro), sia l'ulteriore funzione di ricondurre i diversi periodi di lavoro a un unico rapporto, all'interno del quale essi si sommano e ricevono una considerazione unitaria. In tal senso vedi P. Bellocchi, *op. cit.*, pp. 580 ss. (che configura il contratto iniziale come una sorta di contratto preliminare condizionato); L. Corazza, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, nota a Corte di Giustizia Ce 12 ottobre 2004 (C-313/02), *Wi. v. Pe. & Cl. GmbH & Co KG*, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, pp. 187 s.; R. Del Punta, *Riforma Biagi...*, cit., pp. 12 ss. (pur con una posizione non del tutto assimilabile a quelle qui menzionate); G. Pellacani, *Prime considerazioni...*, cit., pp. 516 ss.; Idem, *Il lavoro intermittente o a chiamata (cd. job on call)*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, II, p. 1341; S. Renga, *La protezione sociale dei lavoratori a tempo parziale, ripartito e intermittente*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 264; M. Vincieri, *Il lavoro intermittente o «a chiamata»: natura giuridica e tecniche regolative*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, pp. 295 ss.; R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, 2004, p. 262 (secondo il quale l'iniziale contratto normativo disciplinerebbe, in deroga alle regole sui rapporti a tempo determinato, una serie di rapporti a termine tra loro collegati); G. Zilio Grandi, *Le nuove tipicità del lavoro flessibile. Il lavoro intermittente e ripartito tra Diritto civile e Diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Padova, 2005, p. 1774. La considerazione unitaria del rapporto sorregge anche la nota n. 440 del 4 gennaio 2007 della Direzione generale del mercato del lavoro del Ministero del lavoro e della previdenza sociale: la comunicazione obbligatoria al servizio per l'impiego deve essere effettuata una sola volta, nel giorno antecedente l'inizio dell'attività lavorativa a seguito della prima chiamata, a opera del datore di lavoro, accettata (ove previsto) dal lavoratore: cfr. E. Massi, *Comunicazione anticipata ai servizi per l'impiego*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 407. Qualifica invece il contratto iniziale (sia con che senza obbligo di risposta) come un vero e proprio contratto di lavoro, sia pure distinto da quello disciplinato nell'art. 2094 cod. civ., R. Romei, *op. cit.*, pp. 415 ss., e pp. 435 s.

te senza obbligo di risposta la qualifica di contratto di lavoro subordinato, almeno nella sua configurazione paradigmatica a mente dell'art. 2094 cod. civ. (64). Una qualifica riconosciuta invece pacificamente alle singole frazioni del rapporto, nelle quali sono riscontrabili i tratti distintivi della dipendenza e l'ordinario, e ordinato, svolgersi di un normale rapporto di lavoro (65).

Ciò che appare inconciliabile con una prestazione di lavoro non è, a ben vedere, la presenza di una condizione sospensiva. La dottrina, nel definire – anche in un passato non recente – l'attività di lavoro, ha, infatti, ben preso in considerazione l'ipotesi del rapporto di mediazione, in relazione al quale la prestazione di attività è *in condizione*, prevista come facoltativa, così che «la parte interessata a ottenerla non [ha] azione per pretendere l'adempimento, ma [deve] retribuirla se l'adempimento si verifichi secondo le condizioni prestabilite» (66). C'è, poi, questa volta in relazione al rapporto di lavoro dipendente vero e proprio, il dato macroscopico del patto di prova, configurato come condizione sospensiva potestativa del gradimento reciproco o del mancato recesso (67). Una clausola di riserva di verifica della idoneità e delle qualità di ciò che è dedotto nel contratto, un omologo del risalente «patto d'assaggio» di cui all'art. 1453 cod. civ. 1865, la cui ammissibilità – seppure oggetto di dibattito in quanto condizione sospensiva potestativa, «valutazione soggettiva assolutamente insindacabile»: «*si placuerit*» – è stata tradizionalmente configurata come conforme alla prassi comunemente accettata e pienamente lecita (68).

(64) L'ultima, fra le tesi richiamate, in P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., p. 583.

(65) Così, fra gli altri, M. G. Mattarolo, *sub* art. 33, cit., pp. 10 s.; S. Renga, *op. cit.*, p. 254. La ricostruzione, pur macchinosa, sembra muovere dal disposto del comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 276/03, a mente del quale per tutto il periodo di disponibilità il lavoratore «non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati, né matura alcun trattamento economico e normativo», ove non sia pattuito l'obbligo di risposta alla chiamata: la norma disciplina in modo differente due distinte fasi del rapporto originato dal contratto di lavoro intermittente (cfr. M. G. Mattarolo, *sub* art. 33, cit., p. 5 e pp. 11 s.) e ne evoca la contrapposizione.

(66) Così P. Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 6; nella mediazione non nasce alcun obbligo né alcun diritto (salvo diritti accessori: ad esempio, art. 1759 cod. civ.) e la conclusione dell'affare può essere considerata come *condicio iuris* dell'efficacia della mediazione medesima; vedi la discussione sul punto in L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., I, Milano, 1915, pp. 408 ss.

(67) Cfr. F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 166.

(68) Cfr., sul punto, L. Barassi, *Il Diritto del lavoro*, Milano, 1936, II, p. 7: la assoluta soggettività della valutazione dell'esito della prova, nel rapporto di lavoro, si riferisce, com'è ovvio, alla disciplina ritenuta vigente all'epoca.

L'elemento che è percepito come irriducibile alla subordinazione è la facoltà del prestatore d'opere di non ottemperare alla volontà del datore di lavoro, sottraendosi – così almeno sembra agli interpreti – a quella supremazia della controparte che è tratto fisionomico della fattispecie. Perché, sembrano supporre i commentatori, altro è dare le dimissioni durante il periodo di prova e con esse por termine agli effetti del contratto, altro è sottrarsi alla richiesta di adempimento della prestazione lavorativa durante la vigenza del contratto (69). Non consiste forse la subordinazione in una certa qual «signoria sulla persona e sul corpo del salariato», in una «strettoia umiliante» che rende il prestatore d'opere «strumento in certo modo passivo» nelle mani del datore di lavoro durante la vigenza del contratto (70)? Non è forse la possibilità di accettare o non accettare le richieste della controparte l'elemento ritenuto decisivo dai giudici al fine di qualificare un rapporto come autonomo o subordinato (71)?

La dottrina ha ben presente la vicenda dei messaggeri urbani (72). Taluno, infatti, non esita a far riferimento ai criteri utilizzati, allora, da una parte, maggioritaria, della giurisprudenza per ascrivere il lavoro intermittente senza obbligo di risposta nell'ambito del lavoro autonomo, risolvendo l'unica relazione regolata dalla legge in una pluralità di rapporti posti in essere, volta per volta, con distinti contratti (73). Una co-

(69) Così L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 397.

(70) Così, nell'ordine, M. Fabre-Magnan, *Le contrat...*, cit., p. 120; L. Barassi, *Il contratto di lavoro...*, cit., pp. 60 e 29.

(71) Il riferimento è alla vicenda della qualificazione del rapporto dei moto-fattorini o messaggeri urbani: le pronunce che chiudono la discussione in sede civile e orientano la successiva giurisprudenza, con la qualificazione del rapporto come autonomo in base al criterio ricordato nel testo, sono Cass. 10 luglio 1991, n. 7608, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 370 ss., e Cass. 23 gennaio 1993, n. 811, in *Mass. Giur. lav.*, 1993, pp. 166 ss. (nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per il pagamento di sanzioni comminate dall'Ispettorato del lavoro e nella vertenza promossa dall'Inps per il recupero dei contributi non versati). In sede penale, per contro, il riconoscimento della subordinazione (ai fini delle ammende previste per l'assunzione senza libretto di lavoro e per l'omissione di consegna del prospetto paga) viene sancito da Cass. pen. 21 marzo 1989, in *Foro it.*, 1989, II, cc. 462 ss.

(72) Vedi, fra gli altri, P. Bellocchi, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 588; M. G. Mattarolo, *sub art. 33*, cit., p. 12; G. Pellacani, *Prime considerazioni...*, cit., p. 517; Del Punta, *Riforma Biagi...*, cit., pp. 13 s.; R. Romei, *op. cit.*, p. 435; M. Vincieri, *op. cit.*, p. 302; R. Voza, *op. cit.*, pp. 261 s.

(73) Così F. Basenghi, *Co. Co. Co., lavoro a chiamata, occasionale e job sharing*, in *Guida lav. «Il Sole 24 Ore»*, n. 10, 2003, pp. 34 s.; nello stesso senso F. Bano, *Contratti flessibili...*, cit., p. 308; F. Lunardon, *La flessibilità tipologica e il supera-*

struzione complessa, quest'ultima, e forse, fra le tante ipotesi che si misurano sul lavoro intermittente, quella che appare meno rispettosa del dettato normativo (74). Una costruzione che tuttavia, proprio per questa sua artificiosità, rende ancora più evidente, e singolare, l'assenza pressoché totale di ipotesi teoriche che – in una logica opposta – muovano dal riconoscimento legislativo del carattere subordinato di una intera specie di rapporti di lavoro (il lavoro intermittente senza obbligo di risposta) per mettere in discussione proprio gli argomenti utilizzati per negare ai messaggeri urbani la qualità di lavoratori subordinati e, dunque, impiegati per restringere, in modo affatto discutibile, l'area della subordinazione (75).

5. — *La facoltà di prestare le proprie opere come lecita condizione potestativa* — La verifica della compatibilità fra lavoro subordinato e facoltà, attribuita al lavoratore per legge o per contratto, di eseguire o non eseguire una o più frazioni dell'attività pattuita deve iniziare dalla verifica della possibilità di dedurre questa facoltà in una valida condizione sospensiva. Le obiezioni di fondo alla traduzione in legge, mediante la disciplina del lavoro intermittente, di pratiche sociali esistenti – pur se *praeter legem* – muovono, infatti, dalla nullità, sancita dall'art. 1355 cod. civ., dell'assunzione dell'obbligo di prestare il proprio lavoro che faccia

mento della fattispecie «lavoro subordinato», in F. Carinci, M. Miscione, Il Diritto del lavoro dal Libro bianco al disegno di legge delega 2002, Milano, 2002, sub art. 8, pp. 88 e 90.

(74) Sul significato da attribuire alla lettera della legge, e per la critica alla tesi menzionata nel testo, vedi, in specie, L. De Angelis, *Lavoro intermittente...*, cit., pp. 177 s.

(75) Vedi tuttavia la significativa eccezione di C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del Diritto del lavoro, Relazione*, in Aidlass, *Autonomia individuale...*, cit., pp. 122 s.: l'emersione dei contratti speciali e di sottotipi deve indurre «a mettere in discussione il contenuto del nucleo duro della subordinazione, a partire dall'intensità della stessa», rinvenendosi nella legislazione, anche non recente, una nozione di lavoro subordinato «in grado di ricomprendere qualunque tipo di assoggettamento ai poteri imprenditoriali, anche se nelle forme più attenuate proprie di determinati rapporti».

Il delinarsi di rapporti sociali in cui la dipendenza si articola, in modo quantitativamente significativo, in schemi contrattuali prima ignoti, o del tutto interstiziali, genera per solito risposte affatto diverse: ipotizza una mera «attrazione naturale» nell'area della subordinazione di rapporti caratterizzati dalla libertà di rifiuto della chiamata M. Vincieri, *op. cit.*, p. 129; all'opposto, ma nello stesso ordine d'idee, teorizza una espansione dell'area di applicazione del Diritto del lavoro oltre il suo «ambito tipico» P. Bellocchi, *Le aporie*, cit., p. 585.

dipendere, di volta in volta, la prestazione dalla mera volontà del debitore delle opere (76).

Non si discute, come si è già detto, della configurabilità della condizione sospensiva nel contratto di lavoro. Come nella generalità dei contratti, anche nello scambio di lavoro contro retribuzione possono sorgere, dall'accordo fra le parti, diritti e obblighi reciproci o anche mere aspettative tutelate scaturenti da un contratto a cui è apposta una condizione sospensiva (77). Si versa nella prima ipotesi quando l'intento delle parti è preordinato alla realizzazione di un programma di lavoro certo nel «se» e nel «quando»; si versa nella seconda quando l'interesse dei contraenti non si concretizza in un progetto di lavoro definito in tutti i suoi aspetti e, soprattutto, precisato nel «se» e nel «quando» dell'erogazione dell'attività. In questa seconda ipotesi, le parti incrementano in modo significativo le dimensioni della autonomia a esse spettante nel corso dell'esecuzione dell'accordo, perché collegano il prodursi degli effetti tipici del contratto di lavoro a condizioni liberamente predeterminate, facendo sì che dal consenso sorgano interinalmente, nell'immediato, solo situazioni giuridiche soggettive limitate, distanti dai diritti che sorgono da un ordinario contratto di lavoro, e tuttavia rilevanti, sì da dar luogo a una aspettativa tutelata come tale (78). In entrambe le ipotesi,

(76) Il richiamo a fenomeni certo marginali, ma quantitativamente di un certo rilievo, è nella Circolare n. 4/2005 del Ministero del lavoro, su cui vedi i rilievi di F. Bano, *op. cit.*, p. 305: per vero, il dare «veste giuridica allo *status quo*» (per usare le parole di questo Autore) è conseguenza della diffusione (non nell'industria, ma in taluni settori del terziario) di forme di lavoro con caratteristiche che ricalcano quelle già riscontrate per i messaggeri urbani; forme di lavoro difficilmente eliminabili anche perché rispondenti all'interesse, non negoziabile, di categorie sociali consistenti di poter disporre del proprio tempo (studenti, doppiolavoristi ecc.). Bisogna rammentare che, sovente, nell'atteggiarsi nella pratica di questo tipo di rapporto, nelle ipotesi in cui l'esigenza produttiva non sia temporanea o intermittente e non prevedibile in sé, il tempo di lavoro e i turni di lavoro sono autogestiti dagli stessi prestatori d'opere, che si alternano organizzando fra loro la regolare erogazione del servizio sotto la mera supervisione del datore di lavoro (questo secondo ordine di ipotesi – addetti alle agenzie di scommesse e camerieri – è quello per lo più esaminato dai giudici: si vedano le sentenze citate *infra*, in nota n. 65). In tali ipotesi, e in tutte quelle in cui il lavoratore ha comunque interesse a disporre liberamente del proprio tempo, le pratiche oltre il limite della legalità trovano esclusiva ragione nell'evasione degli obblighi contributivi: appaiono così ingenui le speranze di F. Lunardon, *op. cit.*, pp. 87-89.

(77) Cfr., anche e specialmente per il prosieguo del discorso, A. Falzea, voce *Condizione*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur. it.*, pp. 7 s.

(78) Sul rapporto tra condizione e autonomia dei privati, con opinione affatto pacifica, vedi R. Sacco, *Il contratto. La condizione*, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*,

comunque, il comune volere delle parti è produttivo di effetti: si vuole la immediata e integrale realizzazione del programma contrattuale, oppure si vuole che l'interesse comune dei contraenti abbia soltanto «la garanzia giuridica della propria conservazione» (79). Non produca, cioè, in capo al prestatore d'opere «alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati», né produca, sempre a mente del comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 276 del 2003, il sorgere del diritto alla corresponsione di «alcun trattamento economico e normativo» (80).

Tutto ciò a condizione, si deve subito precisare, che la volontà contrattuale sia attuale, ovvero non subordinata a una ulteriore decisione sul «se» del contratto, specie se questa è demandata all'obbligato (81).

Con ogni verosimiglianza, proprio quest'ultimo aspetto è la fonte di molti degli equivoci nell'interpretazione degli artt. 33 ss. del d.lgs. n. 276/03. Ciò che non è ammissibile in qualsiasi contratto, e non solo nel contratto di lavoro, è una condizione che consista in una ulteriore manifestazione di volontà che valga a disciplinare, essa e soltanto essa, l'assetto di interessi che le parti intendono porre in essere; in altre parole: l'esistenza stessa del contratto (82). Una ulteriore manifestazione di volontà che, come nella vendita con riserva di gradimento, sia tale da costituire un elemento integrativo dell'accordo e in assenza del quale l'accordo medesimo non sia frutto di volontà alla quale riconnettere un significato utile (83).

Nella disciplina legislativa del lavoro intermittente, all'opposto, per un verso, è prevista la manifestazione di volontà del datore di lavoro di-

Torino, 2004, II, p. 134; l'opinione è indiscussa: cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trattato di Diritto civile italiano*, Torino, 1943, p. 324; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del Diritto civile*, Napoli, 1966, p. 179. Nel lavoro intermittente senza obbligo di risposta le parti fanno uso della propria autonomia per garantire una flessibilità bilaterale collegata a motivazioni soggettive: il datore di lavoro provvede a garantire una possibile risposta alle esigenze produttive che presumibilmente si manifesteranno; il lavoratore provvede a una parte del proprio reddito salvaguardando le proprie esigenze di vita (studio, formazione, cure familiari ecc.) e/o l'esistenza di ulteriori rapporti di lavoro.

(79) Così ancora A. Falzea, *op. cit.*, pp. 3 s.

(80) Vedi sul punto M. Vincieri, *Il lavoro intermittente...*, cit., p. 125.

(81) Cfr. A. Falzea, *op. cit.*, p. 7.

(82) Cfr. R. Sacco, *op. cit.*, pp. 148 ss. A mente dell'art. 1355 cod. civ. l'illiceità di una siffatta condizione non discende dunque dal sindacato sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dalla parte cui è demandata la volizione: così A. Bonofiglio, *La condizione meramente potestativa*, in *Giust. civ.*, 1997. II, p. 126.

(83) Cfr. A. Falzea, *op. cit.*, p. 8.

retta a determinare l'*an* e il *quando* della possibile prestazione; per altro verso, ed è ciò che qui rileva, è prevista la volizione del lavoratore, con la quale questi esercita la facoltà di decidere del proprio agire in risposta alla richiesta della controparte: una volizione che nel disposto della legge non è affatto diretta a determinare la sorte e la validità dell'accordo in precedenza stipulato, ma è parte integrante delle vicende che muovono dal contratto già posto in essere (84). In presenza dell'interesse – di una o di entrambe le parti – a prestazioni di lavoro intermittenti o saltuarie, una cosa è rinegoziare di volta in volta un nuovo rapporto di lavoro; altra cosa è chiedere l'adempimento dell'accordo già concluso quando «un solo contratto [è stato] sostituito a un'intera serie di contratti» (85). Un accordo nel quale sono definiti tutti gli elementi dello scambio che si intende porre in essere ogni qualvolta vi sia la chiamata e a essa sia data risposta positiva, pur se i limiti, che la di legge dichiara essere possibili, al potere di disposizione del datore di lavoro consentono al prestatore delle opere di non effettuare la singola frazione di attività richiesta (86).

(84) Cfr. P. Bellocchi, *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro. Legge n. 30/2003, sub art. 4, comma 1, lett. a, c, d, e, f*, Milano, 2003, p. 200: la previsione di legge della facoltà di non rispondere alla chiamata, annota l'Autore, sarebbe del tutto illogica se intesa come libertà di non concludere il contratto. Conforme R. Del Punta, *Riforma Biagi...*, cit., p. 15, secondo il quale dal contratto discende un «effetto giuridico tipico: la facoltà del datore di lavoro di utilizzare quando vuole il dipendente nell'ambito di un contratto di lavoro già acceso una volta per tutte».

Sulla compenetrazione della condizione con l'assetto di interessi disciplinato dal contratto vedi E. Betti, *op. cit.*, p. 324.

(85) La considerazione finale in R. H. Coase, *op. cit.*, p. 79: l'apparente anomalia del lavoro intermittente senza obbligo di risposta non è altro che uno dei modi di essere tipici del lavoro dipendente, con il quale il «proprietario del fattore [lavoro], in cambio di una certa remunerazione [...], accetta di obbedire agli ordini dell'imprenditore entro certi limiti» (il corsivo è nel testo).

Sulla differenza fra stipulazione del contratto di lavoro intermittente e negoziazione reiterata dello scambio di lavoro cfr. P. Bellocchi, *op. cit.*, *loc. cit.*; Eadem, *Le aporie...*, cit., pp. 574 e 582.

(86) In relazione alla risposta alla chiamata, si può osservare che attraverso la condizione le parti non soltanto regolano in via diretta gli effetti degli eventi (le due manifestazioni di volontà dedotte in condizione), ma regolano indirettamente anche l'evento o gli eventi dedotti in condizione (così, sulla condizione in generale, R. Sacco, *op. cit.*, p. 135). Nella fattispecie sono così disciplinate in modo indiretto vuoi l'avverarsi della prima delle due condizioni (la chiamata), stante «il ragionevole affidamento di fatto del datore di lavoro circa la risposta positiva del lavoratore» (cfr. R. Del Punta, *op. ult. cit.*, p. 15), vuoi l'avverarsi della seconda condizione (la risposta positiva del la-

Certamente, la facoltà di non rispondere positivamente alla richiesta del datore di lavoro è un limite penetrante alla supremazia di questi, tale da essere percepito, per lo più, come spartiacque fra subordinazione e autonomia (87). Tuttavia non è dubbio che la condizione in cui è dedotta tale facoltà ha tutti i requisiti per essere compatibile con il divieto di cui è espressione l'art. 1355 cod. civ. Si suole dire che la condizione sospensiva è meramente potestativa quando il prodursi degli effetti salienti del contratto è rimesso «alla potestà di colui verso il quale la condizione è contratta» senza che questi abbia un interesse apprezzabile al venire in essere della medesima, sì che l'avverarsi della condizione dipenda dalla «pura e sola volontà della persona obbligata», isolata da altri effetti (88). Nel lavoro intermittente senza obbligo di risposta, invece, la risposta positiva, in potestà di colui al quale spetta effettuare il lavoro, è «l'onere a cui [questi] de-

voratore), incentivata dalla esigenza di lavoro e di remunerazione (cfr. L. Corazza, *op. cit.*, p. 187; R. Del Punta, *op. loc. cit.*; M. G. Mattarolo, *op. cit.*, p. 7). Non appaiono pertanto giustificate le critiche di quanti negano un qualsivoglia interesse del datore di lavoro a far uso di un contratto che non garantisce la prestazione di cui egli abbia necessità (in tal senso G. Ferraro, *op. cit.*, p. 77; G. Pellacani, *Il lavoro intermittente a un anno dall'entrata in vigore: gli interventi ministeriali, la contrattazione collettiva e il decreto correttivo n. 25/2004*, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, p. 4).

(87) «Deve escludersi la configurabilità di un rapporto a tempo indeterminato allorché [...] il lavoratore non abbia l'obbligo di tenersi a disposizione del datore, ma anzi, chiamato per la singola prestazione giornaliera, abbia la facoltà di rifiutare»: così, fra le ultime, pur in un contesto attento all'evolversi dell'organizzazione del lavoro, Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, pp. 423 ss., con nota di L. Nogler, *Negli obiter dicta della Cassazione si consolida la giurisprudenza «Simoneschi» in tema di subordinazione*; conf. Cass. 4 settembre 2003, n. 12926, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, pp. 293 ss., con nota di M. Vincieri, *Il lavoro intermittente...*, cit. In dottrina vedi, fra tanti, l'equazione: «Subordinazione, ovvero l'obbligo di rispondere alla chiamata», in F. Lunardon, *op. cit.*, p. 90.

Vanno tuttavia ricordate sentenze di segno opposto, per le quali «la libertà di aderire al turno proposto non esclude il rapporto di lavoro subordinato»: cfr. Cass. 24 maggio 1999, n. 5045, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, p. 875; Cass. 1° luglio 1999, n. 6761, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1535; Cass. 1° marzo 2001, n. 2970, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 375; Cass., Sez. lav., 1° agosto 2008, n. 21031, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 956 ss., con nota di S. Hüge, *Subordinazione e autonomia: risvolti fattuali e indicazioni pratiche dalle ultime pronunce di legittimità*.

Sul punto va sottolineata l'opinione di A. Vallebona, *Breviario...*, cit., p. 430: «è lo stesso datore di lavoro a consentire la limitazione dei suoi poteri, riservandosi di esercitarli solo quando il lavoratore accetta la chiamata».

(88) Così l'insegnamento tradizionale risalente a R. J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris, 1805, II, Cap. III, art. I, par. II, nn. 201 e 205. In senso conforme E. Betti, *op. cit.*, p. 336; A. Falzea, *op. cit.*, pp. 7 s.; R. Sacco, *op. cit.*, p. 148.

ve sottostare per acquistare a sua volta un diritto»: a mente dell'art. 38, comma 3, d.lgs. n. 276/03, è l'onere a cui il prestatore d'opere deve assolvere affinché sia corrisposta la retribuzione e sia applicato lo statuto del lavoro subordinato che discende da un rapporto di lavoro «in atto» (89).

Si deve quindi concludere che, anni addietro, è incorsa in errore la giurisprudenza che non ha ascritto i messengeri urbani fra i lavoratori subordinati proprio a causa della mancanza di un obbligo a effettuare la prestazione? Si deve pensare a un abbaglio di gran parte della dottrina nei giudizi e nelle ipotesi ricostruttive formulate sul lavoro intermittente senza obbligo di risposta?

Non proprio.

Per meglio dire: è necessaria qualche precisazione ulteriore (90). Perché sarebbe riduttivo limitare il discorso alle conclusioni appena enunciate, in una prospettiva che si esaurisca nell'alternativa vero-falso.

(89) Sulla condizione potestativa lecita, cfr. R. Sacco, *op. cit.*, p. 149, ove, in specie, nota n. 3. Conf. E. Betti, *op. cit.*, p. 336: nella condizione meramente potestativa il fatto volontario in cui consiste la condizione non comporta, per chi lo compie o lo omette, «nessun sacrificio», così che il suo compimento o la sua omissione non dipende «da seri e apprezzabili motivi»; il riferimento al discrimine fra discrezionalità e arbitrio (assenza di motivi apprezzabili) è il criterio adottato da A. Falzea, *op. cit.*, p. 8. Il canone dell'esistenza di motivi apprezzabili, legati alla ponderazione di interessi e convenienze della parte obbligata, ben distinti da scelte puramente arbitrarie, è quello cui fa riferimento la giurisprudenza: cfr. F. Peccenini, *La condizione nei contratti*, Padova, 1995, pp. 130 ss.

Con riferimento al lavoro intermittente, il carattere necessariamente non arbitrario di ciascuna delle due manifestazioni di volontà (la chiamata del datore di lavoro e la risposta positiva o negativa del lavoratore) è sottolineato da R. Romei, *op. cit.*, p. 417; M. Vincieri, *op. cit.*, *loc. cit.*: il datore di lavoro non può che informare la richiesta di prestazione alle esigenze produttive; per il prestatore di lavoro la convenienza della prestazione è in rapporto all'organizzazione del proprio tempo di vita e di lavoro. Il dato della non arbitrarietà delle scelte è implicito nella ricostruzione della figura contrattuale da parte della Corte di Lussemburgo, con riferimento alla disciplina prevista in Austria, del contratto di prestazione di lavoro «secondo il fabbisogno»: cfr., ma con considerazioni critiche, G. Ricci, *Il lavoro a chiamata: una fattispecie «atipica» per la Corte di Giustizia*, nota a Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 ottobre 2004, causa C-313/02; *Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 271.

(90) È appena il caso di ricordare quanto sia diffusa, specie fra i giudici, in tutti i paesi dell'Occidente, la tendenza a non includere nel novero dei rapporti di lavoro subordinato i lavoratori per i quali manca «un obbligo di offerta di lavoro in capo ai datori e un correlativo obbligo di accettazione da parte dei prestatori»: cfr. P. Davies, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, 2, p. 210.

Senza scostarsi dal tema di cui si discute, è allora opportuno tornare per un momento al dibattito sulla vendita a prova: tema ampiamente discusso e invero significativo al fine di dar conto delle idee sulla condizione volontaria e sul suo modo di essere nel contratto di lavoro.

Una opinione autorevole ha considerato la vendita a prova una eccezione – frutto di risalente tradizione accolta dalla legge – alla non ammissibilità della condizione meramente potestativa (91). Questa soluzione al problema risente delle idee dell'epoca in materia di manifestazione del volere e di vincolo obbligatorio: idee diffusamente accette e, sino a tempi recenti, pressoché indiscusse. Si ammette, perché così vuole la lettera del codice, la piena validità del patto d'assaggio, ma si individuano le «difficoltà costruttive», relative alla disciplina di legge, nella circostanza che tale patto si risolve in una «valutazione soggettiva assolutamente insindacabile» (92). «Se l'obbligazione deve rappresentare un *vincolo giuridico* – si annota –, “non può aversi vincolo, [...] dove l'obbligato”, come nel patto d'assaggio, si riserva *libertà* da ogni costrizione» (93).

L'atto volontario è visto come manifestazione di scelte del tutto libere, incoercibili in quanto tali: la volizione è assunta come un dato formale, che prescinde dalle ragioni che ne determinano i contenuti. Si individua perciò una insanabile «contraddizione in termini» tra la libertà di determinarsi, propria del volere, e l'obbligo preesistente creato attraverso un contratto (94). Se attraverso l'obbligazione, posta in essere dal consenso cristallizzato nell'accordo, un «singolo atto» della persona è «sottratto alla libertà dello agente», non può non rappresentare una eccezione a tale stato di mancanza di libertà l'ipotesi in cui un contratto, valido e perciò fonte di vincolo fra le parti, lasci al soggetto passivo la possibilità di porre in essere una volizione ulteriore da cui dipenda il prodursi dell'effetto obbligatorio (95).

In quest'ordine d'idee non trova posto la distinzione fra discrezionalità e arbitrio che, segnatamente in materia di condizione e di vendi-

(91) Cfr. F. C. v. Savigny, *Sistema del Diritto Romano attuale*, trad. italiana di V. Scialoja, Torino, 1900, II, par. 117, nota i. Conf. L. Barassi, *Istituzioni di Diritto civile*, Milano, 1914, p. 172; Idem, *Il Diritto del lavoro*, cit., loc. cit.; nello stesso senso F. Ferrara, *La condizione potestativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, pp. 564 s.

(92) Così L. Barassi, *op. ult. cit.*, loc. cit.

(93) Cfr. F. Ferrara, *op. cit.*, p. 566 (il corsivo è nel testo).

(94) Vedi ancora, sull'ultimo punto, F. Ferrara, *op. loc. cit.*; *ibidem* (specie pp. 569 s.), per gli argomenti con i quali si esclude ogni indagine sulle cd. «ragioni psicologiche», che «spesso sfuggono alla stessa coscienza dell'agente».

(95) Le espressioni in F. C. v. Savigny, *Sistema...*, cit., II, par. 53.

ta a prova, informa la dottrina successiva. Nelle analisi più recenti si percepisce che l'obbligato, proprio in relazione alla vendita a prova, si impegna a esprimere un giudizio non arbitrario o capriccioso, ma discrezionale: si vincola a una valutazione ulteriore legata all'esistenza di dati oggettivi, non sostitutiva di quella espressa nella volizione posta in essere al momento dell'accordo (96). In ogni caso, si superano le semplificazioni riduttive risalenti alla dottrina ottocentesca, nella consapevolezza della complessità delle scelte sottese alla manifestazione di volontà (97).

Le «difficoltà costruttive» appartengono, invece, a una passata stagione. La stessa di cui fanno parte le affermazioni perentorie secondo le quali, nell'ordine di idee prima rammentato, «il contratto di lavoro deve sempre creare l'obbligazione di fare», «è da escludere che la prestazione di lavoro possa essere in condizione», «i contratti per i quali il lavoro è un fatto volontario, non coercibile e solo in condizione, esorbitano dal campo delle nostre indagini» (98).

Asserzioni contenute in pagine non recenti. Eppure espressione del sistema concettuale che elabora la nozione stessa di subordinazione e che la fonda come categoria ordinante, compenetrandola con quella sottoposizione alla volontà di altri in cui si esprime l'idea di obbligazione (99). Quel sistema che, anche a motivo di fattori interni all'evoluzione del Diritto del lavoro come autonoma partizione del sapere, si riversa nello statuto della materia tramandato nei manuali. «Il contratto di lavoro, da un punto di vista giuridico», conclude Ludovico Barassi sulla condizione nel contratto di lavoro, «non è che quella rete di sicurezza che circonda lo scambio economico di lavoro e mercede, assicurandolo, garantendolo alle parti che hanno stipulato il baratto» (100).

(96) Cfr., in specie, Falzea, *op. cit.*, *loc. cit.* Di contrario avviso, solo in relazione al rilievo del capriccio o dell'arbitrio, R. Sacco, *op. cit.*, pp. 148 s.

(97) Si veda l'articolato argomentare di R. Sacco, *op. cit.*, pp. 148 s.

(98) Così, L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., pp. 394 ss. «Io [...] non mi so raffigurare un contratto di lavoro che, anziché vincolare il contraente che si è assunta la prestazione di lavoro, gli attribuisce la facoltà di non adempierla, se meglio gli piace»: *ibidem*, p. 413.

(99) Cfr. L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1967, p. 45: «Il concetto di subordinazione è stato da tempo interpretato su altra base, considerando la subordinazione, specifica al rapporto di lavoro, come peculiare accentuazione di un elemento proprio a ogni altro rapporto obbligatorio che, vincolando il debitore, limita la sua autonomia di fronte al creditore».

(100) Cfr. L. Barassi, *op. ult. cit.*, p. 402.

Lo scambio fra datore di lavoro e prestatore d'opere non può essere eventuale; deve riguardare entità certe, specie riguardo alla prestazione di lavoro; soprattutto, deve sempre comportare la soggezione del lavoratore, sia pure sotto forma di una «disponibilità» affievolita (quale quella riscontrabile nel lavoro intermittente senza obbligo di risposta), tale – tuttavia – da integrare comunque una subordinazione di intensità ridotta (101). Il nocciolo duro del Diritto del lavoro si identifica pur sempre – nel comune sentire – con l'esercizio materiale e visibile del potere direttivo, e l'idea che la disponibilità del prestatore d'opere si risolva comunque in un *facere*, sotto il comando di chi può esigere la prestazione, condiziona anche chi non crede che il lavoro a chiamata senza obbligo di prestazione sia riducibile a una scatola vuota, priva di valore giuridico (102).

6. — *I periodi di non lavoro e la pendenza degli effetti del contratto* — L'idea della coincidenza fra subordinazione e potere direttivo è ciò che spinge la dottrina a tener nettamente distinte la fattispecie di lavoro a chiamata con obbligo di risposta dalla fattispecie in cui tale obbligo non è pattuito (103). Poiché si identifica la dipendenza con il potere concreto, «visibile *in rerum natura*», di impartire istruzioni e comandi, è del tutto naturale che la maggior parte di quanti si occupano del lavoro intermittente identifichi la fattispecie *standard* con quella in cui c'è l'obbligo di ottemperare ai comandi del datore di lavoro (primo fra tutti: quello di effettuare la prestazione), così come è naturale che venga ricercata solo in un secondo momento la veste giuridica da dare alla fattispecie, percepita come contrapposta alla prima,

(101) L'ipotesi è formulata da L. De Angelis, *op. cit.*, pp. 179 s. In questa prospettiva (in cui le esigenze ricostruttive conducono talora a far violenza alla lettera della legge), nel lavoro intermittente senza obbligo di risposta sussisterebbero sia «l'intensità del vincolo contrattuale», sia la subordinazione, pur se con un grado inferiore a quello proprio della ipotesi con obbligo di risposta: tale «intensità minore» escluderebbe l'applicazione del comma 4 dell'art. 36, d.lgs. n. 276 (con la tassativa identificazione della impossibilità temporanea con la causa di legittima giustificazione del rifiuto), ma comporterebbe comunque, alla stregua del diritto dei contratti, la necessità che il rifiuto di prestazione sia giustificato «attraverso le regole di correttezza e buona fede, ovvero, meglio, attraverso il principio di ragionevolezza o dell'equilibrato temperamento degli interessi».

(102) «Il filo che collega i vari segmenti di prestazione», scrive R. Del Punta, *Riforma Biagi...*, cit., p. 15, è «talmente esile, da lasciare molti dubbi sulla tenuta di questa anomala figura contrattuale».

(103) Il riferimento è agli Autori menzionati *retro*, note nn. 40-42.

in cui sussiste la facoltà di non rispondere positivamente alla richiesta di lavoro (104).

C'è poi un altro problema a cui è necessario dedicare attenzione. Il modo di pensare ora rammentato dà anche ragione dell'identificazione del rapporto di lavoro vero e proprio con i periodi in cui la prestazione è resa e in cui è riscontrabile, e materialmente percepibile, la soggezione nel senso più ampio al potere del datore di lavoro (105). Una identificazione, questa, unanime fra gli interpreti: tant'è che la netta contrapposizione tra i periodi di lavoro e le fasi di non lavoro è operata anche da chi vede nel lavoro intermittente senza obbligo di risposta un contratto vero e non un semplice accordo preparatorio. Nei periodi di non lavoro – a partire dal momento della conclusione del contratto sino alla prima chiamata e fra il termine della prestazione resa e la chiamata successiva – il rapporto di lavoro verserebbe in una «fase di quiescenza delle rispettive obbligazioni», ovvero sarebbe connotato da una sorta di sospensione del rapporto, ulteriore rispetto alle ordinarie ipotesi di sospensione (106).

In definitiva, secondo un parere largamente condiviso, è proprio l'antitesi tra fasi di lavoro e di non lavoro ciò che contraddistingue il lavoro intermittente e che lo rende vantaggioso per chi lo impiega (107). Nelle

(104) Per la critica alla identificazione della subordinazione con il potere materiale e visibile vedi P. Ichino, *Vecchi e nuovo problemi nella qualificazione della prestazione lavorativa come autonoma o subordinata*, in *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure del terziario*, Atti del convegno di Milano del 10 ottobre 1987 del Centro «D. Napoletano», Milano, 1988, pp. 81 s.

Sulla considerazione della fattispecie con obbligo di risposta come fattispecie base vedi *retro*, nota n. 35. La ricostruzione cui si fa riferimento è organicamente prospettata da R. Romei, *Lavoro intermittente*, cit., pp. 405 ss., e pp. 434 ss.; nella stessa prospettiva cfr., in specie, G. Pellacani, *Il lavoro intermittente a un anno dall'entrata in vigore...*, cit., pp. 3 ss.; R. Del Punta, *Riforma Biagi...*, cit., p. 12; A. Vallebona, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, p. 60; R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro...*, cit., pp. 253 ss.

(105) Le fasi del rapporto in cui è riscontrabile un *facere* eterodiretto altrettanto visibile: così, ad esempio, P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., p. 585. Per la contrapposizione tra le due fasi vedi, in specie, M. G. Mattarolo, *sub art. 33*, cit., pp. 7 e 16.

(106) Cfr. R. Romei, *op. cit.*, p. 416, con una annotazione riferibile anche alla fattispecie senza obbligo di risposta alla chiamata. Conforme M. G. Mattarolo, *sub art. 33*, cit., p. 16. Alla sospensione del rapporto fa espresso riferimento anche P. Bellocchi, *sub art. 4*, cit., p. 201, con riferimento alla legge delega, con opinione che appare superata nella riflessione sul testo del decreto delegato.

(107) Proprio tale differenza di struttura, e di costi, spiegherebbe l'esistenza di una fattispecie ulteriore, accanto a quella dell'art. 2094 cod. civ.; con il lavoro intermitten-

ipotesi tassativamente previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva (art. 34, commi 1 e 2, d.lgs. n. 276/03), e per il tempo stabilito nel contratto (art. 33, comma 2, d.lgs. n. 276/03), al datore di lavoro è assicurata la possibilità di fruire del lavoro di altri, a condizioni predeterminate nell'accordo iniziale, senza dover sopportare alcun costo – o un costo in certo modo contenuto: nell'ipotesi in cui venga pattuito l'obbligo di rispondere positivamente alla chiamata – per i periodi in cui il prestatore d'opere si dichiara disponibile a effettuare la propria attività e si impegna a dare risposta, positiva o negativa, alla richiesta della controparte (108). Infatti, nell'ipotesi in cui non sia pattuito alcun obbligo di disponibilità, il comma 3 dell'art. 38, d.lgs. n. 276/03, non riconosce al lavoratore la titolarità di alcun diritto che compete alla generalità dei lavoratori subordinati per il periodo in cui egli si sia reso disponibile a rispondere alla chiamata, né prevede la maturazione di alcun trattamento economico e normativo; nell'ipotesi in cui sia pattuito l'obbligo di rispondere alla chiamata, sempre e soltanto per il periodo in discorso, la medesima norma dispone invece il diritto a percepire l'indennità di disponibilità disciplinata dall'art. 36.

Così che, si precisa in via conclusiva, ciò che «caratterizza la nuova fattispecie negoziale» è proprio la «disponibilità della prestazione lavorativa a prescindere dalla utilizzazione concreta della medesima». Una «disponibilità» che, se presuppone un contratto disciplinante l'intera relazione fra le parti, non può incorporarsi che in «un contratto di lavoro a metà»: un contratto che non può non essere altro dal «tipico contratto di lavoro di cui all'art. 2094 cod. civ.» (109).

Con questa osservazione il cerchio si chiude. La non configurabilità di un rapporto di lavoro dipendente senza obbligo tassativo di lavorare è la premessa – ideologica, come si è detto – da cui muove la generalità di quanti si sono occupati del lavoro intermittente (110).

te sono abbattuti i costi, inerenti alla fase non lavoro, che caratterizzano anche la fornitura di lavoro: così P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., pp. 582 s.; M. G. Mattarolo, *op. cit.*, p. 8 e pp. 17 s.

(108) «Il lavoro a chiamata non è rimesso alla assoluta discrezionalità del datore di lavoro», né è ammissibile «l'assunzione di un obbligo di disponibilità illimitato e indeterminato»: cfr., nell'ordine, R. Romei, *op. cit.*, pp. 416 ss.; R. Del Punta, *op. cit.*, p. 20. La discussione del problema in P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., pp. 591 ss.

(109) Così P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., pp. 581 ss., e pp. 586 s.: secondo questo modo di vedere, la subordinazione sussisterebbe a prescindere dal contratto e troverebbe la sua ragion d'essere all'interno del rapporto.

(110) In questo senso la maggioranza della dottrina ricordata *retro*, in note nn. 41 s.

Nei riguardi di un convincimento tanto radicato è però lecito nutrire qualche dubbio, ulteriore rispetto a quelli già prospettati, proprio a partire dalla sequenza logico-giuridica del ragionare di quanti hanno ritenuto configurabile un contratto nel quale la prestazione di lavoro è sottoposta a una duplice determinazione unilaterale (la richiesta di prestazione, da un lato; dall'altro, la risposta positiva della controparte) (111). Una duplice condizione potestativa, si può precisare sulla scorta di quanto detto in precedenza.

L'ipotesi da cui occorre muovere è quella, meno complessa, in cui la condizione potestativa è una sola ed è pattuito l'obbligo di risposta. Se il contratto è sottoposto a condizione che il datore di lavoro effettui la chiamata, dopo la richiesta al lavoratore il rapporto produrrà gli effetti tipici di un contratto di lavoro, sino al termine dell'erogazione della prestazione inizialmente pattuita: questo discende dalle regole di diritto comune (art. 1360 cod. civ.) e questo è ciò che si evince dalla disciplina contenuta nell'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 276/03 (112). Prima della chiamata, prima dell'avverarsi della condizione, il rapporto è in fase di pendenza e la chiamata non è altro dall'evento futuro e incerto in cui consiste la condizione: che tale evento sia una manifestazione di volontà è un dato che non può rilevare come tale, o, meglio, è un dato già discusso nelle pagine che precedono e per il quale è da escludersi la possibilità di considerarlo una volizione integrativa del contratto iniziale (113). In altri termini, l'atto volontario di una delle parti è un elemento di fatto, l'evento dedotto in condizione, in cui sono rilevanti taluni tratti assunti come dati: la determinazione di chiedere la prestazione, il tempo e il luogo della medesima, il preavviso dovuto (114).

Nell'ipotesi topica, in cui non sia pattuito l'obbligo di risposta, si devono necessariamente distinguere due sotto-ipotesi. Se si dà una risposta positiva alla chiamata, le due manifestazioni di volontà integrano due distinti eventi dai quali, ove avvengano in sequenza, dipende la produzione degli effetti del contratto di lavoro, per il tempo, secondo l'orario

(111) Cfr. P. Bellocchi, *op. cit., loc. cit.* Così anche R. Del Punta, *op. cit.*, pp. 13-15.

(112) Così P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., pp. 591 ss.; R. Del Punta, *op. cit.*, p. 13; M. G. Mattarolo, *op. cit.*, pp. 47 ss.; R. Roméi, *op. cit.*, pp. 426 ss.

(113) Vedi, in relazione alla vendita a prova, A. Falzea, *op. cit.*, pp. 7 s.; per l'estraneità alla fattispecie dell'evento dedotto in condizione (nella specie: evento costituito da una manifestazione di volontà) vedi R. Sacco, *op. cit.*, pp. 136 s.

(114) Sull'atto volontario di una delle parti come evento dedotto nella condizione potestativa cfr. R. Sacco, *op. cit.*, p. 148.

e con le modalità stabilite. Le due distinte manifestazioni di volontà sono separate fra loro e non si integrano affatto in un accordo né danno luogo a un consenso alla prestazione, configurandosi invece – ciascuna per proprio conto, ma in sequenza – come fonti autonome dell’obbligo di effettuare la prestazione (115). Se, all’opposto, la risposta alla chiamata è negativa (o non sussiste come risposta positiva), manca il verificarsi dell’evento dedotto nella seconda condizione (necessaria affinché si producano gli effetti pattuiti), non sorge alcun obbligo di effettuare la prestazione e il rapporto continua a trovarsi in stato di pendenza.

Tuttavia, durante la fase di pendenza il rapporto sussiste e perdura la relazione tra le parti; così come perdura dopo la cessazione del periodo in cui la prestazione è effettuata (in ottemperanza all’obbligo pattuito o alla scelta operata dal prestatore di lavoro). Perché l’assetto di interessi che è stato voluto con il contratto condizionato comporta che il «fabbisogno» del datore di lavoro – che, nel comune contratto di lavoro, come tutti i motivi dell’atto, è esterno alla volontà contrattuale – sia qui elemento interno alla struttura della fattispecie: rilevante nella vita del rapporto, tale da sussistere per un periodo di tempo che non coincide con quello per il quale è effettuata la richiesta di prestazione e che non viene meno definitivamente al termine di tale periodo, sia o no effettuato il lavoro, perché il fabbisogno può insorgere nuovamente. Un assetto di interessi, si può aggiungere, che di norma è tale da operare in ciascuno dei rapporti di lavoro a chiamata senza obbligo di risposta che – come è logico che avvenga – siano stipulati (per ciascuna posizione lavorativa) dal datore di lavoro per far fronte alle proprie possibili esigenze discontinue (116). Mentre, sull’opposto versante, per il lavoratore è

(115) Nella volizione del datore di lavoro rilevano gli stessi elementi già visti per l’ipotesi di chiamata con obbligo di risposta; la volizione del prestatore d’opere rileva invece come evento, al cui verificarsi sorge l’obbligo di effettuare la prestazione. La dottrina che, pure, ipotizza l’esistenza di un iniziale contratto di lavoro (anche se diverso dal contratto di cui all’art. 2094 cod. civ.) nella fattispecie di lavoro intermittente senza obbligo di risposta ipotizza invece, per solito, che la chiamata e la risposta positiva diano luogo a un vero e proprio accordo, integrativo del contratto: cfr. P. Bellocchi, *Le aporie...*, cit., specie pp. 583, 586, 598.

(116) Attraverso gli elementi accidentali del contratto, l’interesse individuale – il motivo dell’agire – «penetra nella struttura del negozio e acquista una mediata rilevanza»: così F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali...*, cit., pp. 193 s. L’esistenza di tale interesse, assieme all’onere della attività lavorativa, da sopportare per acquisire il diritto alla retribuzione, è ciò che rende non meramente potestativa la condizione consistente nella risposta positiva alla chiamata: cfr. le annotazioni generali di R. Sacco, *op. cit.*, p. 149.

altrettanto durevole l'esigenza – anch'essa introdotta nella struttura del contratto – di prestare il proprio lavoro remunerato in tutti i casi ove la prestazione sia compatibile con la propria oggettiva disponibilità individuale; così che essa permane integra anche dopo l'eventuale rifiuto, nel quadro di una relazione con la quale il lavoratore, comunque, attribuisce ad altri la possibilità di utilizzare le proprie energie lavorative.

Di certo, però, nella fase di pendenza la relazione fra le parti ha una operatività limitata, pur se bisogna parlare di pendenza e non di mera sospensione del rapporto (117). Per usare le parole dell'ultimo comma dell'art. 38, il lavoratore «non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati e né matura alcun trattamento economico e normativo»: a mente dell'art. 1358 cod. civ., per la parte che si è impegnata a lavorare (sotto condizione) sussiste esclusivamente il dovere di comportarsi secondo buona fede (118). Opera pertanto l'obbligo di non divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione e il divieto di stornare la clientela, non certo l'obbligo di non svolgere attività in concorrenza oggettiva con quella del datore di lavoro (stante la possibile pluralità di impieghi e la possibilità che il lavoratore eserciti il proprio mestiere in forma autonoma o parasubordinata) (119). Non sussistono invece quelle posizioni soggettive, dall'una e dall'altra parte, che sono connesse alla corrispettività che lega prestazione di lavoro e re-

Quella ricordata sembra essere l'ipotesi più comune (vedila nel caso deciso da Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842, cit.): come per i moto-fattorini e per i camerieri di bar e ristoranti, i contratti stipulati dall'imprenditore sono ben più numerosi dei posti di lavoro disponibili e la «chiamata» o è effettuata dal datore di lavoro, oppure è autogestita dal gruppo dei prestatori d'opere in funzione della disponibilità di ciascuno di essi.

(117) Come se il rapporto non potesse produrre interionalmente i suoi effetti tipici per sopravvenuta anomalia temporanea del sinallagma funzionale.

(118) Così ancora R. Sacco, *op. cit.*, p. 154.

L'obbligo di correttezza e buona fede è enfatizzato da chi ne richiama l'operatività al fine di costruire un dovere di rispondere alla chiamata anche nel sottotipo ove questo non è pattuito: così De Angelis, *op. cit.*, pp. 179 s.; il richiamo forte a un tale obbligo coglie tuttavia nel segno ove si vedano le implicazioni dell'uso arbitrario e scorretto della facoltà di non rispondere alla chiamata: l'iterazione, protratta per un tempo significativo e/o ingiustificata, del rifiuto di prestare il proprio lavoro, la reiterata irreperibilità o atteggiamenti consimili sono evenienze tali da incidere sulla funzionalità del rapporto e, comunque, tali da determinare il non avverarsi della condizione, con conseguente cessazione del rapporto. Sul carattere speciale della disciplina prevista per il licenziamento cfr. R. Romei, *op. cit.*, pp. 431 ss.

(119) Nel silenzio della legge, ritiene siano operanti tutti gli obblighi accessori, e segnatamente l'obbligo di fedeltà, M. Roccella, *Manuale di Diritto del lavoro. Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*, Torino, 2008, p. 176.

tribuzione. Tali diritti, precisa il comma 2 dell'art. 38, vengono a esistenza solo quando è erogata l'attività lavorativa e maturano in misura proporzionale alla durata di tale erogazione (120).

In particolare, non sussiste l'obbligo di disponibilità, cioè l'obbligo di «essere a disposizione» del datore di lavoro secondo la nozione desumibile dalla disciplina che, in un ordine d'idee consolidato, regola l'orario di lavoro (121). Né sussiste l'obbligo di disponibilità come disciplinato da taluni contratti, nei quali è prevista, e retribuita, la reperibilità del lavoratore in aggiunta al normale orario di lavoro (122).

Su questo aspetto non manca qualche malinteso. Si è sostenuto che oggetto del contratto di lavoro intermittente, la sua caratteristica saliente se fosse garantita una «effettiva chiamata», se fosse assicurata l'effettività della richiesta del datore di lavoro, «sembrerebbe il mettersi a disposizione, la situazione di attesa» in cui versa lo *stand by worker* (123). A onta delle insistite precisazioni sulla «messa a disposizione» delle energie lavorative come mera modalità di esecuzione della prestazione di lavoro, si ripropone, dunque, un ordine d'idee all'interno del quale proprio tali modalità si confondono con l'oggetto del contratto di lavoro dipendente; oggetto che – secondo un modo di vedere che si coglie sotto traccia anche in altri commenti alla disciplina in esame – sarebbe proprio lo «stare a disposizione»: un *facere* dal basso contenuto di attività, ma tale da identificare il nucleo minimo essenziale del contenuto della prestazione dovuta dal prestatore d'opere (124).

(120) Cfr. M. G. Mattarolo, *op. cit.*, p. 13. Sui diritti previdenziali, e sul loro maturare disagevole nel lavoro a comando, specie in relazione alla pensione contributiva, vedi S. Renga, *op. cit.*, pp. 265 ss.

(121) L'equazione fra lavoro e lo stare a disposizione del datore di lavoro è nell'art. 1, comma 2, lett. a, d.lgs. 8 aprile 2003 (e successive modificazioni); peraltro l'ordine di idee che ispira la disciplina è risalente: vedi L. De Litala, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1937, pp. 252 ss.

(122) Vedi, su entrambe le ipotesi menzionate, R. Del Punta, *Riforma Biagi...*, cit., p. 14.

(123) Cfr., anche per gli argomenti richiamati oltre, nel testo, M. G. Mattarolo, *op. cit.*, pp. 5 ss.: l'assenza di un obbligo di prestazione a richiesta del datore di lavoro è il dato che impone di cogliere l'elemento di novità della disciplina nella intermittenza della utilizzazione del lavoro.

(124) La discussione della tesi che individua nella «messa a disposizione» del lavoro l'oggetto del contratto è in V. Speciale, *Mora del creditore e rapporto di lavoro*, Bari, 1992, pp. 16 ss. Che il «mettere a disposizione» della controparte le energie lavorative attenga alla valutazione di ciò che costituisce adempimento, e non invece alla soluzione di problemi distinti e ulteriori quali quelli relativi all'oggetto del contratto di lavoro.

In altri termini, si ritiene che nel sottotipo con obbligo di risposta lo «stare a disposizione», in attesa delle richieste e dei comandi del datore di lavoro, identifichi la fase detta appunto «di attesa», tipica di questo schema contrattuale e contrapposta alla fase di lavoro. Mentre nel sottotipo senza la pattuizione dell'obbligo di risposta sarebbe assente proprio il mettere a disposizione della controparte la propria forza lavoro. Come se, nello stadio di pendenza del rapporto, il mancato prodursi degli effetti tipici del contratto non discenda invece – in entrambi i sottotipi – dal mancato verificarsi degli eventi dedotti in condizione (la chiamata oppure la chiamata e la risposta positiva); quegli eventi idonei, essi soli, a far sorgere, in capo al lavoratore, l'obbligo di porsi a disposizione della controparte per effettuare la prestazione pattuita (125).

Il *proprium* del lavoro a chiamata non sta nel «porsi a disposizione» della controparte, secondo le parole iniziali della definizione contenuta nell'art. 33 del d.lgs. n. 276/03. Il pattuire la dipendenza della propria attività – e della propria persona – dall'altrui potere di disposizione è il tratto che è connotato del contratto di lavoro subordinato in quanto tale: perché lo scambio regolato da questo tipo contrattuale ha come oggetto quello di «obbedire, entro certi limiti, agli ordini» che verranno impartiti dalla controparte nel corso del rapporto (126).

Il lavoro secondo il fabbisogno ha come carattere fisionomico, che lo caratterizza come rapporto speciale, la peculiarità dei limiti al potere di supremazia del datore di lavoro: la «possibilità» di utilizzare la prestazio-

ro subordinato, è affermato anche da chi poi identifica proprio tale oggetto con il mettersi a disposizione della controparte: cfr. M. Bin, *Sospensione del lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, Torino, 1974, pp. 29 s. (anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 52 ss.).

(125) L'assenza di prestazione (anche della prestazione consistente nel mettere la forza lavoro a disposizione della controparte) nella fase di attesa è sottolineata da R. Del Punta, *op. cit.*, p. 14. La distinzione fra la messa a disposizione delle energie di lavoro, perché su di esse si eserciti il potere direttivo e di conformazione del creditore, e la dipendenza, propria del lavoro subordinato, è un dato acquisito in dottrina, almeno a livello teorico: cfr. P. Ichino, *Subordinazione e autonomia...*, cit., pp. 84 ss., specie p. 97.

(126) Dal momento che la peculiarità del contratto di lavoro consiste nell'indicare solo in termini generali, al momento della stipulazione, il servizio che verrà reso, mentre è «lasciata per una data successiva la specificazione esatta dei dettagli»: cfr. R. H. Coase, *op. cit.*, pp. 79 s.

Sulla dipendenza, che coinvolge la persona del prestatore d'opere, cfr. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, in *Les voies du droit*, Puf, Paris, 1994, pp. 51 s., e p. 62. Appaiono pertanto fondate le critiche all'usuale configurazione dell'oggetto del contratto di lavoro come prestazione di *facere*: cfr. M. Fabre Magnan, *op. cit.*, pp. 104 s.

ne lavorativa ai sensi dell'art. 33, ovvero la «intermittenza» dell'obbligo di lavorare disciplinata dagli artt. 36 ss. del d.lgs. n. 276/03 (127). La prestazione di lavoro è pertanto discontinua: viene effettuata a intervalli non regolari, come conseguenza della sospensione degli effetti tipici del contratto di lavoro sino all'avverarsi degli eventi dedotti nelle condizioni ivi previste; si svolge in un intervallo di tempo che può avere anch'esso una durata variabile – se così è pattuito – mentre deve essere effettuata nell'orario e secondo le modalità prefissate (128).

(127) Sottotipo e, dunque, contratto speciale di lavoro: così R. Del Punta, *op. cit.*

(128) Il riferimento è alla doppia condizione della chiamata e della risposta positiva; alla condizione unica della chiamata, ove siano pattuiti indennità di disponibilità e obbligo di risposta.

Susanna Ferrario (*)

RAPPRESENTANZA, ORGANIZZAZIONE
E AZIONE SINDACALE DI TUTELA
DEL LAVORO AUTONOMO CARATTERIZZATO
DA DEBOLEZZA CONTRATTUALE ED ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. — 2. L'organizzazione e azione collettiva come possibile risposta alla debolezza dei lavoratori autonomi coordinati ed economicamente dipendenti. — 3. Quale disciplina costituzionale è applicabile a tale associazionismo? — 4. Effettività delle tutele e applicabilità dei Titoli I e II Stat. lav. — 5. *Segue*: L'inapplicabilità del Titolo III Stat. lav.... — 6. *Segue*... e la discussa applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. — 7. Considerazioni conclusive.

1. — *Cenni introduttivi* — La crisi, in atto ormai da alcuni decenni, del modo di produzione cd. taylorista-fordista ha portato le imprese a un complessivo rinnovamento delle proprie strutture organizzative: per rispondere alle necessità imposte dal consumo de-massificato e dalla concorrenza globale, molte (1) tra le fabbriche fordiste hanno scelto di ridurre le proprie dimensioni, sostituendo la centralizzazione verticale con modelli organizzativi devverticalizzati e dematerializzati.

Parallelamente, l'applicazione del principio «zero scorte» anche alla «materia prima lavoro» (2), nonché il ricorso ai cd. *soft management*

(*) Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano.

(1) Diverse sono le opinioni circa la reale portata dei cambiamenti intervenuti: se per alcuni Autori le trasformazioni sembrerebbero ben lungi dal rovesciare il rapporto tra lavoro *standard* e non *standard* (M. Dau, *Oltre la concertazione?*, Le Monnier, Firenze, 2001, IX; G. Altieri, C. Oteri, *Rapporto sul lavoro atipico in Italia*, Ires, Roma, 2003, e Cnel, *Rapporto sul mercato del lavoro 2002*, Roma, 2003), per altri, invece, l'incremento del terziario e delle professioni avanzate avrebbe sancito la crisi dei settori produttivi tradizionali e più fortemente sindacalizzati [T. Boeri, A. Brugiavini, L. Calmfors (a cura di), *Il ruolo del sindacato in Europa*, Università Bocconi Editore, Milano, 2002, p. 5]. Limitandosi allora all'analisi delle statistiche e con specifico riferimento alla situazione italiana delle sole collaborazioni (tema che qui più interessa), si rileva che nel 2005 l'Inps ha quantificato i collaboratori (*ex art. 2, comma 26, legge n. 335/1995*) attivi (infatti, da tale anno il calcolo attiene a persone fisiche e non più a mere posizioni contributive) e, pertanto, iscritti alla Gestione separata in 1.475.111 unità. Per un approfondimento si veda P. Di Nicola e I. Mingo (a cura di), *I Lavoratori attivi iscritti alla Gestione Separata Inps*, in www.nidil.cgil.it.

(2) Cfr. A. M. Chiesi, *Le trasformazioni dei contenuti del lavoro*, A. M. Chiesi, I. Regalia, M. Regini, *Lavoro e relazioni industriali in Europa*, La Nuova Italia Scientifica,

tools (3), ha consentito alle imprese in esame di limitare l'organico dei propri dipendenti ai soli addetti al *core business*. Quelle che erano specializzazioni interne sono così divenute lavori nuovi, esterni benché non estranei all'impresa (4), rendendo assai più difficoltoso distinguere tra un'area (quella interna) improntata a un rapporto di potere e di gerarchia tra imprenditore e salariati, e un'area (quella esterna) in cui le relazioni negoziali sono sempre state percepite come paritarie (5). In particolare, è emerso un lavoro genuinamente autonomo (6) ma carat-

Roma, 1995, p. 47; nonché C. Lazzari, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 4 ss., la quale spiega come Toyota sia stata la prima fra le industrie a elaborare e a mettere in pratica la produzione snella (*lean*); nonché ad applicare la cd. logica del *customer care* al mercato delle automobili.

(3) È quel coordinamento a intensità variabile che, grazie anche (se non soprattutto) alle innovazioni tecnologiche, ha potuto sostituire la subordinazione gerarchica.

(4) È questo il fenomeno della «terziarizzazione interna», la quale consiste nell'«affidamento di un segmento del processo produttivo a un'impresa appaltatrice o subfornitrice operante nella stessa unità produttiva in cui opera la committente». Così P. Ichino, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, *Relazione* alle Giornate di studio dell'Aidlass, Trento 4-5 giugno 1999, in www.aidlass.org.

(5) In proposito R. Voza, *Interessi collettivi, Diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004, specialmente p. 17 e pp. 190 ss., ripropone la dizione anglosassone di *factory without walls*.

(6) Riferendosi allo spazio giuridico europeo, A. Perulli, *Studio sul lavoro economicamente dipendentelavoro parasubordinato*, in www.europarl.europa.eu, a p. 8, afferma che «va rilevato che il finto lavoro autonomo è concettualmente diverso dal lavoro economicamente dipendente. [...] Questi due fenomeni richiedono risposte diverse da parte del sistema giuridico»: «mentre il secondo riguarda l'applicazione della legislazione in vigore», diversamente «il primo richiede l'interpretazione (o aggiornamento) dei criteri utilizzati nella definizione del lavoro subordinato». E, infatti, anche nel nostro paese, si è iniziato a ricondurre il lavoro economicamente dipendente all'area dell'autonomia da quando si è affermato che «ogni attività umana, di per sé considerata, può formare oggetti di un rapporto di natura sia autonoma sia subordinata» (Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 2, e Cass. 10 maggio 2003, n. 7171, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 5; Trib. Milano, 10 novembre 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 329), e che solo l'eterodirezione è elemento realmente discreto tra autonomia e subordinazione (da ultimo, Cass. 24 febbraio 2006, n. 4171, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 2). Esemplificativa di quanto detto è la vicenda degli operatori dei *call centers* (su cui si veda, *ex multis*, M. Zanotelli, U. Huws, *L'industria dei call center: quando il lavoro diventa bad job*, in www.lavoce.info; A. Maresca, L. Carollo, *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore call center*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, pp. 675 ss.), che (si veda Circolare ministeriale n. 17/2006) devono essere necessariamente qualificati come subordinati qualora il contratto preveda che il lavoratore operi unicamente *in bound*, residuando invece una possibilità (invero minima per Circolare ministeriale n. 8/2008) che il rapporto di lavoro *out bound* si estrinsechi in una prestazione genuinamente au-

terizzato da coordinamento con l'altrui organizzazione produttiva (7) e, spesso, da debolezza «contrattuale» ed economica (8): si tratta di prestatori che, essendo privi di elevate qualifiche professionali e offrendo prestazioni prettamente manuali, risultano incapaci sia di imporre al committente, in sede di stipulazione del contratto individuale, (alcuna

tonoma. Ma, sul punto, si veda anche la più risalente vicenda dei *pony express*, che la giurisprudenza, oggi maggioritaria, qualifica come lavoratori autonomi qualora non siano vincolati all'obbligo di rispondere alle chiamate del committente. E, infatti, in dottrina, A. Perulli, *Il Diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 183, parla di «moderni uomini di fatica» e di *working poor* prendendo ad esempio proprio i *pony express*, i *promoters*, i *merchandisers*, nonché i collaboratori editoriali.

(7) È opinione di chi scrive che il lavoro a progetto comporti la presenza, in capo al committente, di un potere di coordinamento, che può avere a oggetto la determinazione sia del «tempo» (*rectius*, di fasce orarie in cui il lavoratore possa scegliere quando prestare la propria opera) che del «luogo» dell'esecuzione, ma non delle modalità di esercizio che, *ex artt.* 61, comma 1, e 62, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 276/2003 (nonché Circolari ministeriali n. 1/2004, n. 17/2006, n. 4/2008, e n. 8/2008), devono essere state predeterminate nel progetto allegato al documento negoziale. Così 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 n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 311. *Contra* quegli Autori per cui la coordinazione imporrebbe al lavoratore di scegliere modalità di adempimento tali da soddisfare costantemente nel tempo il raccordo tra la serie dei risultati utili e l'interesse, ancorché mutevole, del committente medesimo (P. Sandulli, *In tema di collaborazione autonoma coordinata e continuativa*, in *Dir. lav.*, 1982, I, p. 257; G. Santoro Passarelli, *Il lavoro «parasubordinato»*, F. Angeli, Milano, 1979, p. 69; R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 201; nonché E. Ghera, *La subordinazione e i rapporti atipici nel Diritto italiano*, in *Aa.Vv.*, *Du travail salarié au travail indépendant: permanence et mutations*, Cacucci, Bari, 2003, il quale esplicitamente parla di «autocoordinamento» del lavoratore rispetto alla struttura organizzativa del committente); e quegli Autori per cui la coordinazione comporterebbe la presenza, in capo al committente, di un potere di coordinamento «che dal potere direttivo si differenzia solo per il carattere meno penetrante» (G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro. Costituzione e svolgimento*, in *Enc. giur. lav.*, Cedam, Padova, 1982, p. 46; G. Pera, *Rapporti cd. di parasubordinazione e rito del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 422 ss.; G. Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pp. 668 ss., e *Idem*, *Rapporti di lavoro e tipo. Considerazioni critiche*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 140 ss.; nonché, seppur con alcuni distinguo, L. Nogler, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro nell'impresa*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 109).

(8) Come evidenziato da M. T. Carinci, *Il dialogo fra Pino Santoro Passarelli e la dottrina. Dalla parasubordinazione al lavoro economicamente dipendente: la rivincita di un'idea*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pp. 907 ss., già G. Santoro Passarelli, *Il lavoro...*, cit., pp. 16 ss., sottolineava la rilevanza che può assumere la presenza di uno squilibrio di forza contrattuale tra le parti di un rapporto. Più recentemente R. Voza, *op. cit.*, p. 18, ha affermato come, a causa di tale duplice dipendenza, simili rapporti di lavoro auto-

del)le proprie condizioni (9), sia di frazionare i rischi (10) mediante l'acquisizione di una pluralità di commesse (11).

Tali debolezze non sembrano però poter trovare risposte nei recenti interventi legislativi e, in specie, nel d.lgs. n. 276/2003. Infatti, poiché il nuovo tipo contrattuale «lavoro a progetto» (12) nasce per «presidiare» l'autonomia dei lavoratori in esame (e porre così un termine all'abuso dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art.

nomo costituiscono dei «sostituti commerciali del lavoro subordinato, [...] sgravati del relativo statuto protettivo». Per completezza si sottolinea, però, che tale autonomia «debole» non sembra esaurire le nuove «forme» di lavoro autonomo (così M. Carrieri, *Sindacato in bilico*, Roma, Donzelli, 2003, p. 93, per il quale si avrebbero tre aree diverse: lavoro para-professionale; lavoro para-autonomo e, infine, lavoro para-dipendente). E in tale senso, del resto, depongono sia la normativa vigente (si vedano, per esempio, le divisioni interne alla «gestione separata» Inps), che alcuni disegni e progetti di legge nazionali [quali il d.d.l. «Amato-Treu» (A./S. n. 1872, XIV legislatura, presentato il 4 dicembre 2002)] e comunitari [quali lo «Statuto delle persone» ipotizzato già da A. Supiot (a cura di), *Au-dela de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes avec la collaboration de l'Université Carlos III de Madrid*, Flammarion, Paris, 1999, ed. italiana a cura di P. Barbieri ed E. Mingione, Carocci, Roma, 2003].

(9) I profili di consensualità risultano così fortemente ridotti: il committente, infatti, si trova a poter determinare unilateralmente non solo il progetto (si veda l'art. 61, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), ma (pur nel rispetto dei limiti ricordati *supra*, alla nota 7) anche la durata della prestazione, il corrispettivo e le forme di coordinamento del lavoratore a progetto: rielaborando i dati Ires-Cgil (G. Altieri, G. Ferrucci, F. Dota, *Donne e lavoro atipico, un incontro molto contraddittorio*, in *www.ires.it*, p. 51) si ricava che a fine 2006 solo il 15% dei collaboratori determinava in autonomia il proprio luogo di lavoro e solo il 38% dei collaboratori decideva autonomamente il proprio orario di lavoro.

(10) «La distorsione monopsonistica [...] colpisce [...] tipicamente il lavoratore che, prestando la propria attività in modo continuativo e prevalente o esclusivo per un unico committente e non frequentando abitualmente il mercato del lavoro, è esposto al rischio dell'impossibilità di scelta». Così P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, I, in A. Cicu, F. Messineo, *Tratt. dir. civ. e comm.*, 2000, 16, Giuffrè, Milano, il quale poco oltre soggiunge che «può ragionevolmente presumersi che la distorsione monopsonistica colpisca il lavoratore tanto meno gravemente quanto più elevato è il suo grado di professionalità e cultura o il suo livello di retribuzione». Così anche A. Vallebona, *Lavoro autonomo coordinato e Diritto sindacale*, in *Dir. lav.*, 2000, I, specialmente p. 314, e P. Sandulli, *op. cit.*, p. 259.

(11) Nel 2006 Ires-Cgil rilevava come oltre il 91% degli iscritti-attivi al fondo Inps cd. 10/12% lavorava in un regime di mono-committenza (G. Altieri, G. Ferrucci, F. Dota, *Donne e lavoro atipico...*, cit.).

(12) Come noto, la definizione dei termini progetto e programma non è univoca, essendo contrastanti persino le circolari ministeriali (si veda V. Filì, *Il lavoro a progetto nelle circolari del Ministero del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2006, pp. 853 ss.). In

409, n. 3, cod. proc. civ.) (13), le tutele e garanzie dettate dal legislatore hanno portata solo minimale (14).

2. — *L'organizzazione e azione collettiva come possibile risposta alla debolezza dei lavoratori autonomi coordinati ed economicamente dipendenti* — Pertanto, preso atto che nella legislazione ordinaria non si hanno tutele adeguate e che tali collaboratori non riescono a costruirsi delle garanzie idonee nemmeno in sede di contrattazione individuale, non resta che valutare se essi possano trovare risposte alla debolezza che li stigmatizza nella rappresentanza collettiva degli interessi.

In effetti, l'analisi del dato reale rivela la presenza di organizzazioni che, già da alcuni anni, si rivolgono al lavoro «post-fordista» anche autonomo (15). Tra queste assumono particolare rilevanza le tre sigle (Nidil, Alai e Cpo) (16) nate per volontà di Cgil, Cisl e Uil.

giurisprudenza hanno chiarito come il progetto o il programma debbano lasciare margini di autonomia al collaboratore e, al contempo, caratterizzarsi per la specificità (incompatibile con fenomeni di standardizzazione dei contratti medesimi), sì da rendere possibile distinguere lo scopo aziendale dai fini perseguiti dal collaboratore: Trib. Torino 5 aprile 2005, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 321; Trib. Milano 10 novembre 2005 e Trib. Ravenna 25 ottobre 2005, entrambi in *Giust. civ.*, 2006, p. 1605; Trib. Modena (ord.) 21 febbraio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 477; Torino 17 maggio 2006, in *Or. giur. lav.*, 2006, p. 335; nonché Cons. Stato 3 aprile 2006, n. 1743, in *Or. giur. lav.*, 2006, p. 104, per cui nel lavoro a progetto «è il risultato che si pone al centro del tipo normativo». Invece, per un'analisi dello stato della materia si vedano Aa.Vv., *Lavoro a progetto: primo bilancio*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, pp. 617 ss.; e F. Lunardon, *Il lavoro a progetto*, in *Dir. lav. comm.*, 2007, II, p. I, specialmente pp. 58 ss.

(13) Si veda l'art. 69, d.lgs. n. 276/2003.

(14) Si vedano gli artt. 63 e 66, d.lgs. n. 276/2003.

Una conferma indiretta di tale dato deriva dall'estrema esiguità del volume di controversie relative al lavoro autonomo: secondo Ires-Cgil (Progetto di ricerca sull'attività degli uffici vertenze della Cgil, in *www.ires.it*, Roma, maggio 2008, pp. 50 s.) sono solo il 2,07% del totale dei procedimenti esauriti nel 2004.

(15) Per esempio, la Cisl (Confederazione italiana sindacati autonomi lavoratori) e il Sape (Sindacato attività professionali emergenti) che l'8 aprile 1998 hanno stipulato un «contratto collettivo nazionale per le collaborazioni coordinate e continuative» (in *Dir. prat. lav.*, 1998, f. 24, p. 1592), il cui contenuto induce però ad ascriverlo alla categoria dei «contratti pirata» (così già F. Scarpelli, *Autonomia collettiva e autonomia individuale nella regolazione del rapporto dei lavoratori parasubordinati*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 561).

(16) Per una panoramica si veda l'«intervista» ai rappresentanti di tali organizzazioni in S. Scarponi, F. Bano, *Forum sul tema*, in *Lav. dir.*, 1999, n. 4, pp. 635 ss.; nonché le analisi di T. Vettor, *Le ricerche empiriche sul lavoro autonomo coordinato e continuativo e le nuove strutture di rappresentanza sindacale Nidil, Alai, e Cpo*, in *Lav. dir.*,

Venendo allora a un'analisi più puntuale, si constata come il soggetto dotato di maggiore peculiarità sia *Nuove Identità lavoro* (17), che – sola tra le nuove rappresentanze – ha scelto di rivolgersi «esclusivamente» ai lavoratori somministrati o parasubordinati (18).

L'*Associazione dei lavoratori atipici e interinali* (Alai) è stata invece costituita nella primavera del 1998 a iniziativa della sola Cisl per rappresentare, oltre al «nuovo lavoro», anche la cd. area del «non lavoro» (lavoratori socialmente utili e di pubblica utilità e titolari di borse lavoro, di tirocini formativi e di piani di inserimento professionali) (19).

Completamente diversa è infine la storia del *Coordinamento per l'occupazione dei lavoratori atipici* (Cpo), il quale è stato approntato da Uil come servizio confederale per la sindacalizzazione dei disoccupati, degli inoccupati e degli iscritti nelle liste di mobilità e, solo nel 1998, ha deciso di rivolgersi anche ai lavoratori atipici (essenzialmente somministrati e a progetto) (20).

Le confederazioni tradizionali hanno dunque svolto un ruolo piuttosto incisivo nella costituzione delle nuove organizzazioni (21), che si riflette anche oltre il mero momento genetico (22): già la scelta di rappresentare soggetti dagli interessi tanto disomogenei (23) (scelta ri-

1999, pp. 619 ss.; M. Mascini, *I nuovi soggetti delle relazioni industriali. Cgil-Nidil*, in *Lav. inf.*, 2000, n. 4, pp. 11 ss.; C. Lazzari, *op. cit.*, specialmente pp. 58 ss.

(17) Sebbene la delibera di costituzione risalga al marzo 1998 e la presentazione ufficiale all'8 maggio 1998, Nidil in realtà nasce da Cca (Collaboratori e consulenti associati), un'organizzazione costituita nel 1995 per rappresentare i co.co.co. e i professionisti.

(18) Si veda l'art. 1 della Carta costitutiva di Nidil, in www.cgil.it/1bacheca.

(19) Si veda l'art. 3 dello Statuto Alai, in www.cisl.it/alai.

(20) Si veda in www.uil.it/cpo.

(21) Rilevano l'assenza di iniziativa della base A. Vallebona, *Profili sindacali del lavoro parasubordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 109, e F. Liso, in Aa.Vv., *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Programma Socrates, Cacucci, Bari, 2003, p. 91.

(22) Cesare Minghini (in M. Mascini, *op. cit.*, specialmente p. 17), coordinatore nazionale di Nidil, sottolinea la rilevanza del sostegno, anche finanziario, che proviene da Cgil.

(23) Disomogeneità che, come evidenziato da M. Carrieri, *Come regolare i nuovi lavori*, in *Lav. inf.*, 1999, p. 15, deriva anche dal non agire nell'ambito di un determinato settore merceologico. Per una critica a tale approccio «inclusivista» si veda D. Gottardi, *Questioni aperte sulle strategie sindacali*, in *Lav. dir.*, 1999, n. 4, p. 649, specialmente p. 651; S. Scarponi, F. Bano, *Presentazione*, in *Lav. dir.*, pp. 543 ss.; A. Vallebona, *Profili...*, cit., p. 109; L. Bellardi, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, in *Dir. rel. ind.*,

scontrabile anche nel caso di Nidil, che pure, in virtù delle sue più risalenti origini, ha operato una minima selezione) va ricondotta alla volontà delle citate confederazioni di evitare attriti con la propria base tradizionale (24).

Ma l'influenza che Cgil, Cisl e Uil hanno sulle nuove organizzazioni emerge con chiarezza anche dall'analisi delle strutture di queste ultime: paradigmatico è il caso di Nidil, che, a livello centrale (25), si articola in un Coordinamento nazionale significativamente nominato tramite «co-promozione» dal comitato direttivo confederale nazionale di Cgil, e in una Segreteria nazionale (organo esecutivo) nominata su proposta dello stesso Coordinamento co-promosso (26). Peraltro, considerato che anche gli uffici, gli strumenti e, molto spesso, il personale a disposizione di Nidil provengono dalla Cgil, non sembra del tutto peregrino configurare l'organizzazione in esame come una delle tante federazioni che compongono la struttura confederale di Cgil (27).

Tale «vicinanza» tra le nuove organizzazioni e le vecchie confederazioni diviene poi particolarmente evidente laddove si vada ad analizzare la contrattazione collettiva (aziendale) (28) posta in essere dalle prime (29): se già i nominativi dei soggetti stipulanti (significativamente a

2005, pp. 82 ss.; A. M. Grieco, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 53 ss.

(24) D. Gottardi, *op. cit.*, p. 655, significativamente parla di «permanente ritrosia del sindacato a rappresentare e tutelare i soggetti "forti"».

(25) Ma il modello è riproposto anche a livello locale dove si riscontra la presenza di un Coordinamento territoriale co-promosso e di una Segreteria.

(26) Si veda il documento conclusivo della prima Assemblea nazionale di Cgil-Nidil e gli artt. 5 ss. della Carta costituyente licenziata in tale sede (entrambi in www.nidil.cgil.it). Quanto alle strutture (similari) di Alai e Cpo si veda, oltre agli Statuti delle due organizzazioni, C. Lazzari, *op. cit.*, p. 118, specialmente nota 289, e T. Vettor, *op. cit.*, pp. 619 ss.

(27) E simili conclusioni sembrano potersi trarre anche per Alai e Cpo nei confronti, rispettivamente, di Cisl e Uil.

(28) Gli unici contratti collettivi di livello nazionale rinvenuti (si veda in www.cnel.it) sono dei contratti fotocopia del già citato contratto «pirata» (si veda *supra*, nota 17) stipulato da Cisl e Sape l'8 aprile 1998. Si tratta in particolare dei Ccnl stipulati il 29 ottobre 2000 da Unpec (Unione nazionale professioni emergenti e collaborazioni), il 4 aprile 2000 da Faica (Federazione autonoma italiana collaboratori aziendali), e, infine, il 3 ottobre 2000 da Ale-Ugl (Associazione lavori emergenti aderente alla Confederazione unione generale del lavoro).

(29) Tutti gli accordi collettivi stipulati da Nidil, Alai e Cpo e citati nel prosieguo sono rinvenibili in www.nidil.cgil.it.

contrattare sono sempre Nidil e Cgil, Alai e Cisl, Cpo e Uil) (30) suggeriscono l'assenza di reale autonomia delle nuove organizzazioni, i contenuti degli accordi ne costituiscono testimonianza indubbia.

Infatti, detti accordi, pur muovendo dalla riaffermazione dell'autonomia del collaboratore (31), cercano comunque di (32): imporre la forma scritta per la stipulazione del contratto di collaborazione (33); stabilire un diritto di prelazione o di preferenza a favore dei collaboratori in caso di nuove collaborazioni, nonché (nel caso in cui l'altra parte contraente sia la p.a.) un punteggio da attribuire alla collaborazione svolta; imporre la mensilità (o bimestralità) e la post-numerazione del corrispettivo; determinare il *quantum* del corrispettivo attraverso tabelle (talvolta di cottimo) appositamente predisposte, oppure utilizzando quale parametro sia il compenso previsto dal Ccnl, sia la retribuzione corrisposta dal committente ai propri dipendenti per casi o mansioni similari; definire dei meccanismi di penalità per il caso di pagamento ritardato; riconoscere un'indennità di fine mandato variabile dal 2% al 6,5% del compenso corrisposto; apporre al recesso del committente vincoli procedurali (34) (comunicazione scritta, preavviso, indennità di fine rapporto, obbligo di indicare una motivazione) e, soprattutto, sostanziali (giustificatazza del recesso) (35); consentire an-

(30) Ma non solo, alle volte l'accordo viene stipulato direttamente dalle tre Confederazioni, mentre Nidil, Alai e Cpo si limitano ad aderire (si veda, ad esempio, l'Accordo del 5 maggio 2003 intercorso tra Aninsei e Cgil, Cisl e Uil scuola e Snals-Conf. Sal, con l'adesione di Nidil-Cgil, Alai-Cisl, Cpo-Uil). Altre volte ancora invece Nidil, Alai e Cpo appaiono firmatarie dell'Accordo al pari di Filcams Cgil, Uiltucs Uil e Fisacat Cisl o di Sic-Cgil e Uilcom Uil o, ancora, di Fp Cgil, Fps Cisl e Fpl Uil ecc.

(31) Ciononostante, per la quasi totalità dei contratti, gli orari e le modalità di esecuzione (pur autonomamente definiti dal collaboratore) devono risultare coordinati con le esigenze del committente e degli altri collaboratori. Si ha, quindi, un contrasto di esigenze che la maggior parte degli accordi risolve attribuendo al collaboratore la facoltà di individuare delle fasce orarie in cui operare (è l'orario «rilevante» ma «non essenziale» che si ritrova nelle Circolari ministeriali n. 17/2006 e n. 8/2008).

(32) È da notare che i contratti maggiormente «incisivi» sono quelli stipulati con le amministrazioni pubbliche o con committenti le cui ingenti dimensioni consentono ai collaboratori lo sviluppo di una vera coesione.

(33) La contrattazione collettiva ripropone così quanto previsto dall'art. 3 del d.d.l. Smuraglia (A./S. n. 2049, XII legislatura).

(34) Al collaboratore è invece generalmente consentito di recedere con preavviso (variabile tra 10 e 60 giorni) e invio di comunicazione scritta (raccomandata A/R), così parzialmente riproponendo la tradizionale disparità di disciplina che caratterizza il recesso (licenziamento/dimissioni) nel rapporto di lavoro subordinato.

(35) Generalmente la contrattazione collettiva richiede la presenza di una giusta causa così riproponendo almeno in parte l'art. 3, comma 1, d.d.l. Smuraglia nella ver-

che ai collaboratori di accedere ai corsi di formazione e aggiornamento che il committente predispone per i propri dipendenti; disciplinare le ipotesi di sospensione (36) (malattia, infortunio, gravidanza, ma anche congedi parentali, congedi matrimoniali, gravi motivi personali, e riposo «psico-fisico») (37) anche imponendo al committente la corresponsione di (parte) del corrispettivo o, in alternativa, la stipulazione di assicurazioni *ad hoc*, nonché, se possibile, la proroga del termine finale (38).

Quasi tutti gli accordi esaminati prevedono poi che i collaboratori siano titolari di diritti sindacali che, ove specificati, si sostanziano nella possibilità di: partecipare alle assemblee (per lo più subendo una corrispondente decurtazione del corrispettivo); eleggere propri rappresentanti che collaborino con le Rsu; partecipare all'elezione del rappresentante per la sicurezza; disporre di una bacheca per le comunicazioni sindacali; in due casi (39) (su circa 120 accordi vagliati) è stato addirittura esplicitamente riconosciuto il diritto di sciopero.

Pare quindi piuttosto evidente che gli accordi collettivi stipulati sono essenzialmente protesi a estendere il più possibile al lavoro autonomo coordinato le tutele tipiche del lavoro subordinato, dando così «adito al sospetto che si intenda avallare un'omologazione strisciante alla disciplina del lavoro subordinato» (40). Un sospetto, questo, che rende particolarmente difficile negare che per Nidil, Alai e Cpo i lavoratori coordinati caratterizzati da dipendenza sostanziale

sione licenziata dal Senato, nonché il vigente art. 67, comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

(36) Come noto, l'art. 66, commi 1-3, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, prevede solo sospensioni limitate nel tempo, non retribuite e comunque non comportanti proroga (salvo il caso della maternità).

(37) La durata (generalmente 1 mese ogni 12) e la finalità di quest'ultimo (consentire al collaboratore il recupero psico-fisico) non sembrano lasciare dubbi circa il fatto che si tratta dell'equivalente delle ferie. E del resto l'Accordo quadro per la collaborazione coordinata e continuativa, intervenuto il 31 gennaio 2002, e applicato nel progetto «c.o.l.» del Comune di Roma, indica proprio il termine «ferie».

(38) Per un'ulteriore analisi degli accordi collettivi stipulati da Nidil, Alai e Cpo si veda C. Lazzari, *op. cit.*, pp. 141 ss.

(39) Si tratta dell'Accordo stipulato il 9 luglio 2002 dalla Società Cooperativa a r.l. Pesaro e da Nidil Cgil e Filcams Cgil; e dell'Accordo unitario sottoscritto nel 1999 dal Comune di Cattolica, dall'Rsu dell'ente e dall'Ufficio provinciale del lavoro con Nidil-Cgil, Alai-Cisl e Cpo-Uil.

(40) Così U. Romagnoli, *Rappresentare la cittadinanza industriale*, in *Lav. dir.*, 1999, p. 549; ma si veda anche A. Vallebona, *Profili...*, cit., p. 109; B. Caruso, *Le nuove frontiere della rappresentanza sindacale*, in *www.lex.unict.it*.

siano sempre stati, almeno in potenza, dei lavoratori da ricondurre alla subordinazione (41).

Tale convinzione non sembra però condivisa dalla totalità di detti lavoratori: infatti, una vasta parte di costoro ha scelto di non votare quando si è trattato di ratificare tramite *referendum* gli accordi di stabilizzazione (42) stipulati dalle organizzazioni di rappresentanza (43) in attuazione dell'art. 1, commi 1202-1210, legge n. 296/2006, cd. Finanziaria 2007 (nonché del d.l. n. 248/2008, convertito in legge n. 31/2008, che ha prorogato i termini al 30 settembre 2008).

Rimane comunque il dubbio che il non-voto sia stato dettato anche (o forse soprattutto) dalla situazione di debolezza economico-sostanziale in cui versano tali collaboratori (oltre che dalla volontà di difendere la propria «non subordinazione»). Del resto i dati dicono che (salvo i rari casi in cui il committente è un'azienda di notevoli dimensioni, o una pubblica amministrazione, e i collaboratori sono centinaia) questi lavoratori si rivolgono a Nidil, Alai e Cpo solo come singoli e solo quando il committente recede, non rinnova o non adempie correttamente al contratto di collaborazione (44).

(41) La dottrina maggioritaria sembra condividere (seppur con toni meno accesi) l'opinione di U. Romagnoli, *Rappresentare...*, cit., p. 549, per il quale Nidil, Alai e Cpo sarebbero nate solo per consentire a Cgil, Cisl e Uil di «catturare il diverso e il disperso». Così F. Liso, in *Aa.Vv., Du travail salarié...*, cit., p. 91; L. Bellardi, *op. cit.*, p. 74; nonché D. Gottardi, *op. cit.*, p. 654, per cui «deve essere evitato con cura ogni possibile rischio di sovrapposizione con l'attività delle strutture sindacali più tradizionali».

(42) Tali accordi sono esclusivamente volti a trasformare (tramite atti di conciliazione individuale ex artt. 410 e 411 cod. proc. civ. e previo versamento alla gestione separata Inps da parte del datore di un contributo straordinario integrativo, su cui si vedano le Circolari Inps n. 78/2007 e n. 49/2008) rapporti di collaborazione (coordinata e continuativa o a progetto) in rapporti di lavoro subordinato della durata non inferiore a ventiquattro mesi (si veda la Circolare ministeriale n. 8/2008, nonché, in dottrina, A. Maresca, L. Carollo, *op. cit.*, specialmente pp. 683 ss.).

(43) Significativamente al *referendum* per l'approvazione dell'Accordo per la stabilizzazione del 28 gennaio 2007 stipulato da Nidil con il Gruppo Almagora ha votato solo il 51,6% dei collaboratori aventi diritto e il 47,6% dei collaboratori totali presenti in azienda. Inoltre, addirittura il 20% dei votanti hanno espresso opinione negativa. Dati, questi, che peraltro non possono essere ritenuti viziati da una scarsa informazione dei lavoratori, visto che il *referendum* è stato preceduto da ben 13 assemblee di 2 ore ciascuna indette e gestite direttamente dalla Cgil.

(44) Le altre occasioni in cui i collaboratori si rivolgono a Nidil, Alai e Cpo consistono in consulenze relative alla fruizione di periodo di «riposo» in senso lato, alla corretta redazione del contratto di collaborazione/lavoro a progetto o, infine, all'assolvimento degli oneri fiscali.

3. — *Quale disciplina costituzionale è applicabile a tale associazionismo?* — Illustrato così il dato reale, rimane da chiarire se i lavoratori in esame e l'associazionismo emerso siano titolari della libertà assoluta (45) a carattere civile (46) e politico (47) delineata dall'art. 39, comma 1, Cost.

In proposito, innanzitutto si constata che, pur nell'assenza di una recente, netta pronuncia della Corte Costituzionale (48), in dottrina e giurisprudenza non sono ravvisabili interpretazioni volte a escludere dalla libertà di organizzazione e azione sindacale il lavoro autonomo, coordinato ed economicamente dipendente (49).

Per contro, depone a favore dell'applicabilità delle tutele di cui sopra anche ai collaboratori in esame la giurisprudenza costituzionale sul diritto di sciopero. Infatti, considerato che, «sebbene enunciati in due di-

(45) In quanto riferita a un complesso di interessi che vengono tutelati nei confronti dello Stato ma anche nei rapporti interprivati. Si veda, *ex multis*, U. Prosperetti, voce *Libertà*. IX) *Libertà sindacale*, b) *Premesse generali*, in *Enc. dir.*, 1974, XXIV, p. 498.

(46) Per tutti si veda G. Pera, voce *Libertà*. IX) *Libertà sindacale*, a) *Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, 1974, XXIV, p. 513.

(47) La varietà ed estensione dell'attività svolta dai sindacati, nonché la partecipazione sempre più intensa dei sindacati alle funzioni e alle istituzioni pubbliche, hanno reso la libertà affermata dall'art. 39, comma 1, Cost. anche una libertà politica. Cfr. G. Pera, voce *Libertà*, cit., p. 513; nonché U. Prosperetti, *La libertà sindacale*, in Mazzoni, Riva Sanseverino (diretto da), *Nuovo Tratt. dir. lav.*, Cedam, Padova, 1971, I, pp. 31 ss.

(48) Si annoverano, infatti, sentenze risalenti e solo latamente riferibili all'area di applicabilità dell'art. 39, comma 1, Cost. (si veda Corte Cost. 26 gennaio 1960, n. 1, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1; Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 141, in *Foro it.*, 1968, I, 8 ss.; Corte Cost. 17 dicembre 1975, n. 241, in *Giur. cost.*, 1975, p. 2878, e in *Mass. Giur. lav.*, 1975, p. 669).

(49) In dottrina si discute solo dell'applicabilità dell'art. 39, comma 1, Cost. ai datori di lavoro (a favore, *ex multis*, G. Pera, voce *Libertà*, cit., pp. 501 ss.; *contra, ex multis*, G. Santoro Passarelli, *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 170) e a quelli, tra i lavoratori autonomi, che non risultano caratterizzati da alcun profilo di dipendenza (affermano l'applicabilità del solo art. 18 Cost.: A. Topo, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *Lav. dir.*, 1997, p. 203; L. Menghini, *L'estensione dalle udienze da parte degli avvocati e il problema dell'estendibilità del diritto di sciopero oltre la subordinazione*, in *q. Riv.*, 1997, II, p. 89; F. Santoni, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in *Dir. lav.*, 1999, I, p. 1; nonché A. M. Grieco, *Libertà...*, cit., pp. 25-26). In giurisprudenza, ancora, Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, in *Not. giur. lav.*, 2006, 3, p. 278, ha sancito che «deve ritenersi che la tutela dell'associazionismo, del proselitismo e dell'attivismo, per finalità collettive di lavoro, anche se "parasubordinato" o autonomo, costituisca un'esigenza primaria, insita nel sistema, ancorché non codificata».

sinte norme, il principio della libertà di sciopero e il principio della libertà sindacale non possono non considerarsi logicamente congiunti» (50), e poiché, a seguito di Corte Costituzionale 17 luglio 1975, n. 222 (51), non può essere qualificata come serrata (costituendo esercizio del diritto di sciopero) l'astensione dal lavoro attuata, per finalità economico-politiche, da chi gestisce senza l'apporto di alcun dipendente, non si vede come si possa negare la titolarità dei diritti di cui agli artt. 39, comma 1, e 40 Cost. ai lavoratori autonomi coordinati ed economicamente dipendenti (52).

(50) Così Corte Cost. 4 maggio 1960, n. 29, in *Mass. Giur. lav.*, 1960, p. 108, e similmente Corte Cost. 15 dicembre 1967, n. 141, cit. In dottrina, in tale senso, si veda G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1977 (ed. invariata rispetto al 1966), e Idem, *Commento all'art. 39 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, 1979, p. 266; nonché E. Ghera, *sub artt. 15 e 16 Stat. lav.*, in U. Prosperetti (diretto da), *Comm. Stat. lav.*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 414. Per U. Romagnoli, *Commento all'art. 40 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, 1979, p. 301, e F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro. Il Diritto sindacale*, Torino, Utet, 2002, pp. 242 ss., il legame sarebbe tra gli artt. 40, 39, comma 1, Cost., e 3, comma 2, Cost. Invece, P. Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Padova, Cedam, 1998, p. 14, e G. Veneto, *L'autonomia collettiva nelle sentenze della Corte Costituzionale*, in R. Scognamiglio (ricerca diretta da), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, F. Angeli, 1978, pp. 346 ss., pur riconoscendo il legame tra gli artt. 39, comma 1, e 40, Cost., precisano che il diritto di sciopero non potrebbe farsi derivare dalla sola libertà di organizzazione sindacale. In senso parzialmente contrario quella dottrina che, rifiutando la concezione unilaterale della libertà di organizzazione sindacale, ritiene che gli artt. 39, comma 1, e 40, Cost. abbiano ambiti di applicazione differenti essendo solo il primo applicabile anche ai datori (così G. Pera, voce *Libertà*, cit., pp. 501 e 514).

(51) In *Foro it.*, 1975, I, c. 1569 (conformi Corte Cost. 24 marzo 1986, n. 53, in *Mass. Giur. lav.*, 1986, p. 449, e Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, in *Foro it.*, 1978, I, c. 1626). In precedenza, a favore della legittimità dell'astensione dei piccoli esercenti, Cnel, *Osservazioni e proposte sull'attuazione degli artt. 39 e 40 Cost.*, in *Foro it.*, 1961, IV, 167, nonché G. Pera, *Lo sciopero e la serrata*, in Ntdl, 1971, I, p. 587, e P. Rossi, *Lineamenti di Diritto penale costituzionale*, Palermo, Priulla, 1953, p. 130.

(52) Si noti che può aversi sciopero economico-politico solo laddove il prestatore operi in regime di mono-committenza o committenza ristretta e, quindi, abbia una controparte stabile verso cui rivolgere le proprie rivendicazioni (si veda M. T. Carinci, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2-bis, legge n. 146 del 1990*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, pp. 976 ss.). E in tale senso depongono, anche, le sentenze relative all'astensione degli avvocati, con cui la Corte Costituzionale ha ripetutamente affermato che nell'ordinamento esiste «un'area, connessa alla libertà di associazione, che è oggetto di salvaguardia costituzionale ed è significativamente più estesa rispetto allo sciopero», e che i professionisti possono ritenersi titolari del diritto di sciopero solo qualora «presentino quell'indice di "non indipendenza" che ne rivela la debolezza economica». Così, ai punti 3.1 e 3.5 della motivazione, Corte Cost. 27 maggio 1996, n. 171,

Venendo allora ad appurare se anche Nidil, Alai e Cpo rientrano tra i soggetti (collettivi) titolari della libertà di cui all'art. 39, comma 1, Cost., si ricorda innanzitutto che, per la dottrina unanime, tale disciplina di tutela compete solo alle organizzazioni che: (1) siano costituite, almeno in potenza (53), da un'aggregazione di soggetti (54) (cd. profilo strutturale); (2) perseguano la «tutela degli interessi collettivi di lavoro, in quanto avvertiti come comuni dai consociati e per la cui tutela è ritenuto indispensabile o maggiormente vantaggioso il ricorso all'organizzazione» (55) (cd. profilo teleologico); e/o (3) ricorrano a strumenti quali contrattazione collettiva e sciopero (56) (cd. profilo modale).

Condizioni, queste, che Nidil, Alai e Cpo sembrano ottemperare. Infatti, sebbene tali organizzazioni non possano vantare un'origine spontanea e tendano ad agire secondo modalità (che paiono) inadeguate (57), tuttavia cercano di rispondere alle fragilità che caratterizzano i lavoratori che rappresentano, sia stimolandone la coesione (si da favorire lo sviluppo di un vero interesse collettivo), sia agendo – peraltro tramite il più classico degli strumenti dell'azione sindacale, ovverosia la contrattazione collettiva – per la creazione di una prima tutela degli interessi connessi al rapporto di lavoro.

in *Giur. cost.*, 1996, p. 1552; analogamente già Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 114, in *Giur. cost.*, 1994, p. 970.

(53) Si veda G. Giugni, *Commento...*, cit., p. 266; nonché U. Prosperetti, *La libertà...*, cit., p. 19, il quale però attribuisce maggiore rilevanza alla necessità della forma solidale.

(54) Sull'utilizzo del termine «organizzazione» (in luogo del più specifico «associazione») si veda U. Romagnoli, voce *Associazione*. V) *Associazioni sindacali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, III.

(55) Così F. Scarpelli, *Le fonti e il contenuto del principio di libertà sindacale*, in *Dir. lav. comm.*, 1998, I, p. 15; similmente G. Giugni, *Commento...*, cit., p. 265; R. Flammia, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 8 e 61; G. Santoro Passarelli, *Sulla libertà...*, cit., p. 187; e P. Bellocchi, *op. cit.*, p. 17.

(56) G. Giugni, *Commento...*, cit., p. 274.

(57) S. Livadiotti, *L'altra casta*, Milano, Bompiani, 2008, pp. 17 ss., evidenzia come «secondo l'Ires [...] il 66,9% degli occupati *under 24* ha un lavoro non *standard*. La sigla creata dalla Cgil per rappresentarli, il Nidil, nel 2005 contava 22 mila e 320 iscritti. Era dunque riuscita a catturarne uno ogni 99». «Il 14% [dei giovani intervistati] confessa di non essersi iscritto perché l'attività delle confederazioni è troppo sbilanciata in difesa dei più anziani», e ciò per tre principali ragioni «Primo: la scarsa presenza dei giovani ai vertici delle confederazioni. Secondo: l'organizzazione troppo burocratica. Terzo: la scarsità di contatti con il mondo del lavoro atipico».

4. — *Effettività delle tutele e applicabilità dei Titoli I e II Stat. lav.* — Sancire l'astratta applicabilità degli artt. 39 e 40 Cost. ai collaboratori economicamente dipendenti e alle relative organizzazioni di rappresentanza non vale, però, a rendere concretamente azionabili tali garanzie. Il timore di ritorsioni del committente (tra cui, *in primis*, il mancato rinnovo del contratto) e l'assenza di una legislazione promozionale (58) inducono, infatti, i lavoratori in esame a non esercitare (pressoché) alcuno dei diritti sindacali che pure si è visto competere loro. Il che, da ultimo, comporta (e, come si è visto, ha comportato) lo sviluppo di un sindacalismo scarno e, soprattutto, geneticamente e funzionalmente legato alle confederazioni tradizionali.

Si crea, dunque, un circolo vizioso da cui sembra possibile uscire unicamente invocando le tutele in passato poste a presidio e incentivo dell'associazionismo sindacale del lavoro subordinato, ovvero sia i Titoli I e, soprattutto, II Stat. lav. (seppure con l'ovvia esclusione dell'art. 18).

E, del resto, poiché per la dottrina (59) e la giurisprudenza unanimi (60) tali disposizioni sono mera attuazione degli artt. 39, comma 1, e 40 Cost., non si vede per quale motivo le norme in esame non dovrebbero potersi applicare anche a quei collaboratori «deboli» che, come si è visto, sono titolari delle citate garanzie costituzionali (61). Del resto, a oggi non sembrano più condivisibili le conclusioni raggiunte da Corte Costituzionale 17 dicembre 1975, n. 241 (62), che ha ritenuto costituzionalmente legittimo limitare al solo lavoro subordinato l'applicabilità

(58) L'unico (scarno) riferimento all'associazionismo dei lavoratori a progetto si ha nell'art. 61, comma 4, d.lgs. n. 276/2003. Sul legame virtuoso (o vizioso) che sussiste tra presenza (o assenza) di operato legislativo e sviluppo di un associazionismo sindacale che rappresenti il lavoro coordinato economicamente dipendente si veda A. Accornero, *Dal fordismo al post-fordismo: il lavoro e i lavori*, in *Quad. rass. sind. Lavori*, 2001, n. 1, p. 7, e M. G. Garofalo, *Complessità del modo di produzione e possibilità di governo attraverso il Diritto del lavoro*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 200.

(59) Per tutti si veda G. Giugni, *Commento...*, cit., p. 264, il quale, osservando come il Titolo II sia significativamente rubricato «della libertà sindacale», afferma che le norme in esso contenute «non possono non avere l'ambito di applicazione generale che è proprio dell'art. 39 Cost.» (così Idem, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2001, p. 108).

(60) Si veda già Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *Mass. Giur. lav.*, 1974, pp. 1 ss., con nota adesiva di Tamburino.

(61) In tale senso C. Zoli, *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pp. 402 ss., e F. Scarpelli, *Le fonti...*, cit., 19; parzialmente critico è invece A. Vallebona, *Lavoro...*, cit., p. 314.

(62) In *Giur. cost.*, 1975, p. 2878.

dell'art. 14 Stat. lav. (nonché degli artt. 20, 27 e 28 Stat. lav.), muovendo dal presupposto (attuale nel 1975, ma appunto non oggi) che solo in costanza di subordinazione si realizzi un'effettiva e permanente inserzione dei lavoratori nell'organizzazione aziendale. E, infatti, sin dalla fine degli anni ottanta, la costante giurisprudenza di merito e legittimità afferma l'applicabilità di alcune norme dello Statuto dei lavoratori anche ai soci lavoratori di cooperative e, dunque, anche in presenza di lavoro non subordinato (63). Una linea, questa, che ha recentemente trovato conferma nell'operato del legislatore ordinario che, con l'art. 2, legge n. 142/2001, ha espressamente esteso l'applicazione (purché sia compatibile con le modalità della prestazione lavorativa) degli artt. 1, 8, 14 e 15 Stat. lav. (64) ai soci lavoratori *non subordinati* (65).

Ma allora, ragionando in termini sistematici, non si può che considerare costituzionalmente illegittime (per lesione del principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3, comma 1, Cost.) eventuali interpretazioni che, ancora oggi, escludessero dalle tutele in esame il lavoro autonomo «debole» non svolto da soci di cooperativa.

Pertanto, deve ritenersi che i collaboratori «deboli» siano legittimati a costituire associazioni sindacali, aderirvi e svolgere attività sindacale anche all'interno dei luoghi di lavoro (66) (art. 14 Stat. lav.), senza che il committente possa in alcun modo ingerirsi nella vita interna delle organizzazioni sindacali, tanto meno costituendo o sostenendo sindacati di comodo (art. 17 Stat. lav.). E la nullità colpirà qualsivoglia atto o comportamento del committente che discrimini (67) i lavora-

(63) Per una ricognizione della giurisprudenza si veda A. M. Grieco, *Libertà...*, cit., p. 76, e, per gli orientamenti antecedenti al 2001, G. Ricci, *Tendenze giurisprudenziali in materia di lavoro nelle cooperative: qualificazione del rapporto, competenza giurisdizionale trattamento retributivo, diritti sindacali*, in *Foro it.*, 2000, I, 913 ss.

(64) Per C. Zoli, *op. cit.*, p. 404, sarebbe implicitamente richiamato anche l'art. 17 Stat. lav.

(65) E del resto il d.d.l. Smuraglia estendeva ai rapporti cd. co.co.co. proprio i diritti di cui agli artt. 1, 5, 8, 14 e 15 Stat. lav.

(66) Ovviamente rispettando i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. (sulla vigenza degli stessi nel rapporto di lavoro Cass. 3 marzo 1967, n. 512, in *Mass. Giur. lav.*, 1967, p. 365), e senza pregiudicare il normale svolgimento dell'attività aziendale, come sancito dall'art. 26 Stat. lav. (Cass. 19 agosto 1986, n. 5089, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, f. 8-9, ha chiarito come tale limite sia «specificazione di un principio di ordine generale»).

(67) E, del resto, «nelle Direttive comunitarie di seconda generazione [ovverosia Direttive n. 2000/43/Ce; n. 2000/78/Ce; n. 2002/73/Ce; n. 2004/113/Ce] i divieti di discriminazione divengono una sorta di minimo comune denominatore applicabile sia

tori in ragione della loro adesione a organizzazioni sindacali, della loro attività sindacale o del loro esercizio del diritto di sciopero (artt. 15 e 16 Stat. lav.).

Ma non solo. Sembra, infatti, corretto ritenere che i lavoratori in esame siano titolari anche delle garanzie di cui all'art. 26 Stat. lav., in quanto, per unanime opinione dottrinale (68) e giurisprudenziale (69), il diritto di fare proselitismo e raccogliere contributi, seppur sancito nel Titolo III dello Statuto, costituisce un profilo strutturale essenziale della libertà sindacale.

5. — Segue: *L'inapplicabilità del Titolo III Stat. lav.*... — Parte della dottrina ritiene, poi, che i lavoratori autonomi «deboli» e il relativo associazionismo siano titolari anche dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. (70).

Tale conclusione pare però eccessiva. Infatti, come ripetutamente affermato dalla Corte Costituzionale, «la protezione accordata dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alle organizzazioni sindacali si articola su due livelli. A un primo livello, comune a tutte, viene assicurata la libertà di associazione e di azione sindacale, che comprende altre importanti garanzie, quali la tutela contro atti discriminatori, anche sotto forma di trattamenti economici collettivi, la libertà di proselitismo e collettaggio (artt. 15, 16, 26), l'accesso ad altri importanti diritti di esercizio collettivo, come quelli sanciti dagli artt. 9 e 11. A garanzia del libero sviluppo di una normale dialettica sindacale stanno poi il divieto di sindacati di comodo (art. 17) e la tutela – per le organizzazioni a dimensione nazionale – contro la condotta antisindacale del datore di lavoro (art. 28).

al lavoro subordinato che al lavoro autonomo» (L. Corazza, *Le attività autonome nella Carta dei diritti fondamentali e nelle fonti di Diritto internazionale pattizio, Le attività autonome*, a cura di L. Nogler, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 108-109). Sull'applicabilità, nell'ordinamento italiano, dei divieti di discriminazione oltre la subordinazione si veda Cass. 26 maggio 2004, n. 10179, in *Lav. prev. oggi*, 2004, n. 11, pp. 1839 ss., nonché d.lgs. n. 145/2005.

(68) Per G. Giugni, *Diritto sindacale*, cit., 2001, pp. 107 ss., l'art. 26 Stat. lav. «sfugge alla logica selettiva del Titolo III dello Statuto»; similmente F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *op. cit.*, 2002, p. 116; F. Basenghi, *I limiti legali e contrattuali all'esercizio dei diritti sindacali*, in *Dir. lav. comm.*, 1998, I, p. 180; nonché F. Scarpelli, *La libertà sindacale nei luoghi di lavoro*, in *Dir. lav. comm.*, 1998, I, pp. 20 ss.

(69) Si veda Corte Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *Foro it.*, 1992, I, 30; similmente Cass. 6 giugno 1986, n. 3778, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 305.

(70) R. Voza, *op. cit.*, p. 126; A. M. Grieco, *Libertà...*, cit., pp. 78-79.

Il secondo livello esprime la politica promozionale perseguita dal legislatore al precipuo fine di favorire l'ordinato svolgimento del conflitto sociale, e comporta una selezione dei soggetti collettivi protetti fondata sul principio della loro effettiva rappresentatività. A essi sono attribuiti diritti ulteriori idonei a sostenerne l'azione, come quelli di tenere assemblee, disporre di locali, fruire di permessi retribuiti (artt. 20, 23, 27) ecc.» (71).

Le previsioni di cui al Titolo III Stat. lav. costituiscono, dunque, un *quid pluris* rispetto alle tutele garantite dall'art. 39, comma 1, Cost. e dagli artt. 14 ss. Stat. lav.: le misure di sostegno all'attività sindacale nei luoghi di lavoro configurate dalle norme in esame «danno vita, in testa al soggetto tutelato, a pretese configurabili come diritti soggettivi verso un altro soggetto, l'imprenditore, sul quale gravano gli obblighi corrispondenti» (72). E ciò con l'ulteriore precisazione che i diritti sanciti dagli artt. 20 ss. Stat. lav. non sono nemmeno soggetti al principio di salvaguardia del «normale svolgimento dell'attività aziendale» di cui all'art. 26 Stat. lav. (73).

Considerata, allora, la capacità invasiva dei diritti in esame e la loro riconosciuta «ulteriorità» rispetto alle previsioni costituzionali, nonché la conseguente legittimità delle limitazioni soggettive e oggettive poste dal legislatore ordinario, si deve concludere che le tutele di cui al Titolo III Stat. lav. non possono – in assenza di un'esplicita indicazione del legislatore – essere estese oltre l'area del lavoro subordinato (74), neppure se le organizzazioni rappresentanti tali lavoratori siano firmatarie del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

6. — Segue:... e la discussa applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. —
Esclusa l'applicabilità del Titolo III, resta da chiarire se gli organismi lo-

(71) Così Corte Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, cit. Confermano tale orientamento Corte Cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 447; Corte Cost. (ord.) 18 ottobre 1996, n. 345, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3030; Corte Cost. (ord.) 23 maggio 1997, n. 148, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1616; e Corte Cost. (ord.) 26 marzo 1998, n. 76, in *Giur. cost.*, 1998, p. 750. Ma riconosce l'«ulteriorità» del Titolo III già Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 54, cit.

(72) Così G. Giugni, *Diritto sindacale*, cit., 2001, p. 95.

(73) F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *op. cit.*, 2006, p. 113, e G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il Diritto sindacale*, Bologna, Zanichelli, 1992, p. 49. Per Cass. 3 aprile 1993, n. 4032, in q. *Riv.*, 1993, II, p. 278, il limite *ex art.* 26 Stat. lav. non è applicabile al diritto di assemblea (art. 20 Stat. lav.).

(74) Del resto, pare significativo che molti degli accordi collettivi a oggi stipulati da Nidil, Alai e Cpo sanciscano l'applicabilità di alcuni dei diritti sindacali (*in primis*, assemblea e *referendum*) in origine tipizzati dal Titolo III dello Statuto dei lavoratori.

cali di Nidil, Alai e Cpo possano ricorrere al giudice *ex art. 28 Stat. lav.*, affinché quest'ultimo, nei due giorni successivi, convochi le parti, assuma sommarie informazioni e, infine, ordini, con decreto motivato e immediatamente esecutivo, la cessazione della condotta antisindacale eventualmente posta in essere dal committente e la rimozione degli effetti conseguenti a detta condotta (75).

A un primo esame, la risposta sembrerebbe negativa: la norma è, infatti, esplicita nell'individuare nel datore di lavoro l'unico soggetto passivo della procedura in esame.

Tuttavia, tali conclusioni non paiono più così scontate laddove si analizzi meglio il citato art. 28 Stat. lav.

Secondo l'interpretazione oggi maggioritaria, detto articolo, fornendo una definizione solo teleologica dell'elemento oggettivo «condotta antisindacale» (76), configura una norma meramente processuale volta a reprimere tanto gli atti giuridici quanto i comportamenti materiali (77) (anche omissivi e/o non intenzionali) (78) che risultino ledere l'interesse collettivo del sindacato (79), sì da garantire l'effettività di tutti e soli i diritti *aliunde* già riconosciuti (80). L'art. 28 Stat. lav. costituisce,

(75) Per un'analisi dei profili processualistici si vedano G. Villani, *Aspetti processuali*, in *Dir. lav. comm.*, 1998, I, pp. 415 ss.; E. Silvestri, M. Taruffo, voce *Condotta antisindacale*. II) *Procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1997, VIII.

(76) Già la relazione «Brodolini» al disegno governativo di legge (riportata in A. Freni, G. Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 121) sottolineava la volontà di riuscire a reprimere tutte «quelle pratiche limitative (dell'azione sindacale), tanto più insidiose in quanto difficilmente definibili, che possono essere attuate dal datore di lavoro, titolare di interessi antagonisti a quelli di cui le associazioni professionali dei lavoratori sono naturali portatori». Per completezza si ricorda poi che alla fattispecie aperta di cui all'art. 28 Stat. lav. occorre aggiungere le due ipotesi di cui all'art. 7, legge n. 146/1990, e all'art. 47, legge n. 428/1990 (come modificato dall'art. 2, d.lgs. n. 18/2001).

(77) Si veda G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Il Diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 926.

(78) Si veda Cass., Ss.Uu., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, p. 541.

(79) Laddove il comportamento antisindacale leda anche l'interesse del singolo (cd. condotta plurioffensiva) quest'ultimo potrà agire in giudizio anche autonomamente. Si veda A. Freni, G. Giugni, *op. cit.*, p. 118; M. G. Garofalo, *Commento all'art. 28 Stat. lav.*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, diretto da G. Giugni, Giuffrè, Milano, 1979, p. 482.

(80) Da ultimo, si veda G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *op. cit.*, specialmente pp. 926 ss., nonché Cass. 27 agosto 2002, n. 12584, in *Or. giur. lav.*, 2002, p. 691, che ha nuovamente affermato la portata meramente processuale della norma in

dunque, «la chiave di volta che assicura nella sua attuazione pratica la credibilità dei principi stessi e di gran parte delle statuizioni contenute nello Statuto» (81), nonché di quei diritti e libertà che già il Costituente aveva affermato con gli artt. 39, comma 1, e 40 Cost. (82).

Ma allora, considerato che, come si è già avuto modo di vedere, i suddetti diritti e libertà competono anche ai lavoratori coordinati economicamente dipendenti, non si vede per quale motivo gli organismi locali dei sindacati nazionali rappresentanti detti lavoratori non possano accedere alla speciale tutela processuale in esame (83).

Un'esclusione, quest'ultima, che diviene ancor meno ragionevole laddove si constati che «la previsione di un procedimento nuovo rispetto a quelli preesistenti, con decisi caratteri di sommarietà e urgenza, è stata il frutto di una scelta sostanzialmente obbligata da parte del legislatore, in re-

esame. Al contrario, in passato la dottrina risultava divisa tra quegli Autori (L. Riva Sanseverino, *Parere pro veritate sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Or. giur. lav.*, 1970, pp. 371 ss.; A. Aranguren, *A proposito di una peculiare interpretazione dell'art. 28 dello «Statuto dei lavoratori»*, in *Mass. Giur. lav.*, 1970, pp. 538 ss.; nonché, seppure in senso parzialmente critico, G. Zangari, *Legittimazione processuale del sindacato e repressione della condotta antisindacale nella legge 20 maggio 1970, n. 300*, in *Mass. Giur. lav.*, 1970, pp. 451 ss.) che, muovendo dalla natura collettiva degli interessi che l'art. 28 Stat. lav. tutela, ne limitavano l'applicabilità ai soli diritti sanciti dal Titolo III Stat. lav., e quegli Autori [G. Santoro Passarelli, *Diritto soggettivo e interesse legittimo dei sindacati al rispetto della libertà nei luoghi di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1973, pp. 3 ss.; V. Simi, *Repressione della condotta antisindacale*, in U. Prosperetti (diretto da), *Comm. Stat. lav.*, Giuffrè, Milano, 1975, t. II, pp. 930 ss.; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. cit.*, 1987, p. 282; nonché R. Scognamiglio, voce *Condotta antisindacale. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1998, VIII, e Idem, *Considerazioni sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in q. *Riv.*, 1971, I, pp. 169 ss.] che, fornendo un'interpretazione opposta, ritenevano che la norma avesse portata anche sostanziale e, quindi, oltre a tutelare i diritti sindacali già riconosciuti dallo Statuto o da altra legge ordinaria, nonché dalla Costituzione, ne creasse di nuovi.

(81) Così G. Ghezzi, voce *Statuto dei lavoratori*, in *Nov. dig. it.*, 1971, XVIII, p. 418, similmente A. Freni, G. Giugni, *op. cit.*, p. 121, e P. Sandulli, *op. cit.*, p. 283. Ma si veda anche Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 334, in *Foro it.*, 1988, I, 1774, per la quale «la garanzia del libero sviluppo di una normale dialettica sindacale è assicurata dallo Statuto [...] anche e soprattutto attraverso il fondamentale strumento di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro previsto dall'art. 28».

(82) Così G. F. Mancini, *Sul metodo di alcuni giuristi della sinistra extraparlamentare*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 99 ss.; similmente, *ex multis*, M. G. Garofalo, *Commento...*, cit., p. 461, e M. Persiani, *Condotta antisindacale, interesse del sindacato, interesse collettivo e interesse individuale dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 549, per il quale l'art. 28 Stat. lav., attuando gli artt. 39 e 40 Cost., contribuirebbe altresì alla piena realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 3, comma 2, Cost.

(83) Si veda P. Sandulli, *op. cit.*, p. 283; C. Zoli, *op. cit.*, pp. 402 ss.

lazione all'esigenza di non vanificare in partenza l'effettività della tutela dei diritti sindacali» (84).

Del resto, non sembra impedire l'estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. nemmeno la restrizione dei soggetti legittimati attivi ai soli «organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse» (85). Infatti, sebbene la selezione presenti una *ratio* analoga a quella che anima l'art. 19 Stat. lav. (86), tuttavia non può sfuggire la profonda diversità della modalità attuativa, la quale, essendo «calibrata» sul carattere meramente processuale della tutela in esame, è meno rigorosa (87) e, quindi, non vale da sola a escludere dalla tutela i sindacati dei lavoratori coordinati economicamente dipendenti.

E, peraltro, non pare insormontabile nemmeno la lettera dell'art. 28 Stat. lav.

Infatti, se pure tale articolo individua espressamente nel datore di lavoro il soggetto passivo del procedimento, tuttavia sembra potersi ritenere che l'evoluzione di nuovi rapporti di lavoro (caratterizzati, pur in

(84) G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *op. cit.*, p. 925. Similmente M. G. Garofalo, *Commento...*, cit., p. 459. Peraltro si sottolinea che la nuova vitalità assunta dall'art. 700 cod. proc. civ. non rende la scelta in esame meno obbligata: infatti, se pure si ammettesse che il sindacato può agire ai sensi di tale norma per tutelare il proprio interesse collettivo, tuttavia non potrebbe sfuggire come il ricorso all'istituto in esame necessiti di presupposti ben più pregnanti (assenza di altre misure cautelari utilizzabili; presenza di *fumus boni iuris ac periculum in mora*) delle sommarie informazioni di cui all'art. 28 Stat. lav. e, oltretutto, conduca a esiti solo provvisori (si veda G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. cit.*, 1987, p. 283). Il provvedimento emesso dal giudice, infatti, va inquadrato nella tutela cautelare e, pertanto, sebbene sia strutturato secondo la tecnica dell'anticipazione (e quindi possa presentare un contenuto non solo conservativo, ma anche anticipatorio), ha una natura meramente strumentale, ovvero sia volta ad assicurare che nelle more del giudizio ordinario il diritto vantato non subisca un pregiudizio irreparabile (C. Mandrioli, *Diritto processuale civile. L'esecuzione forzata. I procedimenti speciali non cognitivi*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 294 ss.). Natura strumentale che, a seguito dell'avvenuta abrogazione (ex art. 89, comma 1, legge n. 353/1990) dell'art. 702, comma 2, cod. proc. civ., è solo affievolita e non completamente rimossa, come dimostrato dalla perdurante applicabilità ai procedimenti ex 700 cod. proc. civ. degli artt. 669-ter, quater e quinquies cod. proc. civ.

(85) Così l'art. 28, comma 1, Stat. lav.

(86) Ovverosia, limitare l'accesso al *quid pluris* di garanzie, sì da evitare, per dirla con G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. cit.*, 1987, p. 285, «una pletora indiscriminata di ricorsi». Peraltro, si noti che l'affinità è solo nella *ratio* selettiva; infatti, poiché l'art. 28 Stat. lav. apre il Titolo IV dello Statuto dei lavoratori, un'eventuale limitazione della condotta antisindacale ex art. 19 Stat. lav. sarebbe contraddittoria «sul piano topografico» (M. Persiani, *op. cit.*, p. 546).

(87) Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 334, cit.

assenza di subordinazione, da coordinamento con la struttura aziendale altrui e da dipendenza economica) abbia prodotto nell'ordinamento una lacuna colmabile solo tramite il ricorso all'*analogia legis* (88) e, quindi, estendendo l'applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. anche al committente dotato di potere di coordinamento che operi con lavoratori caratterizzati da debolezza sostanziale (89).

A definitiva conferma di quanto detto, si sottolinea poi che, sebbene la problematica in esame non sia stata quasi mai vagliata dalla giurisprudenza (90), tuttavia la Corte di Cassazione, già nel 1986, ha sancito l'applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. al lavoro coordinato economicamente dipendente (91). Una posizione, questa, ripresa e ulteriormente articolata nel 2005, quando, con la sentenza 19 ottobre 2005, n. 20197 (92), la Suprema Corte ha affermato che «la libertà sindacale, intesa quale possibilità di associarsi e assumere iniziative al fine di perseguire inte-

(88) Infatti, la norma che nasce come eccezionale (*rectius*, in questo caso, particolare, in quanto riferita al solo datore di lavoro) diviene suscettibile di applicazione analogica (nonostante il divieto di cui all'art. 14 disp. gen.) qualora l'evoluzione politico-giuridica faccia venire meno l'eccezionalità stessa. Così P. Trimarchi, *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 13, e L. Caiani, voce *Analogia*. b) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, 1958, II, p. 370. Sul procedimento analogico si veda, altresì, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Utet, Torino, I, 1987, p. 321; M. S. Giannini, *L'analogia giuridica*, Jus, 1941, I, pp. 516 ss.; invece, per una ricostruzione storica del procedimento analogico, si veda V. Piano Mortari, voce *Analogia*. a) *Premessa storica*, in *Enc. dir.*, 1958, II, pp. 344 ss. Infine, sulla possibilità di ricorrere al procedimento analogico per identificare la disciplina dei rapporti di parasubordinazione si veda G. Santoro Passarelli, *Il lavoro...*, cit., specialmente pp. 117 ss.

(89) In tale senso P. Sandulli, *op. cit.*, p. 283; C. Zoli, *op. cit.*, pp. 402 ss. *Contra* G. Ghezzi, U. Romagnoli, *op. cit.*, 1987, p. 290; U. Romagnoli, *Commento all'art. 28 Stat. lav.*, in *Commentario Scialoja-Branca allo Statuto dei lavoratori*, 1972, specialmente p. 416; e G. F. Mancini, *op. cit.*, p. 106; A. M. Grieco, *Libertà...*, cit., pp. 78-79; e A. Vallebona, *Lavoro...*, cit., p. 314.

(90) La quale ha invece ripetutamente sancito la non applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. contro eventuali condotte antisindacali assunte o perorate da associazioni di datori di lavoro (si veda Pret. Roma 27 gennaio 1986, in *Mass. Giur. lav.*, 1986, pp. 366 ss.).

(91) Il riferimento è a Cass. 19 marzo 1986, n. 1914, in *Mass. Giur. lav.*, 1986, pp. 364 ss., per la quale la *ratio* che anima lo Statuto dei lavoratori, e di cui l'art. 28 è espressione, comporta che la speciale procedura delineata da quest'ultimo «si estenda fino a ricomprendere [...] i lavoratori parasubordinati e i relativi sindacati». Similmente già Pret. Venezia (decr.) 14 novembre 1983, in *Giust. civ.*, 1984, I, pp. 980 ss., aveva sancito che anche un sindacato di medici convenzionati (il Sumai) può ricorrere *ex art.* 28 Stat. lav.

(92) In *Not. giur. lav.*, 2006, 3, p. 278.

ressi comuni di tutela e miglioramento delle condizioni di lavoro, non può ritenersi prerogativa esclusiva dei lavoratori subordinati, in un sistema, come quello vigente, nel quale il “lavoro”, nella sua accezione più ampia (la stessa alla quale fa riferimento l’omnicomprensiva intitolazione del libro quinto del codice civile), costituendo il principale fondamento socio-politico della Repubblica (art. 1 Cost.), deve ritenersi riconosciuto e incoraggiato in tutte le sue forme e manifestazioni. [...] In tale ottica l’atto unilaterale ritorsivo, determinato da movente antisindacale [...] è da ritenersi illecito, ove risulti che con lo stesso sia stata posta in essere, come nella specie dedotta dalla ricorrente, una vera e propria rappresaglia trasversale» (93).

7. — *Considerazioni conclusive* — In virtù di quanto emerso, sembra possibile affermare che il lavoro autonomo coordinato ed economicamente dipendente sia titolare non solo dei diritti di cui agli artt. 39, comma 1, e 40 Cost., ma anche di quel complesso di tutele che il legislatore ordinario ha posto per garantire a tali diritti la piena effettività.

Si tratta di conclusioni potenzialmente capaci di mutare profondamente le rappresentanze esistenti: l’espressa garanzia (oltretutto presidiata da specifiche sanzioni) della libertà sindacale all’interno dell’azienda potrebbe, infatti, indurre nei collaboratori lo sviluppo di una coesione che, a propria volta, potrebbe sfociare nella costituzione di rappresentanze adeguate non alle esigenze delle confederazioni tradizionali, ma alle necessità dei collaboratori medesimi (94).

Collaboratori che, alla luce dei dati statistici e dall’osservazione del concreto atteggiarsi del loro rapporto di lavoro, sembrano necessitare di un sindacato che persegua l’adozione di strategie volte a prevenire la dequalificazione professionale; che agisca per conseguire corrispettivi minimi superiori alla media degli stipendi corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro dipendente e non derogabili *in peius*, sì da sopperire almeno parzialmente all’instabilità di impiego che caratterizza il collaboratore (95); e, infine, che si preoccupi di

(93) Così Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, cit.

(94) Sulle difficoltà di rappresentare lavoratori non riconducibili al paradigma «tradizionale» si veda, *ex multis*, già il documento Oil, *Rapporto sui sindacati nel mondo*, Ginevra, 1998.

(95) In tale senso solo gli Accordi stipulati da Cgil-Nidil, Alai-Cisl e Cpo-Uil rispettivamente in data 28 dicembre 2001, con il Ministero dei beni e le attività culturali, e in data 16 ottobre 2003, con l’amministrazione provinciale di Asti.

predisporre, o far predisporre idonei servizi per le fasi di difficoltà occupazionale (96).

Si tratta, cioè, di una rappresentanza degli interessi assai simile a quella delle origini, in cui la fornitura di servizi affiancava l'azione di *labour cartel* (97). E proprio muovendo dalla dimostrata capacità di tale sindacalismo di avvicinarsi a una pluralità differenziata di contratti, rapporti e luoghi di lavoro (98), la dottrina suggerisce l'adozione di strutture organizzative articolate sul mestiere (99) e sul territorio (100), in quanto questi ultimi configurano (per quanto attiene alle collaborazioni in esame) dei «luoghi» di aggregazione più idonei della fabbrica fordista (101).

(96) Per una completa disamina delle funzioni che i sindacati del futuro dovrebbero svolgere si veda P. A. Varesi, *Azione sindacale e tutela del mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 229.

(97) Sia le casse di mutuo soccorso che le casse edili, precedendo la trasformazione fordista, erano protese a porre rimedio alla precarietà dell'occupazione. Si veda L. Castelvetti, *Il Diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1995; D. L. Horowitz, *Storia del movimento sindacale in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 64 ss.

(98) Relativamente all'Italia, prendono ad esempio il fenomeno delle casse mutue e delle Camere del lavoro G. P. Cella, *Il sindacato*, Laterza, Bari, 1999, p. 59; nonché A. Supiot (a cura di), *op. cit.*, pp. 134 ss.

(99) A. Touraine, *Dall'antica alla nuova sociologia del lavoro*, in A. Varni (a cura di), *Alla ricerca del lavoro tra storia e sociologia: bilancio storiografico e prospettive di studio*, Rosenberg&Sellier, Torino, 1998, pp. 36-37, evidenzia come nell'odierna civiltà caratterizzata dalla discontinuità del lavoro «il mestiere costituisce un elemento di continuità, e quindi una condizione di identità personale». Adesivamente L. Zoppoli, *Lavoro, mercato, regole. Alla ricerca di nuovi equilibri*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, pp. 429-430. Ma sul tema si veda anche A. Accornero, *Il lavoro che cambia e la storicità dei diritti*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 320; Idem, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 1997, p. 198; Idem, *Spunti per un'agenda sui cambiamenti del lavoro*, *Dir. merc. lav.*, 2000, pp. 261 ss.; R. Voza, *op. cit.*, specialmente pp. 144 ss., e, da ultimo, C. Lazzari, *op. cit.*, p. 40.

(100) In tale senso R. Voza, *op. cit.*, p. 146; G. Ghezzi, *Intervento all'incontro svoltosi in occasione della nascita di Nidil-Cgil*, (Milano, 7 maggio 1998), in www.cgil.it/nidil/biblio, 1998, 3; C. Minghini, *Relazione all'incontro di programma organizzato da Nidil-Cgil sul tema Diritti, Riconoscimento, Cittadinanza* (Rimini, 6-7 maggio 1999), in www.cgil.it/nidil/attivita, 1999; A. M. Grieco, *Libertà...*, cit., p. 54. Per A. Supiot (a cura di), *op. cit.*, specialmente p. 102, e A. Lassandari, *La tutela collettiva nell'età della competizione globale*, in *q. Riv.*, 2005, I, specialmente pp. 308 ss., una simile organizzazione non varrebbe a escludere la possibilità di un affiancamento territorio/fabbrica, specie nel caso di grandi imprese infra-nazionali o trans-nazionali.

(101) Stando alla ricerca Ires-Cgil (G. Altieri, G. Ferrucci, F. Dota, *Donne e lavoro atipico...*, cit.) nel 2006 oltre l'80% dei contratti di collaborazione aveva una durata inferiore a 12 mesi (p. 31) e ben il 47% dei collaboratori lavorava meno di 30 ore settimanali (p. 52).

Maria Giovanna Greco ()*

GLI ENTI BILATERALI DOPO LA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Premessa: gli enti bilaterali nella prospettiva della riforma del mercato del lavoro. — 2. Evoluzione degli enti bilaterali: continuità o mutazione genetica? — 3. Modalità di costituzione e natura giuridica. — 4. Le funzioni «pubbliche» degli enti bilaterali: l'attività di intermediazione. — 5. *Segue*: La certificazione dei contratti di lavoro e gli istituti a sostegno del reddito. — 6. Enti bilaterali e libertà sindacale negativa.

1. — *Premessa: gli enti bilaterali nella prospettiva della riforma del mercato del lavoro* — A distanza di cinque anni dalla riforma del mercato del lavoro può essere utile riflettere sulle prospettive attuali del bilateralismo verificando quanto l'esperienza di questi anni abbia confermato dei paventati rischi di una deriva istituzionale e neocorporativa del sindacato ovvero delle speranze di una «nuova frontiera» dell'azione sindacale messi in luce, su versanti contrapposti, dai primi commentatori della riforma (1).

È innegabile che le molteplici e inedite competenze attribuite agli enti bilaterali dalla legge delega (legge n. 30 del 2003) e dal decreto attuativo (d.lgs. n. 276 del 2003) li hanno allontanati dalla «periferia delle relazioni industriali ove vivacchiavano da decenni» (2) per trasformarli in organismi di rilievo, destinati a suscitare nuovo interesse e curiosità.

Nella nuova disciplina del mercato del lavoro gli enti bilaterali diventano sedi privilegiate per lo svolgimento di una pluralità di funzioni che vanno dalla promozione di occupazione alla intermediazione nell'incontro fra domanda e offerta di lavoro, dalla programmazione di attività formative alla promozione di buone pratiche contro la di-

(*) Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi della Calabria.

(1) Cfr. i contributi apparsi sul n. 2 del 2003 di *Lav. dir.*, presentati al Seminario *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale*, svoltosi a Venezia l'11 aprile 2003.

(2) U. Romagnoli, *Enti bilaterali: possibili risposte*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 261.

scriminazione, dalla gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito alla certificazione dei contratti di lavoro, fino a ogni altra attività e funzione assegnata dalla legge e dai contratti collettivi.

Il rinnovato interesse per gli enti bilaterali deriva non solo per gli inediti compiti a essi riservati anche su territori assai insidiosi, ma anche dal ruolo che gli stessi sembrerebbero assumere in una fase di profonda trasformazione del Diritto del lavoro e delle relazioni sindacali.

Il contesto in cui gli enti bilaterali sono destinati a operare, infatti, è quello di una «concertazione declassata a dialogo sociale, di una contrattazione collettiva sempre più insidiata ed erosa dalla derogabilità dei livelli superiori a opera di quelli inferiori [...], dell'individualizzazione dei rapporti in danno della sfera collettiva di regolazione [...], della proliferazione di rapporti cosiddetti atipici» (3).

Nel disegno complessivo della riforma, in sostanza, all'interno di un orientamento che mira a ridimensionare il ruolo politico delle parti sociali riducendone il peso e l'influenza sulla formazione di politiche pubbliche del lavoro, il bilateralismo presenta aspetti innovativi che, come esplicitamente è detto nella relazione di accompagnamento al decreto n. 276, «vanno adeguatamente colti e valorizzati».

A tal proposito è stato rilevato che, di fatto, gli enti bilaterali, a fronte del depotenziamento del ruolo del sindacato, esprimono il «concomitante intento di risarcire le parti sociali attraverso l'attribuzione di maggiori e in alcuni casi inediti poteri di amministrazione e gestione». Per questo motivo «diventano lo snodo principale attraverso il quale si realizza l'ambizioso disegno di revisione del mercato del lavoro e delle relazioni industriali» (4).

Si comprende, pertanto, perché la dottrina dopo la riforma del 2003 (5) abbia prestato rinnovata attenzione alla tematica del bilateralismo con accenti diversi e a volte contrapposti.

I critici più rigorosi hanno sostenuto, con argomenti tutt'altro che peregrini, che «dietro il velo della cd. liberalizzazione del mercato del lavoro ciò che si verifica è in realtà il sostegno pubblico a una funzione di

(3) S. Leonardi, *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Roma, 2005, p. 24.

(4) S. Leonardi, *op. cit.*, p. 68.

(5) Pochissime le pubblicazioni di rilievo prima della riforma del mercato del lavoro. Cfr. L. Bellardi, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva: il settore edile*, Milano, 1989.

tipo corporativo» (6), che si concretizza anche attraverso gli enti bilaterali, chiamati a svolgere funzioni di mediazione, di formazione e di certificazione. Anche quanti ritengono che gli enti bilaterali possano essere strumenti utili, proprio perché regolati e governati dalle stesse parti sociali, hanno rilevato che il modo in cui la riforma del mercato del lavoro se ne occupa rischia di snaturarne ruolo e funzioni. È errato pensare di imporre *ab externo* fini, obiettivi e scopi, sostituendosi alle parti sociali, confondendo prerogative progettuali e iniziative negoziali di rappresentanza che possono e devono competere esclusivamente alle organizzazioni. Gli enti bilaterali, infatti, «sono o dovrebbero essere strumenti gestionali delle iniziative concordate negozialmente dalle parti che possono amministrare con discrezionalità tecnica e manageriale risorse stanziare dalla contrattazione collettiva per iniziative collettive» (7).

È comprensibile che le modalità in cui la riforma delinea ruolo e funzioni degli enti bilaterali prestino il fianco a rilievi critici di questa e altra natura. È importante, però, evitare di cadere nell'errore di sovrapporre «le critiche che possono ipoteticamente essere rivolte a istituti come quello della certificazione dei rapporti di lavoro [...], con la critica relativa al coinvolgimento, nella gestione dei medesimi istituti, degli enti bilaterali» (8).

2. — *Evoluzione degli enti bilaterali: continuità o mutazione genetica?*

— I numerosi e diversificati compiti che la riforma attribuisce agli enti bilaterali, nonché le innovazioni introdotte sulle modalità di costituzione degli stessi, inducono a chiedersi se gli enti bilaterali cui si rivolge l'art. 2, lett. *h*, del d.lgs. n. 276/2003 siano gli stessi enti preesistenti ai quali il legislatore abbia assegnato un ruolo nuovo o, piuttosto, dei soggetti diversi per funzioni e natura (9).

(6) L. Mariucci, *Commento sub art. 2 lett. h*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e in nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pp. 68-69.

(7) Cfr. G. Martinengo, *Enti bilaterali: appunti per la discussione*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 175.

(8) R. Del Punta, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 221.

(9) Cfr. G. Fontana, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, pp. 311-321, il quale rileva che «la bilateralità sembra assumere ora una diversa natura, a causa della tendenza a innestare nel sistema degli enti bilaterali funzioni di gestione del mercato del lavoro e di servizi alle imprese e ai lavo-

I primi enti bilaterali nascono nel settore dell'edilizia a garanzia del reddito dei lavoratori per «mutualizzare» specifici elementi retributivi ed erogare prestazioni di *welfare*.

È proprio nel settore dell'edilizia, infatti, che l'esperienza della bilateralità ha raggiunto maggiore riconoscimento, organizzazione e funzionamento in un articolato assetto di relazioni industriali territoriali. In questo contesto, le Casse edili sono state pensate come organismi tipici di un settore caratterizzato dalla peculiarità dei rapporti di lavoro e da una forte mobilità interaziendale. Il loro scopo consiste nel mutualizzare per gli operai edili alcune prestazioni che altrimenti non maturerebbero, rimanendo monetizzate o pagate in parte, per nulla o con tempi anormali. Assumono, quindi, un ruolo che travalica «quel genere di organismi e di prassi improntati alla bilateralità (osservatori, commissioni paritetiche), largamente riconosciuti dal sistema negoziale e delle relazioni industriali. Alle canoniche funzioni consultative riconosciute dalla contrattazione a questi organismi, le Casse edili aggiungono un ben più corposo e incisivo sistema di mutualizzazione di accantonamenti e prestazioni sociali» (10).

Le stesse, ponendosi come mandatarie del datore di lavoro e dei lavoratori e intervenendo sul terreno integrativo della previdenza e dell'assistenza, delineano un sistema della bilateralità che, seppure di origine contrattuale, ricopre ruoli e funzioni di rilevanza pubblica. Ciò in conformità alla tendenza osservata nel corso degli anni a decentrare compiti pubblici e para-pubblici a soggetti e procedure dell'autonomia sociale. A tal riguardo è stato persino suggerito (11) di considerare le Casse edili un vero e proprio *tertium genus* fra associazione previdenziale e fondo pensioni privato.

Verso la fine degli anni ottanta il bilateralismo dall'edilizia si estende in modo sensibile anche in altri settori del sistema produttivo. Si tratta sempre di aree caratterizzate da una forte frammentazione, da instabilità dell'impiego (e quindi del reddito e degli istituti contrattuali a esso correlati), da elevata presenza di lavoro atipico e irregolare e, di conseguenza, dalla debolezza associativa e negoziale del sindacato nei luoghi di la-

ratori, con criteri di economicità, delineando una sorta di mutazione genetica del sindacato».

(10) S. Leonardi, *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Roma, 2005, p. 98, e ivi un ampio *excursus* storico sulle origini e sulle funzioni delle Casse edili.

(11) M. Miscione, *Il riconoscimento reciproco delle casse edili dopo la legge Merloni*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, p. 56.

vorò. In questo contesto gli enti bilaterali surrogano «efficacemente istituti e procedure della negoziazione collettiva altrimenti impraticabili o agibili soltanto a condizioni di elevata incertezza dei diritti e di conflittualità sociale permanente» (12).

È a partire dal 1992-1993 che gli organismi bilaterali tendono a costituire un vero e proprio «snodo operativo» del nuovo sistema di relazioni industriali.

Con il Protocollo del 23 luglio 1993 essi entrano a far parte del sistema contrattuale con poteri di verifica e di indirizzo per i contratti di apprendistato e di formazione e lavoro. Il collegamento esistente fra contrattazione collettiva ed enti bilaterali e l'integrazione di questi ultimi nel sistema contrattuale sembrano sufficienti a garantire sia l'autonomia del sindacato che l'efficacia strumentale della bilateralità (13).

Con il Patto per l'Italia del 5 luglio 2002 si realizza un ulteriore salto di qualità ipotizzando l'affidamento agli enti bilaterali della gestione degli ammortizzatori sociali, della certificazione dei contratti di lavoro, della formazione e soprattutto un ruolo centrale nella gestione del mercato del lavoro e nelle politiche di emersione.

La legge delega e il successivo decreto delegato hanno raccolto le sollecitazioni dell'Accordo del luglio 2002 e, attribuendo agli enti bilaterali specifiche funzioni, li hanno dotati di una «nuova forza espansiva» (14). Ciò, però, secondo parte della dottrina (15) non ne avrebbe comportato un mutamento delle caratteristiche strutturali, dal momento che i nuovi compiti assegnati sono della stessa natura di quelli che le parti sociali attribuivano ai primi enti bilaterali. Lo scopo del legislatore della riforma, quindi, non sembra essere stato quello di stravolgere il campo di intervento delle istituzioni bilaterali quanto piuttosto quello di rafforzarne il ruolo e la diffusione. Ciò troverebbe giustificazione nell'esigenza di integrazione dell'intervento pubblico che si va progressivamente estendendo, non lasciando fuori neanche l'area delle grandi imprese e le categorie ritenute tradizionalmente più protette e stabili.

La previsione del rafforzamento del ruolo delle istituzioni bilaterali è, secondo alcuni, coerente con l'evoluzione in atto nel contesto socio-

(12) S. Leonardi, *Bilateralità e servizi. Quale ruolo per il sindacato?*, Roma, 2005, p. 26.

(13) In tal senso si veda Fontana, *op. cit.*, p. 313.

(14) L'espressione è di F. Carinci, *op. cit.*, p. 204.

(15) G. Proia, *Gli enti bilaterali*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità cosa?*, Bologna, 2006, pp. 30 ss.

economico. La perdita di centralità della figura tipica del lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato, la moltiplicazione e frantumazione delle categorie professionali, l'espansione dei nuovi lavori caratterizzati dalla temporaneità della loro durata e da un collegamento sempre più labile con l'impresa, infatti, determina «l'esigenza di favorire la diffusione [...] degli enti bilaterali tendenzialmente nell'ambito dell'intero tessuto produttivo, chiamando le parti sociali a creare istituti, strutture e strumenti [...] finalizzati a migliorare il funzionamento del mercato del lavoro e [...] a fornire una protezione aggiuntiva al lavoratore che si trova esposto ai gravi problemi che quel mercato [...] pone» (16).

Tuttavia è innegabile che le differenze tra i primi enti bilaterali e quelli tratteggiati dal legislatore del 2003 non sono solo di tipo quantitativo. La riforma, infatti, impone delle innovazioni che incidono sulla struttura e sulla funzione degli enti stessi.

Gli enti bilaterali, oggi, non sono il prodotto di un ordinamento sindacale evoluto, di una dialettica contrattuale tendente a utilizzare tutta la gamma delle proprie possibilità ai fini della tutela del lavoro, ma «il risultato di un intervento esterno della legge, che pur essendo preceduto da un accordo triangolare detta funzioni, ambiti di intervento, poteri e caratteri strutturali [...]. La costituzione degli enti bilaterali non precede ma segue la previsione legislativa e ciò denota un rovesciamento della prassi contrattuale» (17). Inoltre, c'è da considerare che alle attività tradizionalmente mutualistiche svolte dai primi enti la riforma aggiunge funzioni pubbliche o parapubbliche di natura amministrativa inerenti alla gestione del mercato del lavoro o addirittura paragiurisdizionali in sede di certificazione.

Si può, quindi, affermare che, nonostante il carattere non omogeneo delle nuove competenze renda problematico un giudizio unitario, la valutazione complessiva delle nuove funzioni degli enti bilaterali si coniuga con l'accentuata funzione collaborativa del sindacato rispetto a quella conflittuale (18).

Natura e struttura degli enti bilaterali disegnati dalla riforma devono essere valutati alla luce del mutamento del ruolo del sindacato già delineato nel *Libro bianco* del 2001 e confermato dal Patto per l'Italia

(16) G. Proia, *ivi*, p. 31.

(17) G. Fontana, *op. cit.*, p. 315.

(18) In questo senso S. Mattone, *Mercato del lavoro, giurisdizione, sindacato*, in *Quest. Giust.*, 2004, p. 700.

del 2002 che impongono un nuovo modo di interpretare la funzione sindacale, «per un verso, attraverso l'affermata irrilevanza del metodo concertativo, sostituito funzionalmente dal cd. dialogo sociale; per un altro, mediante l'accurato disinteresse, in specie sul piano legislativo, per il nodo gordiano della rappresentanza sindacale; infine, attraverso il massiccio coinvolgimento del sindacato in funzioni peculiari e non tradizionali» (19).

In sostanza, nelle previsioni della riforma, i nuovi enti bilaterali sono espressione di una nuova funzione sindacale che, inevitabilmente, incide sulla natura delle istituzioni bilaterali.

3. — *Modalità di costituzione e natura giuridica* — Passando ora a una analisi più dettagliata dei problemi giuridici che pongono i nuovi enti bilaterali è opportuno prendere le mosse dalle modalità di costituzione degli stessi.

L'art. 2, lettera *h*, del decreto legislativo n. 276 del 2003 prevede che gli enti bilaterali possano essere «costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative». Quindi, se i primi enti bilaterali erano il frutto di fonti negoziali unitarie oggi il riferimento a una o più associazioni comparativamente più rappresentative sottintende che anche una sola organizzazione può stipulare l'accordo collettivo istitutivo dell'ente.

La norma, quindi, determinerebbe una più precaria legittimazione delle parti sociali: «da garanzia del consenso maggioritario, il riferimento ai sindacati comparativamente più rappresentativi, muterebbe di trentosessanta gradi la propria funzione, consentendo la stipulazione con una coalizione sindacale minoritaria» (20).

A tal riguardo è stato ritenuto (21) che il riferimento al sindacato comparativamente più rappresentativo non sia al riparo da dubbi di costituzionalità. Infatti, un'interpretazione della formula in senso restrittivo attribuirebbe al sindacato maggioritario un vero e proprio potere di veto per la costituzione degli enti bilaterali che sicuramente cozzerebbe contro il disposto dell'art. 39 Cost.

(19) G. Zilio Grandi, *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 188.

(20) G. Fontana, *op. cit.*, p. 316.

(21) S. Scarponi, *Gli enti bilaterali nel disegno di riforma e nuove questioni circa la funzione dei «sindacati comparativamente più rappresentativi»*, in *Lav. dir.*, 2003, pp. 235 ss.

Sul punto, tuttavia, è stato affermato che «tale requisito costitutivo non vale per gli Enti bilaterali in genere, ma solo per quelli che intendano acquisire la “dote” della legge delega, vecchi o nuovi che siano; e, comunque, l’acquisizione della dote non è “automatica”, ma “mediata” secondo le regole statutarie degli stessi Enti» (22).

Tale considerazione dovrebbe consentire di apprezzare sotto una luce diversa la questione inerente alla possibilità di costituire enti bilaterali per mezzo di contratti collettivi stipulati solo da alcune organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Nel senso che se è vero che i primi enti bilaterali erano il frutto di accordi unitari, è anche vero che le organizzazioni sindacali prese in considerazione dalla riforma devono essere comparativamente più rappresentative: «un requisito in più e non in meno rispetto a quanto richiesto precedentemente» (23). Queste valutazioni indubbiamente consentono una lettura della riforma meno dirimpante rispetto ai caratteri storici del sistema sindacale italiano e, tuttavia, non riescono a scongiurare il timore dei rischi che potrebbero derivare «in un sistema privo di regole che non include alcuna modalità di verifica della rappresentatività sindacale diversa da quella, meramente tautologica, del reciproco riconoscimento negoziale» (24).

Qualche considerazione deve essere riservata alla natura giuridica dei nuovi enti bilaterali.

Essi nascono come «enti di fatto» (25) assimilabili alle associazioni non riconosciute di cui agli artt. 36 ss. del codice civile e come tali li qualifica anche l’art. 1, comma 2, lettera l, della legge delega. Tuttavia assimilazione non significa identità e, infatti, sono individuabili alcune differenze non prive di rilievo.

Mentre nell’associazione non riconosciuta la comunanza di scopo caratterizza direttamente e allo stesso modo la posizione giuridica di tutti gli associati, nell’ente bilaterale, invece, costituito da associazioni di datori di lavoro e di lavoratori, è caratterizzante la presenza di questi due centri di interessi diversificati, dal che, appunto, la bilateralità dell’ente.

Proprio le difformità che gli enti bilaterali presentano rispetto alle associazioni non riconosciute, e in particolare in ragione della convergenza degli interessi necessariamente limitata che ne origina la costituzione,

(22) F. Carinci, *Il casus belli degli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 205.

(23) Cfr. F. Carinci, *ibidem*.

(24) G. Fontana, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 316.

(25) Cass. 6 marzo 1986, n. 1502, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro e previdenza*, n. 50.

hanno portato parte della dottrina a ritenere gli stessi accostabili ai consorzi tra imprese. Nel senso che, «pur componendosi di soggetti animati da interessi differenti e anzi contrapposti in linea di principio e di fatto, l'organismo è preposto allo svolgimento di una attività diretta a soddisfare interessi esplicitamente condivisi» (26). A tal riguardo è stato, però, osservato (27) che la differenza tra le due figure non è trascurabile, in quanto per definizione l'Ente bilaterale presuppone due parti contrapposte, con ogni parte formata da più soggetti (associazioni sindacali), mentre il consorzio prevede una pluralità di parti. Tale elemento strutturale ha, inoltre, una ricaduta anche sul piano funzionale: non si può, infatti, ritenere applicabile all'ente bilaterale quel principio, proprio del consorzio, del voto a maggioranza indistinta.

Non può essere messa in discussione, pertanto, la preminente natura giuridica di associazioni non riconosciute degli enti bilaterali anche se agli stessi la legge attribuisce funzioni parapubbliche nell'ambito del mercato del lavoro.

4. — *Le funzioni «pubbliche» degli enti bilaterali: l'attività di intermediazione* — Gli enti bilaterali sono inclusi fra i soggetti pubblici e privati che possono esercitare intermediazione di manodopera in base ai regimi autorizzatori «particolari» previsti dall'art. 6 del d.lgs. n. 276/2003.

Ci si è chiesti se tali soggetti, per i quali sono previsti «regimi particolari di autorizzazione», debbano richiedere, al pari delle agenzie private, l'autorizzazione al Ministero per lo svolgimento dell'attività di intermediazione.

Alcuni (28) hanno sostenuto che l'interpretazione letterale della locuzione «sono autorizzati allo svolgimento delle attività di intermediazione», utilizzata dalla norma, depone nel senso di una autorizzazione *ope legis*, stabilita direttamente dal decreto legislativo.

Tale tesi, con riferimento alle Università e alle fondazioni universitarie, è stata fatta propria anche dal Ministero del lavoro, che, con decreto del 23 dicembre 2003, all'art. 12, comma 1, ha chiarito che si tratta proprio di una autorizzazione *ope legis* e che tale autorizzazione, non comportando l'iscrizione all'albo delle agenzie di lavoro, non si estende alle attività di ricerca e di selezione e di ricollocamento professionale.

(26) U. Romagnoli, *Enti bilaterali: possibili risposte*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 262.

(27) F. Carinci, *op. cit.*, p. 207.

(28) G. Fontana, *Commento sub art. 6*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pp. 145-146.

Il medesimo ragionamento dovrebbe valere anche per gli enti bilaterali, ma, come è stato correttamente segnalato (29), il comma 3 dell'articolo 6 deve essere letto alla luce del nuovo comma 8 sostituito dall'articolo 2, comma 2, del d.lgs. n. 254 del 2004.

Tale ultima disposizione sancisce che «in attesa delle normative regionali [...] i soggetti di cui al comma 3, che non intendono richiedere l'autorizzazione a livello nazionale possono continuare a svolgere, in via provvisoria e previa comunicazione al Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'ambito regionale, le attività oggetto di autorizzazione con esclusivo riferimento a una singola Regione». Da ciò è possibile desumere che se gli enti bilaterali intendono svolgere l'attività di intermediazione sul piano nazionale devono richiedere e ottenere la relativa autorizzazione dal Ministero. La stessa dottrina (30) da ciò deduce che, ottenuta l'autorizzazione e iscritti nell'apposito albo delle agenzie per il lavoro, gli enti bilaterali, in virtù di quanto disposto dall'articolo 4, comma 6, sono abilitati a svolgere anche attività di ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale.

Tale conclusione non può essere condivisa perché il comma 6 dell'articolo 4, laddove prevede che l'iscrizione all'albo di cui al comma 1, lettera *c* (agenzie di intermediazione), comporta automaticamente l'iscrizione alle sezioni di cui alle lettere *d* ed *e* del predetto albo, fa menzione unicamente delle agenzie. Pertanto, se anche l'autorizzazione concessa dal Ministero agli enti bilaterali comporta l'iscrizione nello stesso albo delle agenzie private che si occupano di intermediazione, ciò non significa che agli stessi si estenda una norma, come quella del comma 6, riferita solo alle «agenzie».

Deve concludersi, quindi, che gli enti bilaterali possano svolgere in via esclusiva soltanto attività di intermediazione di manodopera e non anche attività di ricerca e selezione del personale. Così come deve ormai ritenersi che non possano svolgere attività di somministrazione, riservata alle sole agenzie private iscritte nell'apposito albo, come invece poteva apparire in base alla sola legge delega (31).

Il coinvolgimento del sindacato nella attività di mediazione nell'incontro fra domanda e offerta di lavoro, direttamente quando si tratti di associazioni comparativamente più rappresentative e firmatarie di con-

(29) A. Reginelli, *op. cit.*, p. 1005, in particolare nota 13.

(30) A. Reginelli, *ibidem*.

(31) Cfr. M. Napoli, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Jus, 2005, p. 319.

tratti collettivi nazionali di lavoro, ovvero attraverso gli enti bilaterali, è una novità significativa.

A un esame superficiale sembrerebbe che con la riforma i sindacati recuperino una funzione svolta già nel periodo pre-corporativo, agli albori del Diritto sindacale, quando le strutture sindacali «orizzontali», le Camere del lavoro, cominciavano a proporsi come soggetti collettivi per il controllo del mercato del lavoro (32).

In realtà il coinvolgimento nei moderni servizi per l'impiego di un sindacato oggi firmatario di contratti collettivi nazionali tendenzialmente applicabili anche agli intermediati pone non pochi problemi di concorrenza con gli altri soggetti deputati alla intermediazione e incide sostanzialmente sul suo tradizionale ruolo nel mercato del lavoro (33).

È opinione diffusa che gli enti bilaterali, sebbene operanti accanto ad altri soggetti pubblici e privati, godano di alcuni obiettivi vantaggi che li porterebbero a svolgere una funzione preminente nella gestione del mercato del lavoro con violazione delle regole sulla libera concorrenza (34).

La situazione di vantaggio di tali enti deriverebbe essenzialmente dalla loro composizione. Essendo, infatti, costituiti da sindacati e imprese, gli enti bilaterali rappresentano strutturalmente gli interessi sia di chi cerca che di chi offre lavoro e quindi appaiono più vicini alle esigenze delle due parti (35).

Una situazione di favore deriverebbe anche dal fatto che gli enti paritetici, oltre all'attività di mediazione, svolgono anche funzioni di certificazione dei contratti di lavoro. Ciò desta perplessità sotto un duplice profilo. In primo luogo il datore di lavoro potrebbe ricorrere agli enti bilaterali «non tanto per le maggiori competenze nel fornire il servizio di

(32) Cfr., sul punto, G. Fontana, *op. ult. cit.*, p. 141; M. Lai, *Appunti sulla bilateralità*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 1030.

(33) È stato, peraltro, osservato (M. Napoli, *op. cit.*, p. 319) che in un sistema in cui i compiti di intermediazione sono affidati a imprese con o senza scopi di lucro il coinvolgimento degli enti bilaterali non appare così dirimente. Se, infatti, sono autorizzate allo svolgimento dell'attività di intermediazione anche le associazioni sindacali e le associazioni imprenditoriali «non si vede quale impedimento logico-politico avrebbe dovuto impedire la forma congiunta dell'ente bilaterale».

(34) L. Mariucci, *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 173; nonché in *Commento sub art. 2 lett. h)*, cit., pp. 77-78; nello stesso senso R. Del Punta, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 221; Fontana, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, p. 320. In senso contrario cfr. M. Lai, *Appunti sulla bilateralità*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 1039.

(35) In questo senso L. Mariucci, *Commento sub art. 2 lett. h)*, cit., p. 68.

mediazione, ma per assicurarsi un'adeguata certificazione [...]. In secondo luogo, lo stesso ente, per ottenere l'incarico di mediazione potrebbe rendersi disponibile, in sede certificatoria, ad atteggiamenti meno rigidi» (36).

Altri, al contrario, sostengono che le istituzioni bilaterali hanno difficoltà a competere con gli operatori privati nella gestione del mercato del lavoro, soprattutto perché non in grado di competere con soggetti che, per quanto di piccole dimensioni, sono pur sempre delle imprese e, quindi, più idonee a fornire i medesimi servizi su vasta scala in quanto dotate di maggiori risorse finanziarie. Ciò vale ancora di più se si ritiene che gli enti bilaterali non possono svolgere funzioni di ricerca e selezione del personale. L'esclusione da tale tipo di attività, rivolta a soddisfare le esigenze di lavoratori con più elevati profili professionali, porterebbe gli enti bilaterali a occuparsi delle sole fasce di lavoratori deboli o a bassa professionalità, come i vecchi uffici di collocamento (37).

Affrontando i problemi inerenti alla preponderanza o meno degli enti bilaterali nella gestione del mercato del lavoro, alcuni (38) hanno messo in risalto l'opportunità che gli stessi si pongano non in competizione con gli altri operatori pubblici e privati ma in cooperazione con i servizi pubblici all'impiego.

Questa cooperazione può essere realizzata con l'elaborazione, da parte della Regioni, di circuiti per l'accreditamento di operatori pubblici e privati secondo i principi e i criteri indicati dall'articolo 7 del decreto n. 276. Ciò, peraltro, è stato già individuato in alcune delle legislazioni regionali che hanno dato attuazione all'articolo 4 del d.lgs. n. 469/1997, allorquando si è prevista la stipulazione di convenzioni tra le Province e soggetti idonei e in possesso di esperienza nella gestione e nella erogazione di servizi per l'impiego, tra cui appunto gli enti bilaterali (39).

(36) F. Torelli, *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato?*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 257.

(37) Cfr., sul punto, A. Reginelli, *op. cit.*, p. 1006.

(38) F. Torelli, *op. cit.*, p. 256. In tal caso non si avrebbe un terzo soggetto attivo sul mercato, ma un soggetto che può validamente assistere gli uffici di collocamento pubblico e che potrebbe essere di stimolo al mercato del lavoro perché, data la sua particolare composizione, aiuterebbe i servizi pubblici a stabilire con gli imprenditori quegli imprescindibili rapporti di fiducia e condivisione di esigenze che li porterebbe a essere capaci di offrire servizi qualitativamente competitivi con quelli delle agenzie private.

(39) A. Reginelli, *op. cit.*, p. 1007, e ivi i riferimenti alla legislazione regionale.

Dopo cinque anni dalla riforma la questione non appare, invero, di particolare interesse.

Infatti, gli enti bilaterali non sono riusciti a inserirsi con efficacia in un mercato competitivo in cui avrebbero dovuto far valere la loro natura bilaterale e rappresentare uno strumento di supporto diretto al sistema delle imprese.

Le ragioni sono diverse, e, tra queste, probabilmente, l'opposizione della Cgil, che ha cercato di impedire che si stravolgersero gli statuti degli enti bilaterali di fonte pattizia, nonché il fatto che le imprese hanno preferito ricorrere alle agenzie private che si occupano anche di somministrazione di lavoro perché il lavoro somministrato, anche in vista di un'assunzione a tempo indeterminato, consente alle imprese di «poter “provare” il dipendente più a lungo di quanto permesso al periodo di prova previsto contrattualmente» (40).

5. — Segue: *La certificazione dei contratti di lavoro e gli istituti a sostegno del reddito* — Ai nuovi enti bilaterali la riforma attribuisce anche la funzione di certificazione dei contratti.

Come è noto, l'istituto, che rappresenta una novità assoluta nel Diritto del lavoro, ha lo scopo dichiarato di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro.

L'articolo 82 del citato decreto n. 276 del 2003 affida esclusivamente agli enti bilaterali la competenza a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 cod. civ. a conferma della volontà abdicativa e transattiva delle parti.

Indipendentemente dal significato da attribuire alla espressione «certificare le rinunzie e le transazioni», che ha dato luogo a diverse interpretazioni (41), l'aspetto indubbiamente più rilevante della riforma è rappresentato dal coinvolgimento del sindacato attraverso gli enti bilaterali.

(40) Cfr. F. Torelli, *op. cit.*, p. 253.

(41) Per una interpretazione secondo la quale gli enti bilaterali si dovrebbero limitare a qualificare l'atto dispositivo negando che la certificazione possa comportare gli effetti di cui all'art. 2113, comma 4, cfr. V. Speciale, *Le commissioni di certificazione e le rinunzie e transazioni*, in V. Speciale, F. Lunardon, P. Bellocchi (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, vol. IV, p. 234; V. Angiolini, L. Fassina, *Sulle procedure di certificazione*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 376; Nogler, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass.*

Sull'opportunità di affidare agli enti bilaterali funzioni certificatorie si è osservato (42) che quando si affida lo svolgimento di funzioni pubbliche a un soggetto privato è opportuno valutare, in primo luogo, se quel soggetto sia o meno attrezzato a svolgere quella funzione meglio della struttura pubblica. A tal riguardo si è dubitato della efficienza e della credibilità gestionale che gli enti bilaterali possano avere, soprattutto tenuto conto della loro scarsa tradizione e della loro incerta origine istituzionale e culturale (43).

Ciò appare ancora più problematico quando la certificazione è finalizzata alla qualificazione del rapporto. In tal caso all'ente bilaterale si richiede «un'attività squisitamente giuridica ovvero di applicare rigorosamente una serie di fattispecie normative garantendo la massima tenuta giuridica ragionevolmente possibile anche in considerazione del fatto che la certificazione è vincolante per gli stessi enti previdenziali e fiscali» (44).

È stato, altresì, rilevato (45) che la disciplina della competenza in materia di certificazione, contenuta nell'articolo 77 del decreto, sarebbe in violazione dell'articolo 39 Cost. La norma, infatti, stabilisce che quando le parti intendano rivolgersi agli enti bilaterali per la certificazione dei contratti, l'istanza deve essere presentata alle commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e prestatori di lavoro. La disposizione sembrerebbe imporre un obbligo di adesione alle associazioni che hanno istituito l'ente bilaterale al fine di poter usufruire delle sue prestazioni, e ciò comporterebbe una violazione della libertà sindacale negativa.

Giur. lav., 2003, p. 123. In senso contrario si veda L. De Angelis, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M. T. Carinci, Milano, 2003, p. 243. Per una interpretazione che valorizza il ruolo degli accordi istitutivi degli enti bilaterali per riconoscere alle commissioni di certificazione i poteri di cui dispongono le commissioni di conciliazione si veda E. Gagnoli, *Commento sub art. 82*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., pp. 859-860; nello stesso senso A. Reginelli, *op. cit.*, pp. 1010-1011.

(42) L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, p. 1277.

(43) E. Gagnoli, *Autonomia collettiva, disposizioni di rinvio e libertà sindacale*, cit., p. 24; L. Nogler, *op. ult. cit.*, p. 1277.

(44) L. Nogler, *ibidem*, il quale sostiene che qualche dubbio sulla opportunità di attribuire agli enti bilaterali la certificazione della qualificazione dei contratti emerge dallo stesso decreto n. 276 laddove, all'ultimo comma dell'articolo 76, contempla la possibilità di istituire una commissione unitaria di certificazione (p. 1278).

(45) L. Nogler, *op. cit.*, p. 1278; V. Speciale, *op. cit.*, p. 169.

Per evitare il profilo di incostituzionalità è stata fornita una diversa interpretazione della norma. L'articolo 77 dovrebbe essere inteso nel senso che solo il datore di lavoro e il dipendente iscritti a quei sindacati che abbiano costituito enti bilaterali saranno tenuti a rivolgersi all'organo di certificazione costituito da quelle associazioni alle quali aderiscono, senza poterne utilizzare altri (46).

Al di là di questi condivisibili rilievi critici, si deve osservare che con la certificazione si pongono problemi di ben più ampia portata. Molto più che con l'intermediazione, infatti, con la certificazione si accentua il pericolo che il coinvolgimento degli enti bilaterali in funzioni pubbliche possa mutare profondamente il ruolo rappresentativo del sindacato (47). Con detto istituto, infatti, il sindacato si presenta nei confronti dei lavoratori che dovrebbe rappresentare come un soggetto terzo che attribuisce una veste giuridica al negozio voluto dalle parti, con conclusioni che potrebbero essere anche sgradite ai lavoratori di cui continua a essere il rappresentante.

Questo rischio risulta ancora più evidente se si considera che i poteri del sindacato nella certificazione si collocano nel contesto della riforma che mira a esautorare l'autonomia collettiva e a privilegiare l'autonomia individuale. A tal riguardo è stato osservato che «in sostanza è come se il legislatore dicesse: la cosa importante è che le parti si mettano d'accordo; dopo di che, la funzione del sindacato è soltanto quella di far parte di un ente bilaterale, abilitato a certificare la volontà individuale espressa». Per questa via si rischia di «alterare l'intrinseca natura del sindacato, così come pensato e collocato nella nostra democrazia liberale dalla Costituzione del 1948, [...] con una sorte di mutamento morfologico della rappresentanza degli interessi e, conseguentemente, una messa in discussione della sua genuinità» (48).

L'evidente rischio di svilimento della funzione rappresentativa del sindacato ha indotto la maggiore organizzazione sindacale a manifestare la sua decisa opposizione al fatto che agli enti bilaterali venissero affidate funzioni certificatorie. A tal riguardo la Cgil ha sottolineato che l'attività di certificazione segna il distacco dell'organizzazione sindacale da qualunque mandato da parte del lavoratore e che il cuneo che si intro-

(46) V. Speziale, *op. cit.*, p. 169.

(47) Cfr., sul punto, G. Fontana, *op. ult. cit.*, p. 320.

(48) M. Rusciano, *La certificazione nel sistema del Diritto del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 349.

duce, tra le funzioni di rappresentanza e contrattuale del sindacato e l'attività di certificazione, potrebbe favorire l'interesse a certificare in cambio di adesione sindacale. Inoltre poiché agli enti bilaterali è affidato il compito di certificare anche le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 cod. civ. il sindacato assume l'improprio ruolo di gestore della transazione di diritti e, quindi, di garante della riduzione degli stessi in cambio di un posto di lavoro (49).

La radicale contrarietà della Cgil pone non pochi problemi per l'operatività dell'istituto attraverso gli enti bilaterali.

Per quanto attiene agli enti bilaterali già esistenti, data la loro derivazione dall'autonomia collettiva, nel caso in cui volessero svolgere funzioni certificatorie, «la mancanza del consenso da parte di una delle associazioni firmatarie del contratto collettivo istitutivo dell'ente porterebbe di per sé alla messa in discussione del vincolo sociale: sarebbe quindi necessario ridiscutere un accordo collettivo e prevedere, *ex novo*, tra le funzioni del costituendo ente bilaterale, la costituzione di una commissione di certificazione ai sensi del nuovo decreto legislativo» (50). In sostanza sarà molto difficile che gli enti bilaterali già esistenti possano svolgere attività di certificazione senza il consenso della Cgil.

Questi problemi non si pongono, invece, per i nuovi enti bilaterali per via della scelta del governo di favorire la conclusione di «accordi separati», che consente di dar luogo a enti che svolgono funzioni certificatorie anche in presenza del dissenso di una o più organizzazioni sindacali. Ma questa prospettiva, in un contesto che non presenta neppure quel livello minimo di affidabilità rappresentato dall'unità sindacale, accentua le perplessità già enunciate circa l'efficienza e la credibilità gestionale del sindacato coinvolto in un istituto che attiene all'amministrazione dei rapporti di lavoro come la certificazione.

Qualche considerazione conclusiva sulle funzioni certificatorie affidate agli enti bilaterali non può non tener conto del bilancio deludente della certificazione testimoniato dallo scarso numero di soggetti effettivamente operativi e dalla modesta e scarsa utilità dimostrata finora dall'istituto (51). Ma ciò forse non è stato un gran danno: proprio la irrilevante diffusione della certificazione ha evitato l'esplosione di tutti

(49) Queste considerazioni la Cgil ha formulato al momento dell'approvazione del decreto sul mercato del lavoro come è possibile rilevare nell'ampio comunicato del 15 settembre 2003, in www.filcams.cgil.it.

(50) V. Angiolini, L. Fassina, *op. cit.*, p. 360.

(51) Cfr. A. Reginelli, *op. cit.*, p. 1009.

quei problemi che l'improvvido coinvolgimento del sindacato avrebbe comportato.

Problemi, però, destinati a esplodere se sarà approvato il disegno di legge governativo di riforma della giustizia del lavoro attualmente in discussione al Senato (d.d.l. n. 1167, *ex* comma 1441-*quater*) nel quale sembra radicalmente mutata la filosofia che sostiene le procedure di certificazione. Queste, più che strumenti finalizzati a «contrabbandare» come parasubordinati contratti di lavoro che non lo siano, tendono a diventare un mezzo per rafforzare con regole speciali, solitamente favorevoli al datore di lavoro, normali contratti di lavoro subordinato senza negarne la natura.

In questa ottica devono essere lette le proposte di riforma che attribuiscono fede privilegiata alla certificazione non soltanto in materia di qualificazione del contratto, ma anche di «interpretazione di tutte le sue clausole» (art. 23, comma 2, d.d.l. n. 1167); nonché quelle che consentono al contratto di lavoro individuale «certificato» di contenere normative disciplinari in tema di recesso per giusta causa e giustificato motivo evidentemente anche derogatorie di quelle contenute nei contratti collettivi.

Alla medesima finalità risponde la disciplina dell'art. 24 del disegno di legge, che prevede che la devoluzione delle controversie di lavoro a un arbitrato rituale o irrituale possa essere effettuata anche con una clausola compromissoria attestata dagli organi di certificazione.

Una novità rilevante e pericolosa perché coinvolge gli enti bilaterali come organi certificatori nel disegno di precludere al lavoratore l'esercizio dei propri diritti davanti al giudice ordinario.

Un ruolo preminente viene assegnato agli enti bilaterali nella recente disciplina degli «istituti a sostegno del reddito» introdotta con l'articolo 19 del d.l. n. 185 del 2008, convertito in legge n. 2 del 28 gennaio 2009.

Detta norma prevede la possibilità di erogazione di strumenti di tutela del reddito in caso di sospensione dal lavoro o di disoccupazione «subordinatamente a un intervento integrativo pari almeno alla misura del 20 per cento dell'indennità stessa a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva».

La norma desta notevoli perplessità sotto molteplici profili.

In primo luogo, gli enti bilaterali che sono enti di origine, natura e finalità privata, ancorché sopraindividuale, in quanto istituiti e regolati da contratti collettivi di diritto comune, vengono coinvolti nei pro-

cedimenti di integrazione al reddito di natura prettamente pubblicistica e rientranti nell'ambito normativo proprio dell'art. 38 Cost. Fra l'altro nella norma in questione l'intervento complementare degli enti bilaterali (nei limiti del 20% dell'indennità da erogare) non è previsto come aggiuntivo e successivo all'intervento pubblico, bensì come un elemento prioritario e vincolante, e ciò pone seri dubbi di coerenza con il citato art. 38 (52).

Inoltre, la nuova disciplina pone una serie di problemi sia in relazione alla tutela dei singoli lavoratori che al principio della libertà sindacale.

Il comma 7 dell'articolo 19 fa riferimento al «sistema degli enti bilaterali» destinato a erogare il contributo. È agevole osservare che la contrattazione collettiva non ha per nulla eretto a «sistema» gli enti bilaterali, delineando un insieme di enti omogenei per caratteri, struttura, attività e scopi. Ha prodotto di volta in volta enti differenti tra loro in un panorama assai variegato. Ciò ha conseguenze non trascurabili.

Sul piano del trattamento del singolo lavoratore può verificarsi, infatti, che manchi nella contrattazione collettiva applicabile la previsione di un ente bilaterale ovvero che il contratto collettivo istitutivo dell'ente non sia applicabile al lavoratore interessato al sostegno al reddito. È di tutta evidenza che in tali ipotesi sussista una difformità di trattamento ingiustificata e irragionevole nei confronti di un lavoratore che, non potendo usufruire del trattamento integrativo di un ente bilaterale nella misura del 20%, è privato totalmente degli strumenti a sostegno del reddito previsti dalla norma in esame.

Con riferimento alle organizzazioni sindacali può essere rilevato che la nuova disciplina, condizionando l'erogazione dello Stato del sostegno al reddito alla prioritaria erogazione di una quota da parte degli enti bilaterali, forza le stesse a inserire nei contratti collettivi gli enti bilaterali destinati a comporre quel «sistema» imposto dal legislatore. Inoltre, anche nel caso in cui gli enti bilaterali siano già preesistenti, in quanto previsti dalla contrattazione collettiva, le organizzazioni sindacali sono spinte a riprogrammare e riconvertire la propria attività al fine di distogliere risorse economiche da altri settori

(52) In sede di conversione è stato previsto che l'indennità a sostegno del reddito «può essere concessa anche senza necessità dell'intervento integrativo degli enti bilaterali» ma solo fino alla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui al comma 3 dell'art. 19 della legge n. 2 del 2009, il che evidentemente, superata la fase transitoria, non risolve i dubbi di cui in testo.

per concentrarle nel fondo destinato all'intervento «integrativo pari almeno alla misura del 20 per cento».

Sotto entrambi i profili sembra delinearsi un sacrificio imposto al principio della libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost.

In conclusione, si può rilevare che gran parte dei problemi sopra prospettati non si sarebbero posti se il legislatore avesse disciplinato le misure di sostegno al reddito in caso di disoccupazione o sospensione dal lavoro come un onere a carico dello Stato con la previsione che gli enti bilaterali, organizzati e finanziati attraverso la contrattazione di diritto comune, avrebbero potuto integrare l'azione dello Stato secondo un criterio di libertà. Si sarebbe evitato in tal modo l'affidamento improprio agli enti bilaterali della funzione tipicamente pubblicistica di selezionare i lavoratori da ammettere agli istituti a sostegno del reddito.

6. — *Enti bilaterali e libertà sindacale negativa* — La questione giuridicamente più complessa che attiene agli enti bilaterali riguarda la possibilità di imporre alle imprese, aderenti e non alle associazioni sindacali che li abbiano costituiti, l'obbligo di utilizzarne e finanziarne le strutture.

Il problema non è nuovo e si era già posto in giurisprudenza con riferimento a quanto disposto dall'articolo 3 del d.l. n. 71 del 1993, convertito in legge n. 151 del 1993 (norma successivamente modificata dalla legge n. 30 del 2003).

Tale disposizione stabiliva che per le imprese artigiane il riconoscimento dei benefici degli sgravi contributivi per il Mezzogiorno (art. 1, d.l. n. 71 del 1993) e della fiscalizzazione degli oneri sociali (art. 2, d.l. n. 71 del 1993) era subordinato all'integrale rispetto degli istituti economici e normativi stabiliti dai contratti collettivi.

Prima del d.l. n. 71 del 1993 la disciplina in materia di fiscalizzazione e sgravi contributivi si era assestata nel subordinare il godimento delle suddette agevolazioni al rispetto delle clausole salariali dei contratti collettivi, e cioè della cosiddetta parte economica degli stessi contratti. Basti ricordare che l'articolo 6, comma 9, lettere *a*, *b* e *c*, del d.l. n. 338 del 1989, convertito con modifiche nella legge n. 389 del 1989, stabiliva che la condizione da rispettare per accedere alla fiscalizzazione e agli sgravi era quella di corrispondere ai lavoratori retribuzioni non inferiori «all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qua-

lora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo».

Invece la formulazione dell'articolo 3 del d.l. n. 71 del 1993 imponeva per l'accesso ai benefici previsti il rispetto non solo delle clausole salariali dei contratti collettivi di riferimento, ma anche della restante parte normativa del contratto stesso.

L'Inps aveva, inoltre, dichiarato che fra gli istituti normativi indicati dal suddetto articolo 3 si collocasse anche «il complesso di organismi contrattuali di supporto all'attività dei lavoratori e delle imprese previsto dalla contrattazione collettiva di riferimento» (53).

La giurisprudenza (54), però, aveva in più occasioni precisato che la previsione contrattuale dell'istituzione dell'ente bilaterale rientra nella cosiddetta parte obbligatoria del contratto collettivo, che da sempre dottrina e giurisprudenza contrappongono alle parti economica e normativa. Pertanto, dal momento che l'articolo 3 del d.l. n. 71 del 1993 si riferiva espressamente, per il godimento dei benefici previsti dal decreto, all'integrale rispetto degli istituti economici e normativi del contratto collettivo non poteva ritenersi che le imprese del settore artigiano fossero tenute a iscriversi agli enti bilaterali e a versare agli stessi i relativi contributi.

L'articolo 10 della legge n. 30 del 2003 ha modificato il citato articolo 3 prevedendo che «per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati».

La formula «integrale rispetto degli accordi e contratti citati», in sostituzione di quella prevista dal testo originario del d.l. n. 71 del 1993, costituisce una novità di non poco conto.

Un'interpretazione letterale della nuova formulazione della norma potrebbe far ritenere che per «integrale rispetto dei contratti collettivi»

(53) Cfr. Circolare Inps n. 131 del 2 maggio 1994, in *Dir. prat. lav.*, 1994, n. 23, pp. 1595 ss. In sostanza, secondo l'Ente previdenziale, le aziende artigiane per godere delle agevolazioni contributive erano tenute a iscriversi agli Enti bilaterali istituiti dalla contrattazione collettiva interconfederale e di categoria del settore artigiano e a versare a essi i relativi contributi.

(54) Cfr. Pretura di Verona 10 settembre 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, con nota critica di A. Bellavista; Cass. 10 maggio 2001, n. 6530, in *Giur. it.*, 2002, p. 490, con nota di F. Picchiami.

debba intendersi il rispetto non solo della parte economica e normativa, ma anche di quella obbligatoria. In sostanza, si dovrebbe ritenere oggi sussistente l'obbligo per le imprese di iscriversi e finanziare gli enti bilaterali al fine di godere dei benefici previsti dalla legge.

Tale interpretazione, tuttavia, pone dubbi di costituzionalità quanto meno sotto due profili.

In primo luogo, la norma prevede un'estensione generalizzata del contratto collettivo, inclusiva anche della sua parte obbligatoria, alle aziende e ai lavoratori che si pone in contrasto con l'articolo 39 Cost.

In secondo luogo, pone problemi di coordinamento con il principio di libertà sindacale soprattutto nella sua accezione di libertà sindacale negativa (55), dal momento che l'obbligo a usufruire degli enti bilaterali costituisce un'indiretta induzione all'iscrizione ai sindacati (56).

Il rispetto del basilare principio di libertà sindacale negativa, dunque, fa sì che nessun obbligo di adesione all'ente bilaterale può imporsi alle imprese non associate alle organizzazioni sindacali che lo abbiano istituito. Tale obbligo non può configurarsi neppure nei confronti delle imprese aderenti poiché le clausole degli accordi sindacali istitutivi degli enti bilaterali si inscrivono nella parte obbligatoria del contratto collettivo, che, come è noto, obbliga solo i soggetti stipulanti e non i singoli datori di lavoro.

Può ravvisarsi, al massimo, un «dovere di influenza» dell'associazione sindacale sulla condotta dei singoli associati – magari anche avvalendosi degli strumenti disciplinari di cui dispone – quando debba essere assicurata la conformità del comportamento dei propri associati alle clausole della convenzione collettiva (57).

Tanto è vera questa conclusione che coloro i quali sono favorevoli a un obbligo per le imprese dei settori artigiano, turistico e del commer-

(55) Sul concetto di libertà sindacale negativa si veda M. Dell'Olio, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. Dell'Olio, G. Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova, 1980, pp. 14 ss.; U. Prosperetti, voce *Libertà sindacale (premesse generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 494; G. Pera, voce *Libertà sindacale (diritto vigente)*, *ivi*, pp. 501 ss.; G. Mazzoni, *L'azione sindacale e lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1974; U. Romagnoli, voce *Associazioni sindacali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988; E. Triggiani, *Libertà sindacale negativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 1982, pp. 135 ss.

(56) Per queste osservazioni cfr. L. Mariucci, *op. ult. cit.*, pp. 75-76.

(57) Sul dovere di influenza dell'associazione sindacale nei confronti dei singoli iscritti si veda G. Ghezzi, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Milano, 1963, pp. 65 ss.

cio di iscriversi e finanziare l'ente bilaterale non contestano i citati dubbi di costituzionalità, ma ritengono che le clausole istitutive degli enti bilaterali rientrino nella parte normativa dei contratti collettivi.

Secondo tali interpretazioni (58) ritenere che la clausola sull'ente bilaterale sia obbligatoria vorrebbe dire che questa clausola sarebbe del tutto estranea alla sfera giuridica individuale del lavoratore. Invece se un'impresa non versa i contributi all'ente bilaterale il suo dipendente non fruirà delle prestazioni economiche previste dalla legge. Pertanto, seppure indirettamente, il mancato finanziamento dell'ente bilaterale ha dei riflessi sulla posizione individuale del lavoratore.

Tali conclusioni partono dalla considerazione che la parte obbligatoria del contratto collettivo concerne quell'insieme di clausole che disciplinano esclusivamente i rapporti tra le associazioni sindacali stipulanti il contratto, creando obblighi e diritti per i contraenti senza alcun riflesso per i singoli lavoratori.

In realtà la distinzione tra la parte obbligatoria e la parte normativa del contratto collettivo non è così netta come questo orientamento sembra ritenere. Infatti, l'indubbio carattere strumentale che la parte obbligatoria ha per l'attuazione della parte normativa (59) può determinare un indiretto riflesso di alcune clausole contenute nella parte obbligatoria anche su posizioni individuali di singoli prestatori di lavoro.

Ne deriva che la distinzione tra le due parti del contratto collettivo deve farsi sulla base di altri criteri, cioè «guardando alla natura dei soggetti coinvolti (ovvero dei soggetti che sono destinatari diretti delle norme contrattuali). La parte obbligatoria è quella che regola i rapporti tra le parti sindacali stipulanti e comprende tutte le norme che istituiscono e disciplinano enti, fondi e casse di derivazione sindacale» (60). Di conseguenza gli enti bilaterali definiti dall'art. 2, lett. *b*, del decreto legislativo n. 276 del 2003 come «organismi istituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative» rientrano a pieno titolo nella parte obbligatoria del contratto collettivo.

(58) Cfr. Bavaro, *op. cit.*, p. 1173; Bellavista, *Benefici contributivi ed enti bilaterali artigiani*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 476.

(59) Sull'influenza che la parte obbligatoria può avere sull'attuazione della parte normativa si veda G. Ghezzi, *op. cit.*, pp. 12 ss.

(60) G. Spolverato, *Enti bilaterali e casse di assistenza integrativa*, in *Dir. prat. dir. lav.*, 2006, inserto, p. IV.

Il Ministero del lavoro, fornendo un'interpretazione conforme a Costituzione, come auspicato da parte della dottrina (61), con Circolare n. 4 del 15 gennaio 2004 ha affermato che la locuzione «integrale rispetto degli accordi e contratti» subordina «il riconoscimento dei benefici economici e contributivi alla integrale applicazione della sola parte economica e normativa degli accordi e contratti collettivi e non anche della parte obbligatoria di questi ultimi. Se intesa nel senso di imporre l'applicazione anche della parte obbligatoria del contratto collettivo [continua il Ministero] – tra cui, in particolare, l'adesione agli enti bilaterali –, la disposizione di cui all'articolo 10 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, risulterebbe infatti in palese contrasto con i principi costituzionali di libertà sindacale, e di libertà sindacale negativa in particolare».

La posizione del Ministero del lavoro è oggi condivisa anche dall'Inps, che, con Circolare n. 74 del 7 giugno 2005, si adegua all'interpretazione *secundum constitutionem* fornita dal Ministero, sebbene tenga a precisare che il tenore letterale del citato articolo 10 appaia più esigente rispetto al precedente dettato normativo.

In riferimento ai profili di costituzionalità fin a ora prospettati si potrebbe rilevare che quanto previsto dalla legge non costituisce un obbligo giuridicamente vincolante, ma un onere per il conseguimento di una situazione di favore. Così intesa, quindi, la necessità di transitare attraverso l'ente bilaterale non costituirebbe una violazione del principio di libertà sindacale ma lo strumento richiesto dalla legge per usufruire di particolari benefici. Pertanto, secondo questa impostazione, l'articolo 10 «arriva a lambire, pur senza oltrepassarlo (giacché si attesta pur sempre su un piano di "onere" e non di "obbligo"), il confine dell'illegittimità costituzionale per violazione del principio di libertà sindacale» (62). Tuttavia, come è stato condivisibilmente osservato, un onere che comporti delle ricadute molto pesanti in termini di costi finanziari vale altrettanto e più di un obbligo ed è tale da suscitare riser-

(61) F. Carinci, *op. cit.*, p. 206, il quale rileva che laddove è possibile, come lo è a fronte dell'articolo 10 della legge n. 30 del 2003, l'interpretazione delle norme deve essere fatta *secundum constitutionem*, cioè, nel caso di specie, cogliendo l'esplicita estensione soggettiva che l'art. 10 contiene (dalle imprese artigiane a quelle commerciali e del turismo) ma escludendo l'implicita estensione oggettiva (dalla parte «normativa» alla parte «obbligatoria»).

(62) Cfr. R. Del Punta, *Enti bilaterali e modelli di regolazione sindacale*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 221.

ve e perplessità di ordine costituzionale, se non proprio identiche, certo molto simili (63).

Problemi di violazione del principio di libertà sindacale si pongono, inoltre, di fronte a quelle clausole dei contratti collettivi, come ad esempio quello per le imprese commerciali, che in materia di apprendistato prevedono un singolare parere di conformità dell'ente bilaterale. Tali previsioni contrattuali richiamano alla mente la disposizione dell'articolo 2, lettera *b*, della legge n. 30 del 2003, che, delegando il governo a emanare uno o più decreti legislativi volti a ridisciplinare la materia dei contratti a contenuto formativo, prevedeva che fossero riconosciuti agli enti bilaterali e alle strutture pubbliche designate competenze autorizzatorie in materia.

Tuttavia, la citata disposizione non ha trovato attuazione nel decreto delegato, che, in materia di apprendistato, pur coinvolgendo gli enti bilaterali nella regolamentazione dei profili formativi da svolgersi all'interno e all'esterno dell'azienda, non attribuisce agli stessi alcun potere autorizzatorio.

Sulla validità di tali clausole contrattuali è intervenuto il Ministero del lavoro con due Circolari, la n. 40 del 14 ottobre 2004 e la n. 30 del 15 luglio 2005.

Nella prima il Ministero, confermando che è da ritenersi immediatamente abrogato l'obbligo di richiesta di autorizzazione alla Direzione provinciale del lavoro ai sensi dell'articolo 85, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, richiama la potestà del legislatore regionale di reintrodurre, in attuazione dell'articolo 2, comma 1, lettera *b*, della legge n. 30, una diversa procedura autorizzativa, anche attraverso il rimando agli enti bilaterali. Però, precisa il Ministero, in mancanza di una normativa regionale non potranno essere considerate legittime quelle clausole dei contratti collettivi che subordinino la stipula del contratto all'autorizzazione dell'ente bilaterale.

Sostanzialmente le stesse conclusioni sono raggiunte nella successiva Circolare del 2005.

Il Ministero, dopo aver ribadito l'illegittimità delle clausole dei contratti collettivi che subordinano la stipula del contratto di apprendistato all'iscrizione all'Ente bilaterale o ad altre condizioni non previste dalla legge, richiamando la circolare precedente, ritiene ipotizzabile che le leggi regionali, nel rispetto dei principi di libertà sindacale, possano di-

(63) F. Carinci, *op. cit.*, p. 206.

porre un obbligo per tutti i soggetti di sottoporre i contratti di apprendistato al parere di conformità degli enti bilaterali per quanto attiene i profili formativi.

È essenziale formulare qualche considerazione sulla potestà legislativa regionale in materia di autorizzazione da parte degli enti bilaterali per la stipulazione dei contratti di apprendistato, che è data per scontata in entrambe le circolari ministeriali.

In primo luogo è da rilevare che la Circolare n. 40 del 2004 fa riferimento alla possibilità per le Regioni di introdurre una autorizzazione per il contratto di apprendistato, anche attraverso il ricorso agli enti bilaterali, «in attuazione dell'articolo 2, comma 1, lettera *b*, della legge n. 30 del 2003». Al riguardo deve essere precisato che la Regione non ha potere di dare attuazione a una legge delega, che, come è noto, compete al governo.

Pertanto il riferimento alla legge delega contenuto nella circolare deve essere inteso in senso a-tecnico. Si deve, cioè, valutare se la Regione possa legiferare in materia in virtù di una competenza legislativa propria, ai sensi dell'articolo 117 Cost.

La questione è alquanto complessa perché in materia di formazione sussiste una concorrenza di competenze fra Stato e Regioni.

Infatti, è ravvisabile una competenza esclusiva dello Stato in materia di «norme generali sull'istruzione» (art. 117, comma 2, lettera *n*); una competenza concorrente fra Stato e Regioni sulla «istruzione» (art. 117, comma 3) e una competenza esclusiva delle Regioni sulla «istruzione e formazione professionale», oltre «l'autonomia delle istituzioni scolastiche».

È stato rilevato che «per siffatte interferenze la Costituzione non prevede un criterio espresso ed è dunque necessario ricorrere a principi diversi: non solo la leale collaborazione [...], ma anche la prevalenza sul presupposto che il nucleo essenziale di un complesso normativo appartenga a una materia piuttosto che ad altre» (64).

La Corte Costituzionale, allorché ha inteso specificare in modo più chiaro la distinzione tra le competenze tra Stato e Regioni in materia di formazione e apprendistato, ha precisato che «la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale riguarda l'istruzione e la formazione professionale pubbliche

(64) P. Albi, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 539.

che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possano approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi provati con i quali vengano stipulati accordi». Invece la formazione privata, e in particolare aziendale, essenziale «con riguardo alla causa mista propria dei contratti a contenuto formativo, di per sé non è ricompresa nell'ambito della suindicata competenza né in altre competenze regionali. La formazione aziendale rientra invece nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile» (65).

Ad avviso del giudice costituzionale, la potestà legislativa regionale è, quindi, delimitata da quell'attività di formazione pubblica cui fa riferimento l'art. 117 Cost.

Applicando tali principi, seppure in via incidentale, la Corte afferma che i poteri autorizzatori che possono essere attribuiti agli enti bilaterali non concernono la formazione pubblica. Ne consegue che, alla luce della giurisprudenza della Corte, non spetta alle Regioni il potere di prevedere un'autorizzazione dell'ente bilaterale per la stipula del contratto di apprendistato. Soltanto una legge dello Stato, quindi, potrebbe salvare quelle clausole dei contratti collettivi che impongono il parere di conformità degli enti paritetici (66).

Resta ora da valutare la legittimità delle citate clausole dei contratti collettivi in relazione al principio di libertà sindacale, anche nella sua accezione negativa.

Come già detto, il contratto collettivo del commercio prevede che tutti i datori di lavoro che intendono assumere apprendisti debbano chiedere il parere di conformità all'apposita commissione istituita presso l'ente bilaterale. Il contratto non contiene una disciplina differenziata per chi chiede il parere di conformità, per cui, da un'interpretazione letterale dello stesso, si evince che l'autorizzazione sia vincolante per tutti coloro che intendano applicarlo. Inoltre, in alcune Province, l'Ente bilaterale per rilasciare il suddetto parere richiede l'iscrizione dell'azienda all'associazione di categoria.

Ciò pone qualche problema interpretativo e dubbi di legittimità costituzionale di non scarso rilievo.

(65) Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 502; nonché Corte Cost. 24 gennaio 2007, n. 24, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, p. 218.

(66) In dottrina ribadisce la competenza dello Stato e non delle Regioni A. Vallebona, *Enti bilaterali e libertà sindacale negativa*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, p. 529.

In primo luogo c'è da chiedersi se il parere di conformità, e la conseguente iscrizione all'ente bilaterale, sia sempre obbligatorio per dar vita a un contratto di apprendistato valido o se i datori di lavoro non iscritti all'associazione di categoria possano applicare la disciplina dell'apprendistato del Ccnl commercio senza richiedere il suddetto parere.

L'interpretazione letterale del contratto collettivo indurrebbe a concludere che per stipulare un contratto di apprendistato e per applicare la disciplina contrattuale in materia sarebbe obbligatorio il parere di conformità e, quando richiesta, l'iscrizione all'ente bilaterale. Di conseguenza ci sarebbe un'indiretta induzione all'iscrizione alle associazioni di categoria con palese violazione del principio della libertà sindacale negativa.

Ciò è ancora più evidente se si tiene conto che il comma 5-*bis* dell'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003, in materia di apprendistato professionalizzante, prevede che fino all'approvazione della legislazione regionale regolativa dei profili formativi la disciplina di questa tipologia di apprendistato è rimessa ai contratti collettivi. Di conseguenza un datore di lavoro non iscritto all'associazione di categoria, che non può applicare il relativo contratto collettivo, non potrebbe assumere apprendisti.

Proprio per evitare di incorrere nella violazione del principio di libertà sindacale, parte della dottrina ha sottolineato che il contratto collettivo, disciplinando la materia dell'apprendistato, non ha riservato la procedura soltanto agli iscritti alle associazioni di categoria. Nessuna clausola contrattuale impone l'iscrizione per ottenere il parere di conformità, per cui il parere non è né obbligatorio né vincolante. «Intanto, perché nel nostro ordinamento vige il principio di libertà sindacale, per cui non si può imporre a una azienda di iscriversi a un sindacato per poter assumere dei lavoratori. In secondo luogo perché – come ha ricordato anche il Ministero del lavoro – il parere di conformità, che non è previsto dalla legge ma soltanto da un contratto e quindi da una fonte negoziale, non può vincolare soggetti terzi, come tali estranei al contratto che, in forza dell'art. 1372 cod. civ., vincola soltanto le parti stipulanti» (67).

Tale interpretazione permette di concludere che il datore di lavoro non iscritto non subirebbe alcuna limitazione né per la sua mancata

(67) G. Spolverato, *Il rinnovo del Ccnl Commercio*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, inserto, p. VI.

partecipazione alle organizzazioni di categoria, né per l'assenza di rapporti con l'ente bilaterale, né per la carenza del parere di conformità.

Si tratta, ovviamente, di una interpretazione non letterale delle clausole contrattuali, ma di un'interpretazione orientata delle stesse, finalizzata a evitarne la dichiarazione di nullità per violazione del principio di libertà sindacale. Il criterio interpretativo applicato è quello dell'articolo 1367 cod. civ., che non impone un'interpretazione delle clausole contrattuali tale da determinare la produzione del massimo effetto ma «richiama la preferenza per l'assegnazione al testo del significato compatibile con il verificarsi di "qualche effetto", in luogo della loro assenza» (68).

Non vi è dubbio, infatti, che il contrasto con l'articolo 39 della Costituzione che un'interpretazione letterale delle clausole contrattuali potrebbe comportare avrebbe come conseguenza la dichiarazione di nullità della clausola contrattuale.

Il Ministero, nelle citate Circolari del 2004 e del 2005, non si spinge fino al punto di proporre un'interpretazione correttiva delle clausole contrattuali e si limita a parlare di illegittimità delle stesse perché imporrebbero delle condizioni per la validità del contratto di apprendistato non previste dalla legge. Tuttavia, se anche le procedure di autorizzazione fossero introdotte dal legislatore la questione non sarebbe diversa. I problemi di contrasto con l'articolo 39 Cost., infatti, investirebbero la legge.

Probabilmente il governo ha tenuto conto di tali problemi di costituzionalità quando ha scelto di non dare attuazione alla delega contenuta nell'art. 2, lettera *b*, della legge n. 30, nella parte in cui prevedeva poteri autorizzatori degli enti bilaterali in materia di apprendistato. Sarebbe stato preferibile che analoghi problemi se li fosse posti anche il legislatore al momento dell'approvazione dell'art. 10 della stessa legge n. 30, che solleva perplessità di identica natura.

Qualche considerazione conclusiva.

Nella storia del sindacalismo italiano la bilateralità è stata considerata uno strumento di democrazia economica pluralista mediante il quale lo svolgimento di funzioni rilevanti in campo sociale non era più prerogativa dell'autorità pubblica ma coinvolgeva direttamente le organizzazioni rappresentative degli interessi. In questa ottica la bilateralità non

(68) E. Gragnoli, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 2000, p. 174.

surrogava la contrattazione collettiva ma costituiva un punto di forza che alimentava lo spazio della libera negoziazione (69).

Il modo in cui la riforma del 2003 tratteggia i compiti degli enti bilaterali snatura la partecipazione sindacale attraverso una commistione di ruoli che vede il sindacato quale gestore e controllore del mercato del lavoro e con poteri certificatori che indubbiamente ne trasformano profondamente la funzione di rappresentanza. Tutto ciò, fra l'altro, è attuato attraverso strumenti spregiudicati e illiberali, come l'articolo 10 della legge n. 30, che costituiscono un *vulnus* non indifferente al fondamentale principio di libertà sindacale.

Si può, quindi, concordare con chi ha ritenuto che sarebbe stato preferibile lasciare gli enti bilaterali «alla loro naturale evoluzione» (70) rinunciando a un intervento legislativo che ne stravolge funzioni e natura.

(69) In questo senso si veda G. Fontana, *op. cit.*, p. 318.

(70) L. Mariucci, *Commento sub art. 2 lett. h*), cit., p. 78.

Michele Massa (*)

CONTRO LA NORMA «ANTIPRECARI».
LIMITI COSTITUZIONALI E INTERNAZIONALI
ALLA LEGISLAZIONE RETROATTIVA
IN MATERIA LAVORISTICA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'approvazione della norma. — 3. L'antefatto e gli antecedenti della norma. — 4. La tecnica del bilanciamento tra valori costituzionali. — 5. Una norma illegittima.

1. — *Premessa* — Oggetto di questa nota è l'art. 21, comma 1-*bis*, del decreto-legge n. 112 del 25 giugno 2008, convertito in legge n. 133 del 6 agosto 2008. Si tratta della cd. norma «antiprecari», che aggiunge un nuovo art. 4-*bis* al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in base alla quale, nelle cause pendenti in cui un lavoratore lamenta la violazione delle norme sui limiti formali e sostanziali alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato o sulla proroga di tali contratti, il lavoratore non può più ottenere la dichiarazione di nullità della clausola sul termine, ma solo un'indennità identica a quella *ex* art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

La norma ha un evidente carattere provvedimentale e retroattivo e impone un pesante sacrificio ai lavoratori interessati, sicché è impossibile anche per il lettore più superficiale sottrarsi a qualche perplessità sulla sua costituzionalità: scopo principale di chi scrive è appunto mostrare come possono essere impostati simili dubbi di legittimità (1).

(*) Ricercatore universitario di Istituzioni di Diritto pubblico nella Facoltà di Economia presso l'Università Cattolica del S. Cuore di Milano.

(1) Non sarà invece esaminato il problema della compatibilità con la disciplina comunitaria del lavoro a termine. Su tale disciplina e sulla giurisprudenza relativa della Corte di Giustizia Ce si veda almeno C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford-New York, 2006, pp. 469 ss. e pp. 479 ss.; L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2006, I, pp. 695 ss.; R. Blanpain, *I contratti di lavoro a termine sono ancora un'eccezione?*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, pp. 1045 ss.; G. Zilio Grandi, *La normativa comunitaria sul lavoro a termine, ibidem*, 2007, pp. 1052 ss. Con riguardo alla specifica norma in esame, si veda A. Vallebona, *Lavoro a termine: incostituzionalità della riduzione di tutela per i soli giudizi in corso*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 859.

Collateralmente, si vedrà che questa vicenda costituisce un singolare intreccio di fatti e problemi costituzionalmente significativi quanto al rapporto tra interessi settoriali, interessi generali e istituzioni politiche; ai problemi di leggibilità dei processi normativi, che derivano da alcune prassi anomale, a loro volta connesse al mutamento degli equilibri di potere tra Parlamento e governo; alle debolezze della tecnica di giudizio basata sul bilanciamento di interessi; alle possibilità che, ciononostante, l'applicazione di questa tecnica apre, specialmente in relazione alle influenze che su di essa potrebbe esercitare un particolare filone della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. — *L'approvazione della norma* — L'iter di approvazione della norma presenta diverse peculiarità, alcune delle quali, come si vedrà, hanno un particolare peso nelle valutazioni di costituzionalità.

Il testo originario del d.l. mirava ad allargare il campo di applicazione del lavoro a tempo determinato – ampliando il novero delle situazioni che giustificano il ricorso a tale istituto e autorizzando la contrattazione collettiva, anche territoriale e aziendale, a rendere più flessibile la successione dei contratti a termine (2) – ma non recava alcuna norma retroattiva.

Durante l'esame in commissione del d.d.l. di conversione, furono però proposti alcuni emendamenti, successivamente ripresi negli emendamenti dei relatori, che consideravano proprio le violazioni degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368 del 2001 (3): in via di interpretazione autentica, si stabiliva che tali violazioni avrebbero comportato l'applicazione

(2) Cfr. art. 21, commi 1, 2, 3 e 4, nel testo convertito in legge. Anche queste norme pongono questioni interessanti: ad esempio, stabilire come possano attenersi «alla ordinaria attività del datore di lavoro» esigenze organizzative che dovrebbero avere carattere specifico, concreto e temporaneo (si veda N. Miranda, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro «privato» e «pubblico»*, Padova, 2007, pp. 71 ss.; L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2006, I, pp. 704 s.) per giustificare il ricorso a un modello contrattuale che resta, comunque, eccezionale (cfr. art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, comma 01, ancora vigente e del resto ricognitivo di un principio già chiaro nel Diritto comunitario e nazionale: si veda G. Proia, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pp. 358 s.).

(3) Em. 21.26, Forcolin e altri; 21.18, Gioacchino Alfano; 21.12 e 13, Corsaro e altro: si veda l'allegato al resoconto 8 luglio 2008. Si veda poi em. 5.10, riformulazione dell'em. 2.65: resoconto 15 luglio 2008 (cfr. anche AC n. 1386-A, art. 21 del testo del d.l.: in particolare, commi 1-ter, 1-quater, 3-bis, e relativa sintesi nel documento del Servizio Studi della Camera, n. 15/4, 16 luglio 2008).

dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., ossia – sembrerebbe – la nullità non della sola clausola sul termine, ma dell'intero contratto, nei casi in cui si fosse provato che le parti non lo avrebbero stipulato in assenza della clausola illegittima (4); si aggiungeva che in questi casi, e fra questi «anche» nei casi già *sub iudice*, il lavoratore avrebbe avuto diritto all'indennità già menzionata.

Per gli emendamenti non è prevista alcuna motivazione, né la ridotta disponibilità di tempo, in rapporto alla complessità del testo da esaminare e alla ristrettezza del termine previsto dall'art. 77 Cost., ha lasciato spazio al dibattito su queste proposte. Pertanto, dall'esame dei soli lavori della Commissione non si comprendono i motivi e le reali origini di tali iniziative, anche se il prosieguo del dibattito parlamentare conferma la loro connessione con gli interessi e, forse, con pressioni di Poste Italiane Spa (5). Su tale ultimo punto, comunque, non ci si può pronunciare con sicurezza: in Italia manca una disciplina della rappresentanza degli interessi economici nei processi politici (6), e

(4) La tesi dell'applicabilità dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. riecheggia nella diffusa prassi di specificare nei contratti di lavoro che il termine ha carattere essenziale (cfr. A. Olivieri, *Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie: un doppio canale di tutela?*, in q. Riv., 2007, II, p. 702), e continua, anche di recente, a essere difesa da A. Vallebona, *Intervento*, in *Rapporti di lavoro e contratto a termine. Contrattazione collettiva e giurisprudenza*, in *I saggi di Not. giur. lav.*, n. 9, Roma 2007, cit., pp. 67 ss., ma è generalmente respinta dalla dottrina [si veda, ad esempio, con riferimenti ai primi commenti al d.lgs. n. 368 del 2001, M. Marinelli, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in A. Garilli e M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, pp. 76 ss.; si veda, con particolare finezza, A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, pp. 934 s. e pp. 940 ss., che imposta sulla *ratio* di tutela dell'interesse del lavoratore l'interpretazione dell'art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, e dei limiti della portata, in un ordine di idee ripreso in Idem, *La norma inderogabile nel Diritto civile e nel Diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in q. Riv., 2008, pp. 173 s., e, da ultimo, in Idem, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, pp. 63 ss., e specialmente pp. 105 ss.] e dalla giurisprudenza (si veda A. Cirielli, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, fasc. 2, pp. 383 ss.; tre isolate pronunce di segno diverso sono indicate da M. Nicolosi, *Invalidità del termine e risoluzione del contratto per comportamento concludente*, in *Lav. giur.*, 2007, p. 1179, nota 13).

(5) Informate gazzette parlano del *lobbying* di *ex*-parlamentari dei partiti di maggioranza, attualmente titolari di cariche amministrative di Poste Italiane Spa: *T.Ma., Il Riformista*, 29 luglio 2008, p. 3.

(6) Un disegno di legge in materia, riguardante peraltro la sola attività di organi e autorità amministrative, è stato approvato dal governo Prodi II (d.d.l. approvato il 12

ciò certamente non aiuta a garantire la trasparenza dei lavori parlamentari e la loro immunità da pressioni più o meno occulte. Vale comunque la pena ricordare che, per distinguere le legittime istanze di organismi portatori di interessi diffusi dai tentativi di infiltrazione di interessi settoriali o micro-settoriali, ci si è riferiti anche al fatto che le une traggono forza dalla propria visibilità, mentre i secondi preferiscono comunicare con le istituzioni attraverso canali di basso profilo, riservati, opachi (7).

Certo è che, nel pieno di una notte di metà luglio, quando l'attenzione del pubblico e degli stessi parlamentari è attratta da altri contenuti del voluminoso d.d.l., gli emendamenti vengono approvati, senza alcuna discussione sul punto che qui interessa. Allorché, durante l'esame in aula, il governo, secondo una prassi ormai consolidata (8), presenta un emendamento interamente sostitutivo del testo del d.d.l. (9), sul quale pone la questione di fiducia, la norma mantiene la descritta portata generale e retroattiva: a essere limitato è unicamente il diritto all'indennizzo, che viene circoscritto «solo» alle cause in corso.

ottobre 2007 nel Consiglio dei ministri n. 69) ma non ha avuto seguito, né ha stimolato analoghe iniziative da parte del Parlamento. Si veda, invece, con riguardo ad altri ordinamenti, T. Checcoli, *Il fenomeno del lobbying negli Stati Uniti e nell'Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2006, pp. 719 ss.

(7) Si veda E. De Marco, «*Gruppi di pressione*», *procedimento legislativo e «realizzabilità delle leggi»*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, t. I, Milano, 1998, ora in Idem, *Percorsi del «nuovo costituzionalismo»*, Milano, 2008, pp. 153 ss., specialmente pp. 156 s. (e p. 163, con riferimento alla scarsa qualità degli interventi normativi inquinati da pressioni settoriali), nonché Idem, *La «negoziatura legislativa»*, Padova, 1984, pp. 291 ss.

(8) Cfr. E. Griglio, *Riflessioni in ordine alla legittimità costituzionale dei maxi-emendamenti*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (in <http://www.forumcostituzionale.it>); V. Di Porto, *La decretazione d'urgenza nella XIV legislatura: spunti da una ricognizione*, in *Rass. parl.*, 2006, pp. 874 ss.; N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, pp. 38 ss., in *Astrid* (in <http://www.astrid-online.it>). Nel passaggio parlamentare esaminato nel testo la questione stessa è stata preannunciata in aula dalla Presidenza della Camera all'inizio della discussione sulle linee generali, la quale perciò ha perso molto del suo significato: si veda la discussione nel resoconto della seduta n. 37 del 17 luglio 2008.

(9) Em. Dis. 1.1., all. A al resoconto della seduta del 18 luglio 2008, pubblicato con menzione delle correzioni apportate al testo dal governo (tra cui appunto la sostituzione di «anche» con «solo», di cui subito *infra*), dopo la sua presentazione ma prima che fosse posta la questione di fiducia. La legittimità di un simile *modus procedendi* è stata contestata in aula, ma è stata difesa dalla Presidenza della Camera con riferimento a un precedente della passata legislatura (cfr. resoconto seduta n. 38 del 18 luglio 2008, p. 9).

Negli ultimi giorni del luglio 2008, la stampa ha richiamato l'attenzione sulla norma *de qua*, suscitando atteggiamenti critici e talora imbarazzati tra i protagonisti della vicenda. Il governo, in modo contraddittorio, ha tentato di prendere le distanze da questo intervento, pur avendolo recepito nel suo maxi-emendamento (10). Nel dibattito al Senato, esponenti non solo dell'opposizione, ma anche della maggioranza, hanno manifestato dubbi sulla costituzionalità della norma (11), la cui portata è stata appunto ridotta sino ad assumere l'attuale contenuto e, quindi, un carattere che lo stesso governo qualifica «transattivo», chiarendo, ove mai fosse rimasto qualche dubbio, che l'intenzione era esattamente di incidere sulle cause in corso per scongiurare l'esito al quale esse sarebbero state, altrimenti, avviate (12). Naturalmente, i problemi di costituzionalità non sono affatto superati, nemmeno in questa seconda versione della norma. In un efficace intervento, un senatore dell'opposizione spiega chiaramente gli esiti assurdi cui si rischia di pervenire: tre lavoratori, in identica situazione sostanziale, si vedranno applicare un trattamento giuridico differenziato secondo che abbiano già iniziato una causa oppure abbiano temporeggiato, e, nel primo caso, secondo che abbiano incontrato o meno Tribunali solleciti o controparti decise a intraprendere i gradi superiori di giudizio (13).

Come riconosciuto dallo stesso governo (14), alla base della norma in questione si pone la volontà di soccorrere Poste Italiane Spa, che, ormai da molti anni, è coinvolta in un ingente contenzioso con i propri dipendenti proprio a causa dell'abuso del ricorso al lavoro a termine. A quanto si apprende dalle relazioni di controllo della Corte dei

(10) Si veda il comunicato stampa del Ministero del lavoro in data 28 luglio 2008 (in <http://www.lavoro.gov.it>).

(11) Si veda, ad esempio, la questione pregiudiziale in allegato al resoconto della seduta n. 52, del 31 luglio 2008, la cui discussione è stata impedita dall'annuncio di una ulteriore questione di fiducia. Si vedano poi le dichiarazioni del relatore sen. Fleres nei lavori della V Commissione (resoconto n. 30, 28 luglio 2008) e del sen. Pichetto Fratin nei lavori della XI Commissione (resoconto n. 16, 19 luglio 2008). Si veda anche il parere approvato dalla I Commissione della Camera il 4 agosto 2008 e l'illustrazione del relatore, on. Bernini Bovicelli, nonché l'intervento dell'on. Cazzola dinanzi all'aula della Camera nel resoconto della seduta n. 47 del 4 agosto 2008.

(12) Vedi em. del relatore 21.1000 e dichiarazioni del sottosegretario Vegas: resoconto della seduta n. 35 della V Commissione del 30 luglio 2008 e allegato.

(13) Vedi intervento del sen. Legnini: resoconto della seduta del Senato n. 52 del 31 luglio 2008.

(14) Nel comunicato stampa citato; si veda anche l'intervento dell'on. Corsaro nell'aula della Camera: resoconto della seduta n. 47 del 4 agosto 2008.

Conti (15), nel 2006 solo una parte delle liti in corso è stata definita mediante un accordo sindacale, cui non tutti gli interessati avevano aderito (16); restavano pendenti 27.000 cause, analoghe a quelle per cui, negli anni scorsi, Poste Italiane Spa era risultata soccombente nel 70% dei casi. Nell'esercizio 2006, la società aveva stimato il valore complessivo di tali pretese in 363 milioni di euro e, per far fronte a esse, aveva accantonato una somma pari a 326 milioni di euro.

3. — *L'antefatto e gli antecedenti della norma* — La storia del travagliato approccio di Poste Italiane Spa alla legislazione sul lavoro a termine è ben nota (17). Da quando la vecchia amministrazione autonoma ha assunto veste privata, prima come Ente Poste Italiane, poi appunto come Poste Italiane Spa (18), e si è trovata così assoggettata alla discipli-

(15) Vedi Sez. Controllo Enti, delibera n. 71 del 5 novembre 2007: relazione, par. 6.6. Nei lavori parlamentari, non risulta che alcuno abbia mai menzionato o utilizzato come elemento utile alla riflessione il contenuto di questa relazione o di altre simili.

(16) Sul contenuto dell'intesa, cfr. la relazione sull'esercizio 2005, di cui alla delibera Sez. Controllo Enti n. 95 del 7 dicembre 2006, par. 4.6.1 (questo documento e quello citato alla nota precedente possono essere consultati nel sito <http://www.corte-conti.it>).

(17) Cfr. A. Ianniello, *Il contratto a termine nelle Poste tra legge speciale e sanatoria di comportamenti elusivi*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 1997, pp. 547 s.; G. Zampini, *Commento a Pret. Bologna*, 20 ottobre 1997, e *Pret. Padova*, 17 dicembre 1997, in *Lav. giur.*, 1998, pp. 235 ss.; A. Allamprese, *Aiuti di Stato e Corte di Giustizia: osservazioni a partire dal caso Ente Poste Italiane*, in *q. Riv.*, 1999, pp. 497 ss.; G. Zampini, *Commento a Corte Cost. (ord.) 18-30 dicembre 1998*, e *Corte di Giustizia Ce, Sez. IV*, 7 maggio 1998, C-52-54/97, *Viscido, Scandella, Terragnolo*, in *Lav. giur.*, 1999, pp. 141 ss.; M. L. Bellini, *Rapporti tra legge e autonomia collettiva nel rapporto di lavoro privatistico dei dipendenti delle Poste Italiane*, in *Dir. lav.*, 2000, pp. 27 ss.; G. Casadio, *Osservazioni a Corte Cost. n. 419 del 2000*, in *Lav. giur.*, 2001, pp. 48 ss.; E. Squillace, *Il «caso Poste» e i costi della certezza del diritto*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2001, pp. 63 ss.; A. D. Conte, *Contratti a termine nelle Poste: il caso non è chiuso, ibidem*, pp. 956 ss.; G. Zilio Grandi, *Il contratto a termine nell'Ente Poste Italiane nel dialogo tra legislatore, giudici di legittimità e giudici di merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, pp. 359 ss.; L. Lorea, *Lavoro a termine e autorizzazione sindacale nella ristrutturazione delle Poste Italiane*, in *Dir. e giur.*, 2005, pp. 437 ss.; L. Menghini, *Contratto a termine e Poste Italiane tra vecchia e nuova disciplina*, in *q. Riv.*, 2006, pp. 509 ss.; M. Paulli, *Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2007, pp. 747 ss. Ma sono frequenti gli approfondimenti su questo caso anche in studi di taglio più generale: si veda, ad esempio, A. Cirielli, *op. cit.*, pp. 377 ss.; M. Nicolosi, *op. cit.*, pp. 1179 ss.

(18) Cfr., in argomento, E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Cassese, Roma-Bari, 2007, pp. 240 s.; L. Magrone, voce *Poste*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, pp. 4389 ss.;

na di diritto comune, essa ha fatto un uso molto esteso del lavoro a termine, asseritamente a causa di un processo di rinnovo dell'organizzazione e delle attività, che rendeva incerto l'assetto definitivo da dare agli organici dei vari uffici. Nel fare ciò, le Poste sono incorse in sistematiche violazioni della legislazione citata, che hanno animato una serie ingente e ininterrotta di giudizi, solitamente conclusi con l'accertamento del diritto dei lavoratori alla stabilizzazione del rapporto di lavoro e al pagamento della retribuzione anche per i periodi non lavorati, nei quali essi avessero comunque offerto alle Poste le proprie prestazioni.

Di questa complicata vicenda qui interessa mettere in luce due aspetti: 1) le situazioni patologiche continuano a verificarsi, in forme apparentemente costanti, anno dopo anno, alimentando un flusso di contenzioso incessante e apparentemente insensibile all'avvicinarsi delle leggi e dei contratti collettivi; 2) il legislatore è già intervenuto per ben due volte a sostegno delle Poste, con norme di dubbia legittimità costituzionale, e già una volta l'intervento ha avuto il carattere di legge di sanatoria in senso stretto (19).

Volendo tracciare le tappe fondamentali della vicenda, è appunto alla successione di questi interventi speciali che si può fare riferimento.

Vigente la legge 18 aprile 1962, n. 230, accade che i vari uffici territoriali delle Poste non stipulino i contratti per iscritto, non ne rilascino copia agli assunti, non diano le informazioni necessarie sulle ipotesi di sostituzione di lavoratori assenti ecc. (20). È la stessa Corte Costituzionale ad accertare che non esiste alcuna giustificazione apprezzabile per tutto ciò (21): ma quando, a centinaia, iniziano a essere pronunciate sentenze di primo grado sfavorevoli all'Ente Poste Italiane (22)

Idem, *Le poste*, in *Tratt. dir. amm.*, diretto da S. Cassese, *Diritto amministrativo speciale*, t. III, Milano, 2003, pp. 2371 ss.; A. Rocchietti March, voce *Poste*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 2002, pp. 9 s.

(19) Cfr. R. Tarchi, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, pp. 293 ss.

(20) Cfr. G. Zampini, *Commento a Pret. Bologna*, 20 ottobre 1997, e *Pret. Padova*, 17 dicembre 1997, cit., p. 235, nota 1.

(21) Attraverso i poteri istruttori esercitati con la citata ord. 18-30 dicembre 1998 [un cenno in R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di Idem, Torino, 2002, p. 86]. Sull'uso dei poteri istruttori della Corte per valutare la congruità di una norma rispetto ai fini perseguiti e per misurare i costi delle proprie eventuali decisioni si veda T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, pp. 230 ss. e pp. 240 ss.

(22) Cfr. E. Squillace, *op. cit.*, p. 64.

ad aiutarlo arriva un decreto legge (n. 404 del 2 agosto 1996), iterato (n. 510 del 1° ottobre 1996) e poi convertito (in legge 26 novembre 1996, n. 608) appena in tempo per sfuggire alla svolta della giurisprudenza costituzionale sulla decretazione d'urgenza segnata dalla notissima sentenza n. 360 del 1996. Nella sua versione definitiva, il d.l. (art. 9, comma 21) stabilisce che tutte le assunzioni a termine effettuate dall'Ente (sin dalla sua costituzione e) fino al 30 giugno 1997 cessano di essere efficaci alla scadenza del termine stesso, salvo il diritto dei lavoratori a essere assunti a tempo indeterminato con precedenza su altri per la stessa qualifica o mansione. Falliscono, dinanzi alla chiara lettera e alla *ratio* della norma, i tentativi di alcuni giudici di merito di condizionare l'applicazione della stessa alla validità della pattuizione del termine o alla posteriorità dell'entrata in vigore della legge rispetto alla scadenza del contratto (23). Fallisce anche il tentativo di denunciare la misura come aiuto di Stato illegittimo, dato che la Corte di Giustizia Ce, come era prevedibile – anche se, per alcuni, non del tutto ragionevole – ritiene decisivo il fatto che l'intervento non comporti alcuna spesa certa e determinabile di risorse pubbliche (24). Non hanno successo nemmeno le questioni di costituzionalità sollevate da numerosi Tribunali, per i motivi che si diranno *infra*.

Si apre così una seconda fase, in cui, almeno inizialmente, Poste Italiane trova nella contrattazione collettiva, *ex art.* 23 della legge n. 56 del 28 febbraio 1987, lo strumento per far fronte alle proprie esigenze (25): la società concorda con i sindacati l'inserimento nel Ccnl di una clausola che autorizza con una formula molto ampia – ritenuta legittima dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione – il ricorso al lavoro a termine in relazione alle necessità di ristrutturazione della rete produttiva, per una scadenza inizialmente fissata al 31 gennaio 1998 e poi prorogata con appositi accordi ulteriori fino al 30 aprile dello stesso anno.

(23) Si vedano, ad esempio, Cass., Sez. lav., 19 marzo 2001, n. 3923, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 520; 30 ottobre 2001, n. 13515, *ibidem*, p. 1824 (ma si veda il testo integrale nella banca dati Jurisdata).

(24) Sentenza 7 maggio 1998, *Viscido*, cit.; la previsione era di G. Zampini, *op. ult. cit.*, p. 238; le critiche di A. Allamprese, *op. cit.*, pp. 508 ss., il quale insisteva sul privilegio concesso a Poste Italiane, da un lato, e, dall'altro, sugli oneri indiretti per lo Stato (perdita di gettito e sussidi alla disoccupazione – ma ivi si vedano anche pp. 508 s., nota 46, per i rilievi al riguardo dell'Avv. Gen. Jacobs).

(25) Sul ruolo della contrattazione collettiva prima e dopo la riforma del 2001, si veda, per tutti, M. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., pp. 85 ss.

Spirato questo secondo termine, però, le Poste – sono loro stesse a dichiararlo, riferendosi al periodo 1° luglio 1997-11 gennaio 2001 – continuano a fare assunzioni a termine sulla base della causale pattuita nel 1997, come se fosse ancora applicabile (26). Il contratto collettivo dell'11 gennaio 2001 riprende sostanzialmente questa causale, espungendo il riferimento alla trasformazione giuridica dell'ente in Spa, ormai compiuta. Sopraggiunge poi il d.lgs. n. 368 del 2001 e, benché il suo art. 11 conservi efficacia ai contratti collettivi già stipulati sino alla loro naturale scadenza, la giurisprudenza non tarda a usare la nuova disciplina come parametro di verifica della legittimità delle assunzioni a termine effettuate da Poste Italiane Spa (27), la quale apparentemente continua a inserire nei contratti individuali di lavoro una formula stereotipata, identica a quella contenuta nel Ccnl, carente di riferimenti alle esigenze che giustificano il ricorso al lavoro temporaneo nei singoli casi concreti (28).

In effetti, il problema principale degli uffici postali sembra essere proprio quello di dare adeguatamente conto delle peculiari esigenze che richiedono il ricorso al lavoro a termine: tanto è vero che proprio su questo fronte si verifica il secondo intervento speciale del legislatore, attraverso la legge 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, comma 558, che ha aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 2 del d.lgs. n. 368 del 2001. Ancorché il significato e gli effetti della norma non siano del tutto pacifici (29), sem-

(26) La dichiarazione è contenuta in un verbale del 18 gennaio 2001, al quale Poste Italiane Spa ha tentato, senza successo, di attribuire addirittura efficacia di interpretazione autentica degli accordi precedenti e conseguentemente di convalida delle assunzioni fatte oltre la scadenza degli stessi. Riferimenti e informazioni più dettagliate in L. Menghini, *Contratto a termine e Poste Italiane*, cit., pp. 510 s., pp. 513 ss. Sul controverso tema della capacità dell'autonomia collettiva di esprimersi in atti di interpretazione autentica di accordi precedenti, si veda A. Occhino, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004, pp. 289 ss., pp. 319 ss.

(27) L. Menghini, *op. ult. cit.*, p. 517, afferma che – nel momento in cui Egli scrive – oltre metà delle pronunce sul nuovo regime del contratto a tempo determinato riguardano appunto Poste Italiane Spa.

(28) Cfr. T. Vettor, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. n. 368 del 2001 e successive modifiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 613; A. Ciriello, *op. cit.*, p. 373, nota 36, in cui si dà conto anche del permanere di una clausola analoga a quella convenuta nel 1997 nei contratti collettivi successivi al 2001 (si veda, in argomento, anche M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 470, nota 36).

(29) Si veda, al riguardo, M. Paulli, *op. cit.*, pp. 747 ss.; A. Ciriello, *op. cit.*, pp. 375 ss., ove si dà conto dei vari orientamenti della giurisprudenza, che talora ha disapplicato la norma in questione per contrasto con la Direttiva n. 99/70/Ce. La giurispru-

bra che essa intenda dare *a priori* come esistenti le giustificazioni per il ricorso al lavoro a termine nel settore postale, nei limiti di tempo e di quantità espressamente stabiliti: del resto, sono ancora i lavori parlamentari a chiarire che intenzione del legislatore era nuovamente quella di contenere i costi del contenzioso in corso (e anche, si aggiunge in modo non perspicuo, di limitare la precarizzazione del lavoro nel settore) (30). Peraltro, tra i vari interrogativi che si potrebbero sollevare al riguardo, sarebbe meritevole di approfondimento quello, attualmente all'esame della Corte Costituzionale, se vi sia un valido motivo perché Poste Italiane e tutte le imprese del settore debbano o possano beneficiare di un regime così fortemente differenziato rispetto a quello generale (31).

Chi scrive non sa quale sia stato l'andamento del contenzioso nella seconda parte del 2006 e nel 2007 (32), né se alcun lavoratore abbia denunciato l'esorbitare della prassi di Poste Italiane Spa dai pur ampi confini tracciati dal legislatore del 2005. Si deve supporre che il contenzioso sia apparso ancora preoccupante, se ha determinato ancora un intervento del legislatore.

4. — *La tecnica del bilanciamento tra valori costituzionali* — Quanto sia difficile definire il fenomeno della retroattività è cosa ben nota (33);

denza comunitaria ha frattanto iniziato a distinguere, all'interno di questa Direttiva, le clausole dotate e quelle prive di effetti diretti (si veda, da ultimo, sentenza Sez. II, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu*): per le prime non è dubbia la possibilità di disapplicazione; per le seconde la Corte Costituzionale ha affermato in passato che l'antinomia si configura in termini di incostituzionalità (si veda R. Bin e P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005, p. 130; A. Ruggeri, *Le fonti del Diritto europeo e i loro rapporti con le fonti nazionali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti e A. Ruggeri, *Lineamenti di Diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 284), mentre la Corte di Giustizia Ce ha ammesso che il singolo possa usare la direttiva come parametro di legittimità dell'atto di trasposizione, perlomeno quando la trasposizione abbia avuto luogo (G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, pp. 189 ss.).

(30) Si veda M. Paulli, *op. cit.*, p. 748.

(31) Si veda Trib. Roma ord. 26 febbraio 2008, n. 217, in *Gazz. Uff.*, 1a s.s., n. 29, del 2008.

(32) La citata relazione sull'esercizio 2005 menziona 3.423 nuovi ricorsi nel 2006, fino al mese di maggio.

(33) Si veda l'analisi di R. Tarchi, *Le leggi di sanatoria*, cit., pp. 189 ss., e le diffuse trattazioni di G. Grottanelli de' Santi, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, e F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, ora in Idem, *Buona fede e affidamento nel Diritto pubblico*, Milano, 2001, i quali affrontano principalmente il problema dei limiti costituzionali della legislazione retroattiva, individuandoli, rispettiva-

ma questo è un caso che può mettere d'accordo tutte le pur variegate posizioni dottrinali. Il fatto, i cui effetti giuridici sono riqualificati, si colloca nel passato (stipulazione o proroga del contratto in violazione di legge); l'effetto che è scaturito da quel fatto, e che si intende rimuovere, ha carattere di vero e proprio diritto soggettivo (alla stabilizzazione del rapporto: tanto è vero che si discute se e come a esso il lavoratore possa rinunciare) (34); l'intervento non consiste quindi in una nuova disciplina del diritto, ma nella recisione del nesso tra questo e il fatto costitutivo; il diritto, con tutti i benefici che esso comporta, viene cancellato sia con riguardo al periodo successivo all'entrata in vigore della legge, sia con riferimento a quello precedente. Nemmeno si pone alcuna questione di interpretazione della norma: come già accaduto nel 1996, lettera e *ratio* sono inequivoche.

Si deve, invece, verificare la ragionevolezza del bilanciamento di interessi operato dal legislatore. È questo un problema tipico delle leggi retroattive (35); a sua volta, il problema di un razionale coordinamento della successione nel tempo delle leggi è caratteristico di settori come il Diritto del lavoro e della previdenza sociale, sia per la struttura delle garanzie costituzionali delle posizioni giuridiche soggettive in questi campi (36), sia per la durata dei relativi rapporti giuridici, che ne determina una prolungata esposizione ai cambiamenti di indirizzo politico – siano essi originati da fatti nuovi, di maggiore o minore importanza, o anche solo dal variare delle preferenze politiche del momento.

mente, nell'esigenza di non comprimere i diritti riconosciuti dalla «legge fondamentale» (specialmente pp. 86-94) e nel principio generale di buona fede (specialmente pp. 57-59). Recentemente, si veda anche M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, pp. 1825 ss. e pp. 2089 ss., nonché in *L'economia e la legge*, a cura di G. Cocco, Milano, 2007, pp. 1 ss. (da cui si cita), con una prospettiva di radicale critica al concetto, che, a giudizio dell'Autore, non riesce, in nessuna delle sue versioni, a spiegare persuasivamente perché una barriera all'efficacia delle nuove leggi dovrebbe cadere in un momento o in altro della storia, spesso lunga e complicata, del rapporto tra fatto e norma – si veda l'ipotesi a p. 21 e un'efficace esempio, di estrazione previdenziale, alle pp. 30 s. In ambito lavoristico, cfr. almeno il capitolo I di A. Occhino, *L'aspettativa di diritto*, cit., e G. Ferraro, *Leggi interpretative e leggi retroattive: riflessi nei rapporti di lavoro*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 43 ss.

(34) Si veda M. Nicolosi, *op. cit.*, pp. 1184 s.

(35) Si veda, da ultimo, M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., p. 28. Si veda anche, pur con diverse prospettive, G. Grottanelli de' Santi, *op. cit.*, pp. 94 ss., e F. Merusi, *op. cit.*, pp. 46 ss.

(36) Su cui si veda A. Occhino, *op. cit.*, pp. 70 s.

Del resto, questa è stata anche l'impostazione delle questioni di legittimità sollevate sull'intervento legislativo del 1996, che la Corte Costituzionale ha salvato con una decisione assai discutibile (37). A guidare il proprio apprezzamento, la Corte non ha rinvenuto dati testuali precisi, reticoli dogmatici stringenti o anche solo precedenti su casi identici: il ragionamento si è esaurito in un'analisi dei risultati che la legge intendeva perseguire e, quindi, di ciò che sarebbe accaduto in mancanza della norma stessa («l'imprevista assunzione coattiva con rapporto a tempo indeterminato di migliaia di lavoratori [poteva] gravemente e irreparabilmente pregiudicare il risanamento finanziario dell'ente»). È rimasto sullo sfondo l'accertamento, pure compiuto dalla Corte, della sostanziale assenza di giustificazioni per le violazioni della legge commesse dall'Ente Poste (si parla di «un diffuso e non spiegato ritardo, da parte degli organi locali dell'ente preposti alle assunzioni di personale a tempo determinato, nell'adeguarsi alla disciplina privatistica di cui alla legge n. 230 del 1962»). In primo piano, si ripete, campeggiavano i risultati di tali violazioni, che il legislatore intendeva prevenire con un intervento la cui drasticità appariva compensata, da un lato, dal carattere eccezionale della situazione e, dall'altro, dall'attribuzione ai lavoratori così colpiti di un diritto di precedenza nelle future assunzioni.

Non è qui possibile nemmeno sfiorare i complessi problemi sollevati da simili tecniche decisorie. Basterà osservare che loro presupposto è l'idea che sia difficile o addirittura impossibile tracciare una gerarchia fissa dei valori costituzionali, i quali sarebbero destinati, invece, a confrontarsi gli uni con gli altri, tollerando compressioni la cui legittimità deve essere vagliata caso per caso (38). Con queste premesse, può anche ac-

(37) Sentenza n. 419 del 2000, in *Lav. giur.*, 2001, pp. 33 ss., con osservazioni di G. Casadio, cit., e in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2001, pp. 63 ss., con nota di E. Squillace, cit.

(38) Cfr., in particolare, le posizioni di R. Bin – ad esempio, in *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 30 s.; *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 32 ss. e pp. 159 ss.; *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, pp. 188 ss. – e di G. Zagrebelsky – ad esempio, si veda *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 170; *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, pp. 157 s.; *Manuale di Diritto costituzionale*, vol. I, Torino, 1988, pp. 54 s. e pp. 108 s. –, ma anche di R. Guastini – *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, vol. I, t. I, Milano, 1998, pp. 228 ss. e pp. 302 ss.; *L'interpretazione dei documenti normativi*, nello stesso *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, pp. 216 ss. Tra i contributi più articolati e recenti su questi temi, si veda almeno L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, pp. 53 ss.; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

cadere che si ritenga legittima la compressione di valori testualmente previsti nella Carta repubblicana, in nome di interessi dal profilo costituzionale assai meno evidente (39). In effetti, si ha l'impressione che proprio il sindacato di ragionevolezza sulle leggi retroattive si sia spesso prestato a nascondere, dietro affermazioni di principio sul valore di civiltà del principio di irretroattività della legge, una sostanziale deferenza della Corte verso il puro e semplice interesse dello Stato al contenimento delle spese (40). Eppure, lo schema logico dell'argomentazione orientata alle conseguenze è stato approvato da Autori non certo sospetti di gracilità teorica, i quali hanno ritenuto che, nell'assegnare la preminenza ora all'uno ora all'altro di essi, si debba guardare anche alla «maggiore o minore adeguatezza sociale delle conseguenze derivanti dall'adozione di una o dell'altra regola di preferenza o di una certa combinazione di entrambe» (41). Ci si trova certamente lontano dalle forme tradizionali del ragionamento giuridico (42), in un'area in cui il rischio di dissolvere quest'ultimo in un indiscriminato decisionismo giudiziario è forte, ma appunto per questo anche – anzi: soprattutto – i sostenitori di un approccio «minimalista» alle questioni di principio si sentono in dovere di trovare un mezzo per assicurare al diritto un certo grado di stabilità e prevedibilità: mezzo che viene rinvenuto, tra l'altro, nel dovere delle Corti di fedeltà ai propri precedenti (43).

Orbene, la decisione del 1996 potrebbe essere criticata anche sulla base della sua logica intrinseca: ad esempio, proprio in quanto si è pri-

(39) Peraltro, G. Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in F. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 231 ss., che pure accetta queste tecniche di giudizio, precisa che anch'esse devono ossequio ai vincoli testuali e quindi, ad esempio, non possono giustificare la compressione dei diritti sociali, in quanto diritti fondamentali, in nome di quelli economici (p. 244; nello stesso senso, da ultimo, G. Ferrara, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costituzionalismo.it*, par. 25).

(40) Cfr. diffusamente G. Ferraro, *op. cit.*, *passim*, ma specialmente pp. 68 s.

(41) L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in Idem, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, pp. 85 s.; si veda anche *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, *ibidem*, pp. 91 ss., e, in particolare, p. 110.

(42) O forse proprio al di là del concetto di interpretazione: cfr. R. Guastini, *op. ult. cit.*, p. 296.

(43) Cfr. C. R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, in *Harvard Law Review*, 1995, p. 1750 (il cui approccio è definito «minimalista» da R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, cit., p. 30, nota 71). L'importanza della motivazione nelle decisioni basate sui canoni della ragionevolezza è sottolineata anche da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 59.

vilegiata un'argomentazione orientata alle conseguenze, si sarebbe dovuto spiegare se e perché gli effetti paventati non avrebbero potuto essere contenuti attraverso gli strumenti ordinari di gestione degli esuberanti e di solidarietà sociale (44). Ma, a prescindere da ciò, quella stessa decisione offre lo spunto per esaminare la costituzionalità del nuovo intervento *extra ordinem* del legislatore. E l'esito di questo esame è, ad avviso di chi scrive, necessariamente negativo, se esso si articola secondo lo schema più appropriato per leggi di questo tipo (45) e si nutre di un'analisi attenta della norma e della situazione concreta, o meglio delle differenze tra la norma e la situazione del 1996 e quelle odierne. La conclusione ipotizzata diventa ancora più probabile, se si tiene conto di un certo indirizzo della Corte europea dei diritti dell'uomo, che sembra particolarmente calzante al caso (46).

5. — *Una norma illegittima* — Si è detto, ed è palese, che l'intervento ha un forte carattere discriminatorio, evidente soprattutto nella dimensione diacronica (47): esso deroga a una regola, che il legislatore intende invece mantenere non solo per i casi passati, definiti dal giudicato, ma anche per tutti i casi futuri e persino per quelli coevi, per i quali non sia ancora stata promossa un'azione legale.

(44) E. Squillace, *op. cit.*, p. 65.

(45) Per le leggi retroattive cfr. M. Luciani, *op. cit.*, pp. 36 ss.

(46) Alcuni dubbi di costituzionalità sono già stati sollevati dalle Corti d'Appello di Bari (ord. 18 settembre 2008), Genova (ord. 26 settembre 2008: si possono leggere in *Mass. Giur. lav.*, 2008, pp. 853 ss., con nota di A. Vallebona, *Lavoro a termine*, cit.) e Torino (ord. 2 ottobre 2008, n. 427, in *Gazz. Uff.*, 1a s.s., n. 1, del 2009), nonché da Trib. Roma (ord. 26 settembre 2008, n. 413, *ibidem*, n. 53, del 2008). Nell'insieme, i rimettenti hanno identificato i parametri delle censure sollevate negli artt. 3, 24 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo con riferimento all'art. 6 Cedu, sotto i profili della disparità di trattamento basata sul mero criterio della pendenza della lite al momento di entrata in vigore della legge, della connessa violazione dell'affidamento riposto dai lavoratori nella legge vigente al momento dell'inizio del processo e, infine, dell'indebita interferenza con i giudizi in corso. Molto opportunamente, le ultime due ordinanze richiamano la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*; ma, come si illustra *infra*, esistono altri riferimenti, di analogo contenuto, più vicini ai casi in esame.

(47) Sul problema della retroattività come discriminazione tra fattispecie differenti solo per collocazione temporale si veda, per tutti, A. Cerri, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, pp. 517 ss. e p. 522 (ma cfr. anche in Idem, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, pp. 116 s., e *Spunti in tema di retroattività della leggi*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 1774).

L'incisività della deroga non è realmente attenuata dalla previsione dell'indennizzo: anche a voler prescindere dalla differenza che per lo più si ravvisa tra licenziamento illegittimo e disdetta di un contratto a termine convertito in contratto a tempo indeterminato (48), resta il fatto che questo indennizzo è ritenuto dalla legislazione sui licenziamenti appropriato solo per i rapporti lavorativi ambientati in aziende di piccole dimensioni, mentre la norma *de qua* ha applicazione generale (49).

La salvaguardia dei rapporti definiti con sentenza passata in giudicato, pur rappresentando, di per sé, un elemento solitamente apprezzato dalla Corte Costituzionale (50), accentua la gravità del tradimento che il legislatore attua dell'affidamento prestato dal cittadino nella stabilità della legge: operando in tal modo, infatti, si finisce per vincolare il destino del lavoratore a circostanze o del tutto estranee alla sfera di controllo di quest'ultimo, oppure alle quali non si poteva, prima d'ora, ragionevolmente annettere il valore che il legislatore oggi assegna loro – come potevano i lavoratori pensare che, agendo subito per la salvaguardia di un proprio diritto, sarebbero stati penalizzati proprio per il fatto di essere (ancora) parti di un processo?

(48) Un'analisi approfondita in M. Nicolosi, *op. cit.*, pp. 1181 s. Si veda anche A. Olivieri, *op. cit.*, pp. 708 s.; N. Miranda, *op. cit.*, pp. 98 ss.

(49) Nell'esame al Senato della norma, l'opposizione aveva proposto che il deterioramento delle garanzie dei lavoratori fosse limitato alle sole imprese con meno di quindici dipendenti, «alla luce della circostanza che per esse non trovano applicazione talune misure di tutela previste dallo Statuto dei lavoratori», ma il relativo *sub-emendamento* fu bocciato (em. 21.1000/3, Legnini). Il discorso sarebbe più articolato se il legislatore, nel disciplinare la misura indennitaria, si fosse avvicinato al modello dell'art. 18 Stat. lav. e in particolare alla previsione della corresponsione di una somma di altra consistenza (quindici mensilità) ove il lavoratore la preferisca alla reintegrazione in servizio.

(50) Si veda, ancora, G. Ferraro, *op. cit.*, pp. 70 ss. Più in generale, uno dei motivi per cui è criticabile far procedere in parallelo i limiti costituzionali alla retroattività delle leggi e la salvaguardia della funzione giurisdizionale e dei risultati cui l'esercizio di tale funzione può approdare consiste appunto nel misconoscere la natura di «garanzia strumentale» dei diritti che la funzione riveste (si veda, al riguardo, A. Cerri, *Leggi retroattive e Costituzione...*, cit., p. 521): proteggendo quest'ultima si tutelano, indirettamente, i primi, ma non sempre è vero che le esigenze di garanzia dei diritti possono essere interamente convertite nella protezione della giurisdizione e del giudicato, né che un rapporto sostanziale, sol perché oggetto di sentenza definitiva, debba ritenersi assolutamente immutabile, a prescindere da ogni altra considerazione di carattere costituzionale (un cenno al riguardo anche in E. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, pp. 40 s., e in G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, ora in *Saggi di Diritto processuale civile*, Milano, 1993, vol. III, p. 275).

Ciò posto, occorre chiedersi quale sia la ragione per una disciplina così fortemente differenziata rispetto a quella generale: è proprio qui che il ragionamento in termini di bilanciamento appare indispensabile, allorché occorre misurare l'esistenza, la congruità, la necessità di tutela di un interesse interferente con quello postergato.

Come si è detto, l'interesse che si è voluto far prevalere sui diritti dei lavoratori è quello di Poste Italiane Spa a evitare i costi connessi a una crescita significativa, ma non prevista, degli organici (51).

A tale riguardo, un primo rilievo è del tutto ovvio: una simile motivazione non vale a sorreggere la norma, nella parte in cui si applica a imprese diverse da Poste Italiane Spa. Si è voluto attribuire all'intervento portata generale, proprio allo scopo di non farne una normafotografia simile a quella del 1996 (52), ma il risultato è che nulla si sa dell'interesse che dovrebbe giustificare il sacrificio dei diritti di dipendenti di imprese diverse da Poste Italiane: esempio preclaro di eterogenesi dei fini, in cui per non peccare di irragionevolezza in un senso si compie un analogo peccato in senso differente.

Ma, anche limitandosi al caso di Poste Italiane Spa, i dubbi non sono superati: per quale motivo la sistematica violazione della legge sul lavoro a termine si protrae ininterrottamente dal 1994? Perché neppure gli strumenti di autonomia collettiva, disponibili almeno sino al 2001, sono stati usati in modo adeguato a far fronte alle esigenze di flessibilità negli organici dell'azienda? E perché poi tali esigenze di fles-

(51) Esiste, in verità, anche il problema dell'obbligo del datore di lavoro di corrispondere al dipendente retribuzioni per periodi in cui questi non ha prestato alcuna attività di servizio; problema particolarmente grave dal momento che l'azione è per sua natura imprescrittibile e può essere esercitata anche a distanza di molto tempo dalla cessazione del servizio di fatto. A temperare il rilievo di ciò, però, sta la duplice considerazione per cui: 1) le retribuzioni sono dovute solo dal momento in cui il lavoratore offre il proprio servizio al datore di lavoro (si veda, *ex multis*, A. Ciriello, *op. cit.*, p. 386; M. Nicolosi, *op. cit.*, pp. 1188 s.), così mettendo quest'ultimo in condizione, prima di rifiutare ed esporsi al rischio di dover pagare prestazioni non ricevute, di riesaminare la legittimità della clausola contestata; 2) seppure in termini restrittivi, si ammette che la rinuncia del lavoratore alla prosecuzione del rapporto possa manifestarsi per fatti concludenti, come, ad esempio, attraverso l'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro con terzi (*op. ult. cit.*, pp. 1185 ss.).

(52) Cfr. il già citato intervento dell'on. Corsaro alla Camera, ove si afferma «basta leggere questa norma per rendersi conto di come sia scritta in termini assolutamente generali», salvo poi ammettere che «la realtà operativa per la quale l'emendamento in questione ha evidentemente un impatto maggiore, è proprio quella rappresentata dalle Poste italiane, che hanno in corso qualcosa come quindicimila contenziosi di questo genere».

sibilità nella determinazione degli organici – ammesso che si possa ancora parlare, come avviene dal 1994, di necessità legate a un processo di ristrutturazione e rinnovo, che durerebbe ormai da quasi tre lustri – non si potevano tradurre, dopo il 2001, in una motivazione precisa e concreta dei singoli contratti? Perché non sono stati sufficienti né l'intervento legislativo del 1996 – cui hanno fatto seguito almeno alcuni anni in cui la stessa autonomia collettiva è andata in soccorso delle esigenze di Poste Italiane – né la disciplina di favore, pur di dubbia legittimità costituzionale, approvata alla fine del 2005? Sulla base dei dati noti e delle risultanze parlamentari, non si ravvisa nella fattispecie nessuna delle circostanze astrattamente riconducibili al concetto di eccezionalità evocato dalla Corte nella sua decisione del 2000.

Di insolito c'è forse il valore economico del contenzioso su cui la norma incide. Eppure anche questa considerazione non basta, oggi, a giustificare l'intervento del legislatore: sulla base dei dati a disposizione, non si può escludere che Poste Italiane Spa sia capace di far fronte alla situazione mediante gli strumenti ordinari di gestione delle eccedenze di personale o anche attraverso il normale *turn-over* di personale (53) e – soprattutto – mediante l'utilizzo dei fondi appositamente iscritti in bilancio e delle eventuali ulteriori risorse economiche disponibili (54). Quest'ultimo punto è decisivo per identificare la reale *ratio* dell'intervento e, cioè, per stabilire se esso miri a garantire la continuità del servizio postale universale, la gestione in termini di economicità della Spa – aspetto, quest'ultimo, sottolineato nella sentenza n. 419 del 2000, come si è detto – o piuttosto la possibilità della società di continuare a produrre utili, da spendere a vantaggio proprio o dei propri azionisti (il Ministero dell'economia e la Cassa depositi e prestiti): per quanto creativa possa essere la topografia dei valori da bilanciare, le tre ipotesi non corrispondono a interessi di eguale peso costituzionale.

(53) Si tratterebbe di quattro o cinque mila posti di lavoro all'anno, secondo P. Piovani, in *Il Messaggero*, 31 luglio 2008, p. 2. Il numero dei pensionamenti previsti, anno per anno, è stato uno dei dati ritenuti rilevanti dalla Corte Costituzionale nella citata ord. 18-30 dicembre 1998 (si veda *Lav. giur.*, 1999, p. 143).

(54) La citata relazione della Corte dei Conti sull'esercizio 2006 mostra la relatività delle grandezze in gioco: il valore del contenzioso, stimato, come detto, in 363 milioni di euro, deve essere raffrontato con la solidità economica di Poste Italiane Spa, che, per il 2006, ha esposto utili per oltre 483 milioni di euro; un patrimonio netto di oltre 2.471 milioni di euro; spese complessive per il personale (152.365 unità medie) per circa 5 miliardi e mezzo di euro.

Queste ultime considerazioni possono apparire giuridicamente vacue, approssimative, particolarmente vicine al merito politico della questione.

Non è così: esse rappresentano un passaggio decisivo nel *test* di giudizio sulle leggi retroattive elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in una giurisprudenza consolidata e incisiva, che rappresenta attualmente la linea di difesa più munita contro simili leggi, specie se a carattere provvedimentale.

Questo indirizzo, che ha avuto inizio e ha acquistato i propri lineamenti fondamentali con alcune decisioni ormai non recenti (55), è stato analizzato da chi scrive già in altra sede, alla quale si rinvia (56). Essenzialmente, la giurisprudenza europea generalizza i principi che, nel diritto italiano, valgono solo nel caso delle espropriazioni: 1) la disciplina convenzionale tutela qualunque diritto riconosciuto dalla legislazione nazionale, compresi i diritti relativi la cui sussistenza non è ancora stata accertata con sentenza definitiva, ed è, anzi, ancora oggetto di controversia, ma è ragionevole attendersi che sia accertata, sulla base di indirizzi giurisprudenziali consolidati; 2) quando si verifichi tale situazione, l'art. 6 della Convenzione vieta, in linea di principio, che lo Stato a-

(55) Sentenze 9 dicembre 1994, *Raffinerie Greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*; 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S. A. e altri c. Belgio*; 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society, the Leeds Permanent Building Society e the Yorkshire Building Society c. Regno Unito* (cd. caso *Building Societies*). Di questo filone giurisprudenziale fa parte anche la sentenza 29 luglio 2004, *Scordino c. Italia*, n. 1 (vedi parr. 78-80), che si è pronunciata sull'art. 5-bis del decreto 11 luglio 1992, n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992, n. 359, poi dichiarato incostituzionale dalla notissima sentenza Corte Cost. n. 348 del 2007, che insieme alla coeva n. 349 ha segnato una svolta nell'interpretazione del valore costituzionale dei trattati internazionali. Sulle sentenze nn. 348 e 349 si vedano i commenti di C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3518 ss.; A. Moscarini, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo, ibidem*, pp. 3525 ss.; M. Cartabia, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici, ibidem*, pp. 3564 ss.; A. Guazzarotti, *La Corte e la Cedu: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost., ibidem*, pp. 3574 ss. (vedi specialmente p. 3575, sul punto qui specificamente richiamato); V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali, ibidem*, pp. 3579 ss.

(56) *Le leggi retroattive sfavorevoli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in U. Breccia e A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato*, a cura di F. Dal Canto, Pisa, 2006, pp. 133 ss.; *I paletti di Strasburgo alle leggi retroattive*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 419 ss.

dotti una legge che, considerati anche i tempi e i modi della sua adozione, abbia lo scopo di avviare le liti in corso a un esito sfavorevole al titolare del diritto; 3) l'art. 1 del Protocollo n. 1, a sua volta, consente bensì che la legge sottragga il diritto al suo titolare, ma esige che tale ablazione si fondi su ragioni di interesse pubblico e che tali ragioni siano proporzionate al sacrificio imposto, in particolare non lasciando il cittadino privo di una ragionevole compensazione (57).

Già molte volte questa giurisprudenza è stata applicata a situazioni simili a quelle su cui ha inteso incidere la norma in commento: controversie lavoristiche o previdenziali – ad esempio, in tema di diritto alla ripetizione di indebite ritenute previdenziali (58), di pretese a componenti speciali del trattamento retributivo (59), di criteri di computo delle ore di servizio a fine retributivo (60) – sovente promosse «in serie» contro datori di lavoro pubblici o riconducibili alla sfera pubblica. In tutti questi casi, la Corte si è pronunciata in favore dei lavoratori, condannando gli interventi retroattivi del legislatore. Per ravvisare i presupposti di applicazione dell'art. 6 e dell'art. 1, Prot. n. 1, i giudici di Strasburgo hanno fatto leva principalmente sul contenuto delle norme in questione – di regola chiaramente intese a toccare i rapporti *sub iudice*, escludendo quelli oggetto di decisioni passate in giudicato – ma anche sui tempi e sui modi dell'approvazione delle norme stesse – spesso approvate sotto forma di emendamenti a progetti di legge su argomenti differenti, nel momento in cui il contenzioso era ancora in cor-

(57) L'assimilazione tra tutela dell'affidamento nelle leggi e garanzia del diritto di proprietà può apparire insolita, ma ha in realtà radici antiche: si veda, ad esempio, la celebre decisione del *Reichsgericht* 10 gennaio 1933 sul caso della carne congelata (citata da F. Merusi, *op. cit.*, pp. 64 s.; si può leggere in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Öffentliches Recht. Staatsrecht-Öffentliches Recht. Allgemeines*, a cura di H. Reuss, Berlino, 1953, pp. 121 ss.). Recentemente, la dottrina più aggiornata e attenta ha messo in luce l'uso che dei principi costituzionali sulla proprietà è stato fatto nell'ordinamento tedesco e nello stesso sistema europeo dei diritti umani per la tutela dei diritti sociali dei cittadini stranieri, soprattutto nel caso in cui costoro avessero partecipato al finanziamento delle misure in questione (V. Ferrante, *Parità di trattamento e tutela previdenziale dei lavoratori immigrati: profili comparati*, in *Una parità imperfetta. Esperienze a confronto sulla tutela previdenziale dei migranti*, a cura di Idem e L. Zanfrini, 2008, pp. 140 ss.).

(58) Sentenza 22 dicembre 1997, *Papageorgiou c. Grecia*.

(59) Sentenza 28 ottobre 1999, *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c. Francia*; 11 aprile 2002, *Smokovitis e altri c. Grecia*.

(60) Sentenze 9 gennaio 2007, *Arnolin e altri, e altri 24, c. Francia e Aubert e altri, e altri 8, c. Francia*.

so, ma se ne intravedeva il probabile esito (61). La Corte ha anche ammesso che interventi di questo tipo si possano considerare legittimi in casi eccezionali, ad esempio quando risultano prevedibili da parte degli interessati, perché tendono a riaffermare una volontà legislativa già precedentemente manifestata, ma attuata con strumenti tecnicamente inadeguati, oppure quando l'accoglimento delle pretese dei lavoratori comporterebbe costi tali da compromettere la continuità di un servizio pubblico. Con riguardo a questo secondo punto, però, la Corte è decisamente esigente e ritiene indispensabile che lo Stato enunci e argomenti con precisione le proprie stime, anche attraverso dati comparativi, in particolare rapportando il valore delle controversie in corso con le risorse complessivamente destinate al settore interessato (62). Non viene solitamente preso in considerazione l'interesse pubblico, anch'esso spesso invocato dalle difese degli Stati, alla definizione di questioni interpretative incerte, dato che, come detto, uno dei presupposti di questa giurisprudenza è proprio l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato che sia orientato a riconoscere la fondatezza delle pretese dei lavoratori (63).

La Corte europea dei diritti umani ha ribadito con decisione questo orientamento anche in contrasto espresso con le Corti nazionali, talora inclini ad atteggiamenti più accomodanti nei confronti del legislatore anche nel momento in cui lo stesso ordinamento interno chiede loro di fare applicazione del diritto convenzionale. Ad esempio, il caso *Zielinski* ha segnato una vera e propria svolta nella giurisprudenza francese sulle *validations législatives*, mentre le recenti decisioni *Aubert* e *Arnolin* hanno ribaltato le conclusioni della Corte di Cassazione, che, decidendo in *Assemblée plénière* sulla conformità alla Convenzione della legge, aveva ritenuto quest'ultima giustificata da motivi d'interesse pubblico sufficientemente seri e cogenti (64).

(61) Sentenza *Papageorgiu*, par. 38; sentenza *Zielinski*, par. 58. Si veda anche la sentenza *Smokovitis*, par. 25-26.

(62) Sentenza *Zielinski*, par. 59; sentenza *Aubert*, par. 83; sentenza *Arnolin*, par. 76.

(63) Sentenza *Aubert*, par. 82; sentenza *Arnolin*, par. 77.

(64) Rinvio ancora a *Le leggi retroattive sfavorevoli...*, cit., p. 149, e a *I paletti di Strasburgo...*, cit., p. 420. Le decisioni della Corte di Cassazione citate nel testo sono le nn. 497 e 498 del 24 gennaio 2003 (in <http://www.courdecassation.fr>; ivi si veda anche l'*avis* dell'Avvocato Generale Burgelin, con ampia ricognizione della giurisprudenza francese sul punto). Sulle leggi di sanatoria nel diritto francese, è utile la consultazione del *dossier* compilato dal Servizio Studi Giuridici-Divisione ricerche e studi del Senato francese, *Le régime juridique des validations législatives*, gennaio 2006 (in

Non risultano cambiamenti di rilievo nemmeno nelle pronunce più recenti della Corte europea dei diritti umani. Anzi, la Corte si è spinta ancora più avanti, nel proprio ragionamento sostanzialistico, tutto orientato alla tutela del pacifico godimento dei diritti: essa ha ravvisato una violazione dell'art. 1, Prot. 1, nella decisione con cui una giurisdizione superiore, ribaltando la giurisprudenza delle Corti inferiori, ha ritenuto che una certa legge avesse effetto retroattivo. Secondo i giudici di Strasburgo, ciò equivale a un'ablazione del diritto dell'interessata, la quale era risultata vincitrice nei precedenti gradi di giudizio, durati circa dodici anni (65).

Avendo già lungamente esaminato le caratteristiche dell'intervento legislativo in esame, dovrebbe risultare palese il suo contrasto con il descritto indirizzo della giurisprudenza europea. È più utile chiedersi brevemente se e come questo indirizzo è destinato a pesare anche nel giudizio che la Corte Costituzionale potrebbe essere chiamata a compiere sulla norma in esame.

Già prima del 2007, era chiaro che la Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti umani, aveva assunto nella giurisprudenza costituzionale un ruolo peculiare, particolarmente influente, difficile da spiegare in base ai soli caratteri formali della Convenzione stessa (66). Il pur non lineare cammino europeo della Corte Costituzionale era approdato a esiti tali da far apparire non inverosimili le conclusioni di un'audace dottrina (67), la quale ancora di recente ha confermato la propria preferenza per un modello teorico in cui, lungi dal doversi attestare sulla tradizionale posizione dell'armonizzazione in via ermeneutica dei diversi sistemi di tutela dei diritti, l'interprete potrebbe procedere, nelle diverse carte dei diritti, alla scelta dell'enun-

http://www.senat.fr), che inizia appunto (3) con l'affermazione secondo cui la giurisprudenza europea ha indotto quella nazionale a un atteggiamento di maggiore serietà.

(65) Sentenza 19 giugno 2008, *Ichtigiaroglou c. Grecia*: si vedano specialmente parr. 56-57. La questione di cui nel testo è distinta da quella sull'eccessiva durata del giudizio – anch'essa esaminata e ritenuta fondata (parr. 40-42). In effetti, mentre su tale secondo aspetto la conclusione della Corte sembra indiscutibile, non può non lasciare perplessi l'idea che un punto di diritto si possa ritenere definitivamente risolto, in assenza di una pronuncia dei giudici di ultima istanza.

(66) Si veda, al riguardo, una chiara sintesi delle posizioni dottrinali e delle varie fasi della giurisprudenza costituzionale in D. Tega, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 431 ss.

(67) A giudizio di D. Tega, *op. cit.*, p. 434, nonché Idem, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 73 s.

ciato normativo da applicare «indipendentemente dalla sua forma o provenienza, siccome maggiormente congruo rispetto al caso» (68): conclusioni, peraltro, antitetiche a quelle di chi teme una svalutazione del ruolo normativo della Costituzione italiana (69) o un'invasione da parte di Corti lontane dalle società nazionali dello spazio costituzionalmente spettante alla politica nelle decisioni su diritti e doveri (70). Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, giustamente considerate un momento di radicale svolta nei rapporti tra ordinamento interno e convenzionale, il passaggio dalla pura logica delle fonti a quella «dell'armonizzazione, dell'interpretazione, dei bilanciamenti» (71) sembra avere ricevuto un impulso decisivo, al punto tale da indurre qualcuno a identificare, non senza preoccupazione, una ulteriore forma di cessione di sovranità nella compressione che questa logica è destinata a esercitare sul principio del libero convincimento del giudice (72).

In realtà, in un caso come quello in esame, gli ostacoli all'armonizzazione tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale appaiono non tanto di ordine teorico, quanto, per così dire, di politica del diritto.

Dal punto di vista teorico, nulla sembra ostare a che la Corte italiana, come già accaduto per le Corti francesi, accordi la propria tecnica di sindacato con quella della Corte di Strasburgo: come è in parte dimostrato dalle stesse sentenze nn. 348 e 349, schemi di giudizio flessibili come il sindacato di ragionevolezza consentono una simile evoluzione, a maggior ragione quando essi riguardino un interesse – quello in nome del quale si sacrificano oggi i diritti dei lavoratori – il cui sta-

(68) A. Ruggeri, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, nel citato *Forum di Quaderni costituzionali*, p. 6. *Contra*, oltre alle posizioni citate nelle note seguenti, C. Pinelli, *op. cit.*, pp. 3520 s.

(69) A. Pace, *La limitata incidenza della Cedu sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 7 ss. (ma si vedano anche pp. 12 s., ove le perplessità sull'apertura alla Cedu si saldano con l'opposizione all'interpretazione per valori, che è richiesta dalla tecnica di redazione della Convenzione).

(70) M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1658 ss.

(71) Cfr. M. Cartabia, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in *Astrid* (testo rivisto e integrato dell'*Intervento* al convegno *La Costituzione italiana 60 anni dopo*, Roma, Accademia dei Lincei, 28-29 febbraio 2008), p. 8.

(72) M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra Diritto italiano e Diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 203 s.

tuto costituzionale si può considerare, perlomeno, non rigidamente definito (73). Inoltre, le peculiarità del caso in esame – l'origine legislativa della compressione dei diritti individuali; il numero chiuso delle fattispecie considerate; le caratteristiche giuridiche comuni delle singole situazioni dei lavoratori interessati – neutralizzano le distonie che altrimenti potrebbero derivare dal differente piano sul quale, solitamente, operano le due Corti (piano concreto e specifico, per la Corte europea; piano generale e astratto, per la Corte nazionale) (74). È vero, poi, che qui si tratterebbe di anticipare un giudizio non ancora compiuto dai giudici di Strasburgo sulla specifica norma in questione (75): ma è vero anche che l'indirizzo della giurisprudenza europea è talmente consolidato e preciso che nulla sembra impedire alla Corte italiana di fare ciò che altre Corti nazionali hanno fatto, e quindi di appropriarsi direttamente degli *standard* internazionali di giudizio. Altrimenti, si tratterebbe semplicemente di attendere il primo giudizio di Strasburgo, il cui esito sembra facile da prevedere.

Da ultimo, non sembra che, neanche facendo perno sui limiti all'ingresso del diritto convenzionale nell'ordinamento interno, si potrebbe razionalmente sostenere che la scelta compiuta dal legislatore si collochi entro un ambito riservato di discrezionalità politica, o comunque goda di una tutela costituzionale in grado di controbilanciare, anche solo parzialmente, la necessità di adeguare l'ordinamento interno a quello convenzionale (76). Infatti, non solo il diritto europeo già conosce la cd.

(73) In questo caso, non sembra irrisolvibile il problema delle divergenze nei bilanciamenti operati dalla Corte europea e da quelle nazionali: problema di per sé più arduo della semplice differenza di intensità tra gradi di tutela confrontabili riguardo a un identico diritto (si veda, al riguardo, A. Guazzarotti, *op. cit.*, p. 3579; M. Luciani, *Costituzionalismo irenico...*, cit., p. 1661; Idem, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2007, pp. 87 ss., e in *Federalismi* – <http://www.federalismi.it> –, e qui, in particolare, pp. 12 ss.; ma già A. Pace, *op. ult. cit.*, pp. 8 s.).

(74) Si veda, su tale aspetto, M. Luciani, *Alcuni interrogativi...*, cit., pp. 204 s.; M. Cartabia, *Le sentenze «gemelle»...*, cit., pp. 3571 s.; R. Conti, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti Cedu: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 217 s.

(75) A differenza di quanto accaduto nelle sentenze nn. 348 e 349, ma anche nella sentenza n. 39 del 2008. Segnala la difficoltà di applicare le decisioni della Corte europea a paesi diversi da quelli cui specificamente si riferiscono M. Cartabia, in *La Costituzione italiana...*, cit., pp. 9 s., nonché in *Le sentenze «gemelle»...*, cit., p. 3573.

(76) Nella sentenza n. 348, la Corte ha prospettato la possibilità di bilanciare la necessità di adattamento dell'ordinamento interno al Diritto europeo con gli altri valori costituzionalmente rilevanti. Considerato che entrambi i termini dell'ipotizzata anti-

dottrina del margine di apprezzamento come mezzo per evitare troppo penetranti compressioni delle peculiarità politiche nazionali (77), ma, nel caso in esame, lo stesso diritto nazionale stenta a trovare una giustificazione per l'intervento del legislatore.

In conclusione, con riguardo allo specifico caso esaminato non si riesce davvero a trovare un argomento in grado di impedire che la giurisprudenza costituzionale si allinei a quella europea, effettuando uno scrutinio severo della norma in esame e dichiarando la sua illegittimità. Il problema, se mai, si pone in un ambito diverso e più ampio: se l'ordinamento interno si aprisse all'indirizzo rigoroso della Corte europea, ponendo così fine all'atteggiamento storicamente deferente mantenuto dalla giurisprudenza costituzionale nei confronti della legislazione retroattiva, il cambiamento costituzionale sarebbe profondo e immediato. I margini della discrezionalità politica si restringerebbero improvvisamente e si configurerebbe persino la possibilità che la Corte europea riesamini e trovi insoddisfacenti le applicazioni dei principi di diritto convenzionale effettuate dalle Corti italiane, compresa quella che siede a Palazzo della Consulta.

Altri ordinamenti hanno già affrontato questi pur delicati passaggi, senza entrare in crisi. Ma prudenza potrebbe forse anche consigliare alla Corte Costituzionale di annullare la norma commentata sulla base di argomenti di puro diritto nazionale, rinviando la soluzione del problema di fondo agli eventuali casi futuri, in cui l'intervento retroattivo del legislatore non assuma un carattere di illegittimità così evidente tanto dal punto di vista interno, quanto da quello internazionale.

nomia possono rappresentare il punto di arrivo di operazioni di bilanciamento compiute da ciascuna delle due Corti, qualcuno ha parlato di un «bilanciamento di bilanciamenti» (V. Sciarabba, *op. cit.*, pp. 3583 s., nota 20; si veda, però, anche p. 3591, nota 48, dove si accenna alla probabilità che, sullo specifico tema dei limiti alla retroattività delle leggi, la Corte italiana si lasci persuadere da quella europea a un'attenta rimeditazione della propria impostazione tradizionale).

(77) Si veda, al riguardo, in generale, P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione*, cit., pp. 145 ss. Tale dottrina si riflette nei limiti entro cui, come si è detto, è ammessa la legislazione retroattiva che incida su diritti acquisiti e giudizi in corso.

Gabriele Moro (*)

FEDERALISMO E DIRITTO DEL LAVORO IN GERMANIA:
 IL RIPARTO DI COMPETENZE LEGISLATIVE
 TRA *BUND* E *LÄNDER* PRIMA E DOPO
 LA RIFORMA COSTITUZIONALE DEL 2006 (**)

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. Brevi cenni all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione italiana. — 2. Diritto del lavoro e competenze normative nelle Costituzioni tedesche, dalla Costituzione del Regno del 1871 alla *Grundgesetz* del 1949. — 3. Le competenze normative previste nella Costituzione federale tedesca. — 4. Il Diritto del lavoro come materia di legislazione concorrente nel rapporto tra *Bund* e *Länder*. — 5. Una fondamentale sentenza del *Bundesverfassungsgericht*. — 6. Cosa si trova dentro il contenitore *Arbeitsrecht* e ambiti di intervento dei *Länder*. — 7. Osservazioni conclusive.

1. — *Premessa introduttiva. Brevi cenni all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione italiana* — La presente trattazione intende valutare come il rapporto tra assetto federale dello Stato e Diritto del lavoro sia disciplinato, da un lato, dalla Costituzione tedesca e, d'altro lato, come lo stesso sia stato affrontato dalla *Bundesverfassungsgericht* di *Karlsruhe* (com'è noto, l'equivalente, pur con tutti gli opportuni distinguo, della nostra Corte Costituzionale).

A tal fine occorre, preliminarmente, fornire un dato fondamentale: a differenza della Costituzione italiana, la *Grundgesetz* tedesca (ovvero la «legge fondamentale», di seguito *Gg*) esplicitamente cita, nell'art. 74, comma 1, n. 12, il Diritto del lavoro (*das Arbeitsrecht*) tra le materie oggetto di competenza legislativa concorrente tra *Bund* e *Länder*.

Nel nostro paese, infatti, la Carta repubblicana, a seguito della riforma del Titolo V (1), tratteggia un quadro piuttosto criptico del

(*) Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Torino.

(**) Il presente contributo è frutto del periodo di studio trascorso presso l'Università di Amburgo. L'Autore ringrazia pertanto il Prof. Ullrich Zachert e la sua assistente Dott.ssa Anne Queck per il prezioso supporto.

(1) Condotta con legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

riparto di competenze in materia (2) e solo il lavoro della dottrina e della giurisprudenza costituzionale successivo alla riforma hanno apportato un chiarificatore contributo ermeneutico.

La maggioranza dei commentatori alla modifica costituzionale, al fine di scongiurare il pericolo di una deriva localistica del Diritto del lavoro, si è resa complice di un'imponente opera di restrizione del significato di una riforma dagli effetti potenzialmente esplosivi (3) (almeno fino a quando alle indicazioni del *Libro bianco* (4) non è stata data attuazione legislativa, che ha manifestato la scelta del legislatore statale di mantenere un modello di produzione normativa accentrata). La dottrina maggioritaria, infatti, ha inteso scongiurare «il più che probabile effetto [...] di promuovere una corsa al ribasso degli *standard* protettivi, alimentando una sorta di competizione distruttiva, micidiale per gli equilibri sociali del paese» (5) e, sostanzialmente, manifestando il proprio assenso a una definizione del dibattito senza soluzione di continuità rispetto al passato.

La ricerca di un riferimento per condurre la materia «Diritto del lavoro» al placido approdo della competenza esclusiva statale si è ri-

(2) Come noto, l'unico riferimento esplicito contenuto nel novellato art. 117 Cost. alla materia lavoro è la voce «tutela e sicurezza del lavoro» collocato al comma 3, in regime di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni.

(3) Alcune voci minoritarie, talune delle quali verosimilmente più per scongiurare un avvertito pericolo che per autentica e genuina adesione, valorizzando il dato testuale della norma costituzionale, hanno ravvisato nella competenza concorrente regionale in materia di tutela e sicurezza del lavoro una deroga alla competenza esclusiva in materia di ordinamento civile attribuita al legislatore nazionale. In tal senso, la competenza regionale si troverebbe in un rapporto di specialità (di *species a genus*) con la legge statale, con conseguente possibilità per le Regioni di legiferare in merito ad aspetti privatistici del rapporto di lavoro, seppur nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalla prima parte della Costituzione e dal legislatore ordinario. Vedi Biagi, *Il lavoro nella riforma costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, I, pp. 157 ss.

(4) Il *Libro bianco sul mercato del lavoro*, organico documento programmatico ufficiale del governo di centro-destra insediatosi nel 2001, sembrava prospettare il passaggio dell'intero ordinamento del Diritto del lavoro alla competenza ripartita regionale (nella specie costituita dall'attribuzione della «tutela e sicurezza del lavoro» alla competenza regionale concorrente). In tale documento, infatti, si afferma che la «potestà legislativa concorrente alle Regioni in materia di mercato e rapporti di lavoro costituisce un elemento che occorre pienamente valorizzare, respingendo interpretazioni riduttive che la limiterebbero a una funzione meramente implementativa delle politiche nazionali».

(5) Roccella, *Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 504.

solta nella sua individuazione nella voce «ordinamento civile» (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.), facendo leva sulla matrice civilistica tanto del rapporto di lavoro quanto del sistema di relazioni industriali e collettive. Dall'altro lato, seppur in mancanza di qualsivoglia riscontro semantico in tale senso – ciò, per quanto di utilità, va comunque rilevato – si è identificato nel sintagma «tutela e sicurezza del lavoro», in una logica di assoluta continuità con il più recente passato (6), la disciplina del mercato del lavoro, come noto area storicamente oggetto di interventi regionali e delle autonomie locali (7).

Sul piano legislativo, invero, al di là di «una mera concessione alla retorica del federalismo» (8), il legislatore statale, con l'emissione della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30, e il relativo decreto delegato 14 settembre 2003, n. 276 (9), ha sostanzialmente smentito l'impostazione governativa fatta propria nel *Libro bianco*. La pianificazione originaria ivi contenuta, nonostante l'enfasi dei primi interventi governativi (10), non è stata, infatti, trasfusa nella legge delega e, inevitabilmente, non ha trovato sbocco nel decreto delegato (11). In questa sede non si indugerà, naturalmente, in una valutazione complessiva globale dell'impianto normativo, per la quale si rimanda all'ampia letteratura che i provvedimenti, stante la loro fundamenta-

(6) Già ai sensi dell'art. 1 della legge n. 59/97, infatti, il d.lgs. n. 469/1997, a Costituzione invariata, aveva conferito alle Regioni e agli enti locali le «funzioni e i compiti relativi al collocamento e alle politiche attive del lavoro, nell'ambito di un ruolo generale di indirizzo, promozione e coordinamento dello Stato».

(7) Assai critico Treu, *Diritto del lavoro e federalismo*, in Aa.Vv., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Quad. riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 44, il quale, pur ritenendo condivisibile la necessità di sventare una minaccia alla compattezza «non solo della materia, ma dello stesso ordinamento nazionale», sostiene, tuttavia, che tale esigenza «si alimenta anche di un'inerzia istituzionale e culturale che porta a leggere la nuova realtà normativa con le vecchie categorie e quindi a tradire le innovazioni introdotte, sia pure con formule incerte e discutibili, dalla riforma».

(8) M. G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *q. Riv.*, 2003, p. 363.

(9) Aveni come oggetto «occupazione e mercato del lavoro», punto di arrivo di un disegno riformatore che trova origine nel *Libro bianco*, e cui ha fatto seguito dapprima il d.d.l. n. 848/2001 e poi i provvedimenti normativi citati nel testo.

(10) Dalla quale peraltro, come rilevato, già la coeva prevalente dottrina aveva largamente preso le distanze.

(11) Si veda, al riguardo, F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel Diritto del lavoro di inizio secolo*, *Introduzione al Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, Milano, 2004, I, pp. XXXV ss., e Curzio, *Introduzione* al volume *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/2003*, Bari, 2004, pp. 27 ss.

le rilevanza, hanno da subito suscitato. Tuttavia, pare opportuno segnalare come tali provvedimenti normativi abbiano radicalmente contraddetto le indicazioni provenienti dal *Libro bianco*, sostanzialmente esautorando da ogni rilevante esercizio di funzioni normative in materia lavoristica il legislatore regionale (12), il quale, dal canto suo, ha peraltro mostrato una certa ritrosia a occupare gli spazi concessigli, per lo meno in via ipotetica, dal nuovo sistema di attribuzione delle competenze (13).

Per quanto attiene alla giurisprudenza costituzionale la sentenza della Consulta n. 50 del 2005 (14) rappresenta senza dubbio la più rilevante presa di posizione dell'organo di giustizia costituzionale in merito al riparto di competenze normative in materie lavoristiche. Escluse piccole operazioni di *maquillage*, il cui impatto risulta del tutto irrilevante, la Corte Costituzionale promuove in modo inequivoco la riforma del mercato del lavoro condotta dai provvedimenti normativi sopracitati (15), ed emette, al riguardo, una sentenza valutata, nel suo impianto sistematico, «tutto sommato lineare nei principi affermati, [e che] ha fatto strame delle censure sollevate, ribadendo e talora radicalizzando la chiave di lettura minimalista del federalismo introdotto dalla legge costituzionale n. 3/2001» (16). La Consulta, infatti, afferma che la disciplina intersoggettiva di qualsiasi rapporto di lavoro rientra nella materia «ordinamento civile» e appartiene, quindi, alla competenza esclusiva statale: le Regioni, in altre parole, non possono occuparsi di una materia che, inerendo al rapporto contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore, concerne il Diritto privato, di esclusiva competenza statale (17).

(12) Si veda F. Carinci, *Riforma costituzionale e Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 81, ad avviso del quale, in fin dei conti, la vicenda mostra come «un governo di qualsiasi colore è portato inevitabilmente a coltivare ed esprimere una sua forte vocazione centralista».

(13) Tiraboschi, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona».it* - n. 43/2004, p. 40.

(14) In *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 502.

(15) La promozione citata nel testo si riferisce esclusivamente all'esame di costituzionalità dell'impianto normativo, sorta di «convalida» della legge operata dalla Consulta, «su questo e non su altro la Corte si è pronunciata»: Curzio, *La legge 30 due anni dopo alla luce delle pronunce giurisprudenziali*, in *q. Riv.*, 2006, I, p. 289.

(16) Garilli, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in *q. Riv.*, 2005, p. 441.

(17) Con l'eccezione in materia di contratti a causa mista, in cui interverrebbe un concorso di competenze e la cui risoluzione non può essere individuata nella mera ap-

La parte fondamentale della sentenza, tuttavia, è quella che la Corte dedica all'esame della voce «tutela e sicurezza del lavoro» e alla regolamentazione e disciplina del mercato del lavoro. In particolare, ad avviso dei giudici costituzionali «quale che sia il completo contenuto che debba riconoscersi alla materia “tutela e sicurezza del lavoro”, non si dubita che in essa rientri la disciplina dei servizi per l'impiego e in specie quella del collocamento» (18). Ma se così fosse, la delega legislativa avrebbe dovuto limitarsi alla determinazione dei principi fondamentali, con at-

plicabilità di un criterio «rigido» di separazione di competenze, bensì nell'identificazione di criteri in grado di contemperare, tramite un'operazione di bilanciamento costituzionale, i contrapposti (almeno apparentemente) titoli legittimanti [in questo senso, si veda già F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel dritto del lavoro di inizio secolo*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, p. XLIII, il quale, riferendosi al necessario contemperamento di valori anche costituzionali, evoca un modello di «federalismo cooperativo»]. La Consulta individua il primo di tali criteri nel principio della «leale collaborazione», che, a causa della sua elasticità, consentirebbe di avere riguardo alle particolarità dei singoli episodi. Ma la leale collaborazione non è l'unico criterio individuato dalla Consulta: a esso si affianca il ben più incisivo criterio della «prevalenza», qualora appaia evidente che il nucleo essenziale di un complesso normativo «appartenga a una materia piuttosto che ad altre», e in forza del quale se vi è concorrenza di competenze statali e regionali su di un ambito complesso – quale può essere rappresentato dalla disciplina dei contratti a contenuto formativo – la regolazione dovrà essere affidata al legislatore nella cui competenza ricade il nucleo essenziale di quel complesso normativo; questi tuttavia non potrà esimersi da forme di coinvolgimento (secondo appunto le variegate forme della leale collaborazione) anche dell'ente titolare delle altre competenze concorrenti. Così statuendo la Corte sostanzialmente avalla la scelta del legislatore nazionale che nel disciplinare i contratti a contenuto formativo non si sarebbe limitato alla determinazione dei soli principi fondamentali, avendo titolo a porre mano a una più dettagliata disciplina proprio perché pur sempre rientranti nell'ampia categoria dei contratti di lavoro, la cui disciplina non può che essere ricondotta alla competenza esclusiva dello Stato, stante la voce «ordinamento civile». La successiva giurisprudenziale costituzionale in materia di contratti a contenuto formativo introdurrà specificazioni che, seppur rilevanti, lasciano immutato l'orientamento espresso con la sentenza n. 50. In merito al concreto assetto dei rapporti tra formazione interna ed esterna, si veda la sentenza n. 21 del 2 febbraio 2007, in q. *Riv.*, 2007, II, p. 383; Corte Cost. n. 24 del 6 febbraio 2007, in q. *Riv.*, 2007, II, p. 383; Corte Cost. n. 406 del 7 dicembre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 556.

(18) Ciò indurrebbe fondatamente a ritenere che la materia disciplinata dal Titolo II del d.lgs. n. 469/1997 non possa non rientrare tra le materie di competenza concorrente delle Regioni. E conseguentemente, alle Regioni spetterebbero compiti e funzioni che contemplino non solo l'organizzazione amministrativa dei servizi per l'impiego, «ma l'intero asse delle politiche attive del lavoro rivolte all'inserimento professionale degli inoccupati e disoccupati con particolare attenzione ai giovani, alle donne e ai lavoratori svantaggiati».

tribuzione alle Regioni del compito di tradurre tali principi in norme di dettaglio. La Corte, invece, afferma recisamente che «essendo i servizi per l'impiego predisposti alla soddisfazione del diritto sociale al lavoro, possono verificarsi i presupposti per l'esercizio della potestà statale di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost., come pure che la disciplina dei soggetti comunque abilitati a svolgere opera di intermediazione può esigere interventi normativi rientranti nei poteri dello Stato per la tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lettera *e*, Cost.)» (19).

La sentenza n. 50 del 2005 ha rivestito un'importanza notevole non solo per il contributo che essa ha arrecato rispetto alla definizione delle materie contenute nel catalogo costituito dall'art. 117 Cost. (almeno per quanto attiene alle materie di contenuto lavoristico), ma anche perché essa ha impostato in una direzione inequivoca l'impatto della riforma costituzionale del 2001 sul Diritto del lavoro italiano (20). Come veri-

(19) «Se è vero che astrattamente la disciplina recata dalla riforma è inquadrabile nella tutela e sicurezza del lavoro, è altresì vero che lo Stato ben può – e, anzi, deve – intervenire su di essa invadendo la competenza regionale, ogni qualvolta si manifesta la necessità di garantire quel nucleo minimo del diritto sociale al lavoro coesistente al concetto stesso di cittadinanza, che in quanto tale deve essere assicurato, in condizioni di eguaglianza, sull'intero territorio nazionale», Scagliarini, *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 186. Ne deriva che il ruolo delle Regioni sarebbe puramente eventuale e integrativo e a ogni modo limitato alla possibilità di regolamentare e promuovere un mercato del lavoro in ambito locale. Lo Stato, infatti, sarebbe l'unico soggetto abilitato a poter operare quel bilanciamento di interessi contrapposti ma tutti contestualmente e parimenti tutelati a livello costituzionale. Se, infatti, lo Stato ha l'onere di garantire a tutti i cittadini le condizioni fondamentali per l'esercizio del diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Carta costituzionale, «le Regioni più virtuose o che dispongono di maggiori disponibilità hanno la possibilità di integrare – e non derogare – le tutele assicurate dallo Stato» (Leone D'Agata, *Cd. riforma Biagi e federalismo: la Corte Costituzionale si pronuncia*, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 81).

(20) La Corte Costituzionale, con sentenza n. 384 depositata in data 14 ottobre 2005 (in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2006, p. 87), ha proseguito nell'incessante opera di definizione dell'*actio finium regundorum* tra competenze statali e competenze regionali in materie lavoristiche, consolidando una scelta interpretativa che è apparsa ormai molto più di una timida e incerta valutazione *prima facie*. La rilevanza di tale sentenza, invero, deriva dalla circostanza che le censure di illegittimità costituzionale che ne costituiscono il motivo e quelle relative alla pronuncia n. 50 del 2005 sono contenute nei medesimi ricorsi presentati dalle Regioni Marche, Toscana, Emilia Romagna, Basilicata e dalla Provincia autonoma di Trento. Con provvedimento del 28 settembre 2004 la Consulta, dopo avere riunito i ricorsi in quanto proponenti

ficato, infatti, la pronuncia della Corte ha affondato definitivamente tanto le teorie panregionaliste che a suo tempo trovarono accoglimento nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, quanto quelle posizioni dottrinali, per vero assai meno radicali, che consideravano la voce «tutela e sicurezza del lavoro» – contenuta nell'elenco delle potestà normative concorrenti regionali – capace di ampliare notevolmente la sfera di intervento dei legislatori regionali.

2. — *Diritto del lavoro e competenze normative nelle Costituzioni tedesche, dalla Costituzione del Regno del 1871 alla Grundgesetz del 1949* — Come pocanzi accennato, il Diritto del lavoro gode, nel sistema costituzionale tedesco di riparto delle competenze normative, di un riferimento espresso, manifestato a chiare ed eloquenti lettere dal legislatore costituzionale, che lo colloca apertamente in un ambito (la competenza normativa concorrente) nel quale tanto il *Bund* quanto i *Länder* possono legittimamente adottare provvedimenti normativi nelle materie ivi attribuite.

A questo preliminare dato fondamentale, tuttavia, vanno accompagnate altre e ulteriori preventive precisazioni che, sebbene solo in parte, oscurano il dato testè fornito. Il riferimento espresso al Diritto del lavoro contenuto nell'art. 74, comma 1, n. 12, *Gg*, infatti, se, da un lato, esplicita in maniera inequivoca la natura della competenza normativa in materia, d'altro lato, non dev'essere mal interpretato: la competenza normativa concorrente che esso prevede assume significato assai differente rispetto a quanto tale competenza comporta, rispettivamente, nel nostro sistema di riparto costituzionale di competenze legislative tra Stato e Regioni. La legislazione *konkurrierende* (concorrente) tedesca risulta, infatti, ispirata a una concezione radicalmente diversa da quella concorrente italiana, trattandosi di un modello di alternanza più che di condivisione.

questioni simili o strettamente connesse, riservava a separata pronuncia ogni decisione in ordine alla trattazione delle questioni riguardanti il riordino dei servizi ispettivi (di cui agli artt. 1, comma 2, lett. *d*, prima parte, e 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30, e al d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124), che è stata scissa da quelle avente a oggetto tutte le altre norme della legge delega, decise, unitamente alle questioni concernenti il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con la citata sentenza n. 50 del 2005. La pronuncia si colloca nel solco dell'ormai manifesta evoluzione del convincimento della Consulta, teso alla sostanziale esautorazione delle competenze regionali in materia, costituendo coerente prosecuzione della sentenza n. 50 anche per la condizionale impronta accentratrice accolta dalla Corte.

Prendendo le mosse dalla *Reichsverfassung* (la Costituzione del Regno del 16 aprile 1871, emanata dagli già esistenti organismi legislativi *Bundestag* e *Reichstag*), la struttura del *Deutsches Reich* già si qualificava come uno Stato federale (21), «egemonico e dinastico» (22), all'interno del quale convivevano ventidue Stati a reggenza monarchica e tre città repubblicane (Amburgo, Brema, Lubeca) (23). Valeva essenzialmente, fin da allora, il principio di separazione delle competenze, in base al quale i singoli *Länder* erano competenti per le materie non espressamente affidate dalla Costituzione alla cura del *Bund* (24). L'art. 4 della *Reichsverfassung* prevedeva, al n. 1, una competenza del Regno sulle «disposizioni circa l'attività aziendale, comprensiva degli aspetti assicurativi». Sotto questi concetti furono catalogati tanto l'ordinamento del lavoro aziendale quanto le norme in merito all'assicurazione sociale introdotte da Bismarck (25). Infatti, ai sensi della normativa citata, il *Reich* fece ampio uso della propria competenza normativa: accanto alle norme relative all'ordinamento aziendale del lavoro (i rapporti contrattuali dei lavoratori in azienda erano oggetto in modo particolare della *Gewerbeordnungsgesetz*, la legge sull'ordinamento delle professioni, del 21 giugno 1869 (26), Titolo VII, artt. 105-110, oltre a leggi speciali, quali la legge sull'impiego di bambini in azienda del 30 marzo 1903 e la legge sul lavoro a domicilio del 20 dicembre 1911), si annoverano anche altri provvedimenti normativi

(21) Vedi Laband, *Deutsches Reichstaatsrechts*, München, 1919, p. 13.

(22) Vedi Weber, *Kriterien des Bundesstaates*, Wien, 1980, p. 48.

(23) Detto incidentalmente, la Costituzione in discorso intraprese il difficile tentativo di combinare elementi assai diversificati tra loro, attingendo al contempo da principi democratici, monarchici e federali. Si veda, al riguardo, Anschütz, *Staatsrecht*, in Holtzendorff, Kohler, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Bd. IV, Berlin, 1914, pp. 1 ss.

(24) Si veda, in proposito, l'opinione di Maurer, *Staatsrecht*, I, *Grundlagen Verfassungorgane Staatsfunktionen*, München, 2005, p. 62, ad avviso del quale le competenze del *Reich* ivi delineate erano, complessivamente intese, assai più deboli dell'attuale disposizione costituzionale, specie nel settore dell'amministrazione della cosa pubblica. Ad avviso del medesimo Autore, un ruolo fondamentale nel cammino del rafforzamento delle competenze statali ebbe l'egemonia prussiana, stante l'influenza esercitata sul piano istituzionale, ma anche geografico ed economico: il regno di Prussia copriva il 65% del territorio dell'Impero, e in esso viveva il 62% dell'intera popolazione.

(25) Stettner, *Art. 74, II, Einzelne Titel*, in Dreier (*herausgegeben*), *Gg Kommentar*, München, 2006, p. 1674.

(26) La *Gewerbeordnungsgesetz* è, in alcune sue parti, ancora in vigore: si vedano, infatti, le modifiche apportate tramite l'art. 1 della legge 19 dicembre 2006.

quali la legge sul *Reichsversicherungsordnung*, la legge sull'ordinamento delle assicurazioni, del 19 luglio 1911.

A sua volta, la Costituzione di Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*, di seguito *Wrv*), emanata all'esito del processo che prese avvio dalla Rivoluzione del novembre 1918 e dall'abdicazione del *Kaiser*, risentiva fortemente, in numerosi aspetti, dell'influsso della Costituzione del 1871 (27). Essa assegnava al *Reich* competenza normativa concorrente in materia di «Diritto del lavoro, di assicurazione e protezione dei lavoratori e degli impiegati» (art. 7, n. 9, *Wrv*) (28). La moderna, a suo tempo, parola *Arbeitsrecht* (Diritto del lavoro) era stata proposta all'Assemblea dall'ottavo *Ausschuss* (Consiglio) della «Costituente nazionale tedesca per l'emissione di una Costituzione», in sostituzione della formulazione, precedentemente suggerita, «rapporto giuridico dei lavoratori e degli impiegati», sebbene ad avviso di alcuni lo stesso concetto «Diritto del lavoro» non apparisse del tutto chiaro nella sua portata e nel suo contenuto (29). Peraltro, dal sistema di riparto di competenze legislative, si ricava che negli ambiti di competenza, i *Länder* potevano emanare propri provvedimenti normativi solo «fin tanto e nella misura in cui il *Reich* non avesse fatto uso della propria competenza normativa» (30).

La nozione «Diritto del lavoro», a ogni modo, apparve ai più sufficientemente esaustiva e venne positivamente valutato che «questo nuovo e importante concetto [fosse] stato introdotto fin dall'inizio nella legislazione» (31), tanto da assumere una valenza fondamentale, posto che

(27) Una ricognizione storica dei fatti che diedero origine al «fenomeno Weimar» è, naturalmente, impossibile in questa sede, così come l'analisi dei punti di contatto con la precedente tradizione costituzionalistica tedesca e la rilevanza generale della Costituzione di Weimar nel periodo in cui fu emessa. In merito a questi aspetti, si vedano, per tutti, Huber, *Verfassungsgeschichte*, Bd. V-VIII, 1978, pp. 152 ss., e Hammer, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 – die Weimarer Reichsverfassung*, Frankfurt, 2000, pp. 57 ss.

(28) Ma si veda, per l'individuazione del sistema di competenze, l'art. 12, Abs. 1.

(29) Si vedano, al riguardo, Jacobi, *Grundlehren des Arbeitsrecht*, 1927, p. 37, e Kaskel, *Art. 157, Abs. 2. Einheitliches Arbeitsrecht*, in Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. III, München, 1930, p. 361.

(30) Per una sistematica visione d'insieme delle competenze normative secondo la *Wrv*, si veda Lassar, *Die verfassungsrechtliche Ordnung der Zuständigkeit*, in Anschütz, Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. I, München, 1930, par. 27.

(31) Koch, *Berichterstatte des Unterausschusses*, in *Verhandlungen der Verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336: *Anlagen zu den Sten. Ber.*, in *Akten Stück*, n. 391: *Bericht des Verfassungsausschusses*, Berlin, 1920, p. 70.

la disposizione venne intesa come se di seguito alla voce «Diritto del lavoro», contenuta nell'art. 7, n. 9, *Wrf*, fosse inserito un «in particolare» e le voci menzionate successivamente fossero considerate alla stregua di mere «guide esemplificative delle porzioni di ambiti interessate, particolarmente a cuore al legislatore» (32) (in modo che fosse chiaro, in altre parole, che quest'ultimo disponesse anche della competenza in materia di assicurazioni sociali) (33). Dev'essere segnalato, peraltro, che il riconoscimento del Diritto del lavoro e delle assicurazioni sociali quale autonoma disciplina trova espressione anche in altre disposizioni della *Wrv*, quali l'art. 161 (34) e l'art. 157, Abs. 2, all'interno del quale, in particolare, si esorta il *Reich* ad adottare, in sostanziale aderenza al coevo assetto dei rapporti di forza tra autorità centrale e periferica che fondamentalmente proponeva una disciplina del Diritto del lavoro di esclusiva provenienza federale, una disciplina unitaria del Diritto del lavoro (35).

Successivamente, il progetto costituzionale detto *Herrenchiemseer Entwurf* (36) affidava, all'art. 15, comma 36, al *Bund* la precedenza legislativa in merito «al Diritto del lavoro, compresa la protezione del la-

(32) Kaskel, *op. cit.*, p. 370.

(33) «In verità, i due ambiti malgrado il loro comune fondamento, si sono separati l'uno dall'altro e sviluppati in autonome discipline giuridiche», Kaskel, *op. cit.*, p. 366.

(34) Art. 161: «per la difesa della salute e dell'attività lavorativa, per la protezione della maternità e per la prevenzione delle conseguenze economiche derivanti dalla vecchiaia, dalla debolezza, dai cambiamenti della vita, il *Reich* predispone un completo sistema di assicurazione con la determinante collaborazione degli assicurati». Si veda, al riguardo, Fischer, *Artikel 161. Sozialversicherung*, in Nipperdey, *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, *op. cit.*, p. 452.

(35) Art. 157, comma 2: «Il *Reich* predispone un Diritto del lavoro unitario». Sul significato di tale disposizione si veda, in particolare, Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919, Art. 157 Erl. 2*, 1933, p. 730. Esortazione, come noto, che non ebbe seguito. L'autorità centrale, peraltro, durante il periodo di Weimar fu particolarmente attiva nell'ambito del Diritto del lavoro, emanando provvedimenti normativi dotati di indubbia rilevanza, quali la legge sui Consigli di fabbrica del 4 febbraio 1920 (si veda, al riguardo, Feig, *Betriebsräte*, in Elster, Weber, Wieser, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, München, 1924, p. 625), sul Diritto processuale del lavoro del 23 dicembre 1926 e la legge sulla assicurazione contro la disoccupazione e sul collocamento del lavoro del 16 luglio 1927, poi rivista con legge del 12 ottobre 1929. Si veda, per una generale ricognizione del Diritto del lavoro nell'epoca weimariana, Nörr, *Grundlinien des Arbeitsrecht der Weimarer Republik*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1986, p. 403.

(36) Sulla portata e valenza dell'incontro svoltosi tra il 10 e il 23 agosto 1948 sulle rive del lago Chiemsee, in Baviera, si veda Mussnug, *Zustandekommen des Grundgesetzes*

voro e l'avviamento al lavoro». Anche in questo caso, il concetto di Diritto del lavoro dev'essere inteso in senso ampio, comprensivo, quindi, non solo del diritto del contratto di lavoro ma anche del Diritto pubblico del lavoro, del Diritto processuale e delle disposizioni inerenti alle rappresentanze dei lavoratori nei luoghi di lavoro. A tal fine vennero aggiunte, con intento chiarificatore, le parole «compresa la protezione del lavoro e l'avviamento al lavoro» (37).

Venendo, infine, alla *Grundgesetz* del 1949, cioè alla Costituzione federale attualmente in vigore (nonostante numerosi rimaneggiamenti l'ultimo dei quali avvenuto nel corso del 2006), in seno alla Commissione per la delimitazione delle competenze normative, nonostante il prevalere dell'opinione maggioritaria secondo la quale la voce *Arbeitsrecht* abbracciasse anche voci limitrofe, si valutò comunque opportuno aggiungere, rispetto al modello costituito dall'*Herrenchiemseer Entwurf*, la voce *Arbeitsschutz* (la protezione del lavoro). La nuova formulazione venne adottata in prima lettura dalla *Hauptauschuss* (il Consiglio superiore) senza discussione (38), mentre in seconda lettura venne discussa la proposta di inserire dopo la parola *Arbeitsrecht* le parole «compreso l'ordinamento aziendale», al fine di «chiarire che il diritto delle rappresentanze aziendali ricade sotto la legislazione di precedenza» (39) (la cosiddetta *Vorranggesetzgebung*). La proposta passò unanime e la disposizione di risulta, che in terza e quarta lettura non venne nemmeno discussa, si trova attualmente scolpita a livello costituzionale nell'art. 74, comma 1, *Gg*, il quale dispone che «la competenza legislativa concorrente si estende alle seguenti materie: 1. il Diritto civile, [...] 12. *il Diritto del lavoro* compreso l'ordinamento aziendale, la protezione del lavoro, l'attività di collocamento così come l'assicurazione sociale compresa l'assicurazione contro la disoccupazione» (40).

und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in Isensee, Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, München, 2003, par. 8, Rdnr. 39.

(37) Si veda quanto sostenuto in sede congressuale nel *Bericht des Unterausschusses II*, in Bucher, *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*. Bd. II, *Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*, München, 1981, p. 245.

(38) Seduta del 23 novembre 1948.

(39) *Parlamentarischer Rat. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums*, Bonn 1948/49, Drs. n. 370 del 13 dicembre 1948, p. 93.

(40) *Parlamentarischer Rat. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Formulierungen der Fachausschüsse, des Allgemeinen Redaktionsausschusses, des Hauptausschusses und des Plenums*, op. cit., p. 361.

3. — *Le competenze normative previste nella Costituzione federale tedesca* — Prima di passare concretamente a verificare come il Diritto del lavoro venga in tale sede affrontato, pare opportuno premettere una digressione generale sulle tipologie di competenze normative contenute nella «legge fondamentale».

La Repubblica federale tedesca assume, come noto, struttura di Stato federale. Ciò si evince in maniera inequivoca dall'art. 20, Abs. 1, *Gg*, il quale sancisce espressamente l'accoglimento del principio federalista (41). La Repubblica, in altre parole, è costituita da una unione di Stati, che, al contempo, sono anche organismi sovrani e (in parte) indipendenti. Il dualismo che ne deriva e le connesse problematiche in merito alle eventuali e pur sempre possibili tensioni, vengono composti tramite i mezzi all'uopo predisposti dall'ordinamento costituzionale. La stessa Costituzione federale fissa reciproche limitazioni all'esercizio dei poteri statali, le cui funzioni vengono, invero, ripartite tra il *Bund* e i *Länder*: l'art. 30 *Gg*, infatti, dispone che l'esercizio delle funzioni statali e l'adempimento dei compiti connessi compete, fin tanto che la *Gg* non dispone o consente altra forma di regolamentazione, ai *Länder* (42).

Del tutto logicamente, dunque, in merito a quanto direttamente concerne l'esercizio del potere legislativo, ai sensi dell'art. 70, comma 1, *Gg*, i *Länder* sono dotati della primaria funzione legislativa fin tanto che la Costituzione non affida al *Bund* la medesima funzione (43). La norma citata dispone, dunque, nell'operazione di generale determinazione degli spazi accessibili dal legislatore centrale e periferico,

(41) Art. 20, comma 1, *Gg*: *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*.

(42) Questi ultimi, quindi, possono rivendicare, stante il tenore letterale della disposizione appena citata, la più alta e originaria competenza (in quanto non «devoluta» dal *Bund* ma riconosciuta direttamente dalla Costituzione) per l'esercizio dei poteri statali nelle materie e negli ambiti loro affidati.

(43) Art. 70, comma 1, *Gg*: «i *Länder* hanno il diritto alla legislazione fin tanto che questa “legge fondamentale” non attribuisca al *Bund* il potere di legiferare». Su quali concreti spazi possa intervenire il legislatore dei *Länder*, l'art. 70 non si pronuncia. Esso afferma solo che, in sostanziale similitudine al legislatore costituzionale italiano, i *Länder* possano legiferare solo ove la Costituzione non preveda che la competenza normativa in materia non appartenga al *Bund* per espressa disposizione. Il legislatore dei *Länder*, in analogia con il nostro legislatore regionale, dovrà quindi preventivamente verificare che sulla materia oggetto di sua eventuale regolamentazione non viga una espressa competenza del *Bund*, la quale, sussistendo, priverà di ogni efficacia la normativa del *Land*, caducandola e privandola di ogni effetto.

una presunzione semplice in favore della competenza normativa di quest'ultimo (44).

A questa generale disposizione, che sembra porre semplicemente i *Länder* in una posizione preferenziale rispetto al *Bund*, fanno seguito le disposizioni costituzionali ove vengono nominate le tipologie di competenza normativa (45). Le tipologie di competenze normative contemplate dall'art. 70, comma 2, *Gg*, sono le seguenti:

a) competenza esclusiva del *Bund*, che impedisce ogni interferenza dei *Länder* sulla medesima materia, con l'eccezione, ai sensi dell'art. 71 *Gg*, dell'espresso invito in tal senso rivolto da una legge federale, ma solo ed esclusivamente fin tanto che e nella misura in cui essa espressamente lo consenta;

b) competenza concorrente tra *Bund* e *Länder*, nell'ambito della quale, a mente dell'art. 72 *Gg*, questi ultimi possono legiferare, ma solo fino a quando e nella misura in cui il *Bund* non abbia fatto uso, tramite propri provvedimenti normativi, della sua competenza (46).

Negli artt. successivi, in particolare dall'art. 73 all'art. 75 (quest'ultimo ora abrogato), vengono, inoltre, concretamente elencate le materie collocate rispettivamente in regime di competenza esclusiva del *Bund* o in regime di competenza concorrente. Ogni altra materia non rientrante nelle tipologie sopraesposte è affidata, come già rilevato, alla competenza dei *Länder* (art. 70, comma 1, *Gg*) (47).

(44) Grewe, Ringerlmann, *Bundesrecht und Bundesgesetzgebung*, München, 1970, p. 47.

(45) Nel dettaglio, è possibile evidenziare come i Padri costituenti della Repubblica federale tedesca avevano originariamente impostato i cardini della competenza legislativa derivandoli direttamente dalla Costituzione di Weimar, dalla quale trassero le travi portanti con alcune lievi modifiche limitate, tuttavia, alle intitolazioni.

(46) Alle competenze ivi elencate andrebbe aggiunta la competenza-quadro del *Bund*, la quale autorizza(va) quest'ultimo a emettere disposizioni generali che i *Länder* avrebbero tradotto, nel rispetto delle indicazioni ivi contenute, in norme di dettaglio. Tale tipologia di competenza normativa è stata, tuttavia, abrogata dalla riforma dell'impianto federalista del 2006.

(47) In altre parole anche nella Costituzione tedesca le concrete competenze normative che i singoli *Länder* possono vantare (in via esclusiva o residuale) non sono espressamente indicate, caratteristica tipica come degli Stati federali, ma devono essere ricavate tramite l'inutilizzabilità, da rilevarsi in via preliminare, delle espresse competenze statali, esclusive o concorrenti che siano. V. Zippelius, Würtemberger, Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, München, 2006, p. 32. Sia qui rilevato, tuttavia, che a seguito della riforma federalista alcune competenze esclusive dei *Länder* sono ora in parte espressamente previste nell'art. 23, comma 6, *Gg*.

Su tale substrato costituzionale si inserisce la *Föderalismusreform* (Riforma dell'ordinamento federale) attuata durante l'anno 2006 (48). L'obiettivo che si propone il legislatore costituzionale del 2006 è la semplificazione di un sistema di relazioni intergovernative e di intrecci politici (*Politikverflechtung*, nel linguaggio dei politologi e dei costituzionalisti tedeschi) divenuto troppo complesso. L'idea fondamentale alla base di tale riforma è la riduzione del potere di approvazione del *Bundesrat* per quanto attiene alla competenza legislativa del *Bund*, controbilanciata da una riduzione della competenza legislativa del *Bund* a favore dei *Länder* (49).

Dal catalogo della competenza normativa concorrente, infatti, numerose materie transitano nella competenza esclusiva (o residuale) dei *Länder*, mentre radicalmente abrogata risulta la competenza normativa quadro (*Rahmengesetzgebung*), ex art. 75 *Gg*, per molti aspetti simile alla nostra potestà legislativa concorrente (50). L'adozione della legislazione quadro da parte federale comportava l'obbligo di emanazione della legislazione di dettaglio da parte del legislatore decentrato entro un termine ragionevole, peraltro indicato nella stessa legge quadro (51). Nel tentativo, infatti, di rendere più semplice l'intreccio di competenze legislative sostanziali tra i diversi livelli, il legislatore costituzionale tedesco abroga completamente la competenza normativa quadro del *Bund*. L'abrogazione raccoglie una diffusa insoddisfazione nei confronti di tale regime competenziale: nonostante il Tribunale costituzionale federale, infatti, avesse stabilito che, nell'ambito della legislazione-quadro, ai *Länder* dovesse rimanere un margine effettivo per la disciplina legislativa sostanziale, la Federazione ha spesso violato per eccesso il disposto dell'art. 75, comma 2, *Gg* (che rendeva eccezionale la legislazione federale di dettaglio), ma anche, in alcune occasioni, astenendosi dal legife-

(48) Disposizioni per le modifiche alla «legge fondamentale» del 28 agosto 2006.

(49) Le vicende politico-istituzionali precedenti all'approvazione della riforma costituzionale sono state oggetto di ampia disamina dalla letteratura, anche di lingua italiana: si vedano, ad esempio, i contributi di Woelk, *La riforma del sistema federale tedesco, riuscito il primo atto*, in *federalismi.it*, n. 15, 2006, e Avolio, Zwillling, *Percorsi alternativi di revisione costituzionale in Germania e Austria. Il rischio dell'impasse tra bilancio e progetto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 3.

(50) L'ultimo rilevante contributo allo studio dottrinale di tale competenza normativa appartiene a Streppel, *Die Rahmenkompetenz. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Rahmengesetzgebung des Bundes*, Baden Baden, 2005.

(51) Al riguardo si veda Tivelli, *La semplificazione normativa in Italia e Germania*, in *Rass. parl.*, 2007, I, p. 787.

rare: l'esatta delimitazione della «cornice», infatti, ha spesso causato problemi, che vanno dalla mancata normazione di materie ivi collocate (il caso classico è la stampa), fino alla disciplina totale, e pertanto eccessiva, di una materia (ad esempio, sul diritto universitario) (52).

Il legislatore costituzionale, abrogando l'intero art. 75 *Gg*, ha così disposto che le materie ivi contenute fossero conseguentemente fatte rientrare o nella potestà esclusiva della Federazione (53), o in quella dei *Länder* (54) ovvero in quella «concorrente». Alcune tra queste ultime, in particolare quelle più delicate relative all'ambiente e all'università, pur ricollocate all'interno della competenza «concorrente», ricevono un trattamento particolare in quanto il nuovo art. 72, comma 3, *Gg*, riconosce ai *Länder* un potere di deroga rispetto alla legislazione federale (in ciò accogliendo le proposte del 2003 della Conferenza dei Capi di governo dei *Länder*). In relazione a tali materie se la Federazione decide di far uso del suo diritto di legiferare (come è proprio della *konkurrierende Gesetzgebung*, la legislazione concorrente), la legge federale non entra in vigore prima dei sei mesi che seguono la promulgazione, tranne che non sia stabilito diversamente con legge federale che necessita dell'approvazione del *Bundesrat* (55). All'interno della potestà concorrente è stata così creata, per alcune materie, una peculiare competenza dei *Länder*, consistente nel potere di sottrarsi alla legislazione federale.

La *konkurrierende Gesetzgebung*, all'esito della riforma federalista, si manifesta in tre differenti forme di competenza normativa:

1) competenza concorrente, per così dire, incondizionata del *Bund*, senza altre ulteriori specificazioni (art. 72, comma 1, *Gg*), parlandosi in tal caso di competenza nocciolo o preminente (*Kernkompetenz*) (56);

2) dieci competenze concorrenti del *Bund* sulle quali incide il presupposto del rispetto della clausola di necessità – di cui si veda oltre nel testo – (art. 72, comma 2, *Gg*) peraltro rimuovibile tramite legge federale o sentenza costituzionale (art. 93, comma 2, *Gg*) che dichiara

(52) Vedi Schefold, *Federalismo, regionalismo e la riforma del federalismo tedesco*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, I, pp. 90-91.

(53) Notifiche e documenti di riconoscimento; tutela del patrimonio culturale tedesco dai trasferimenti all'estero.

(54) Come nel caso della disciplina giuridica della stampa, in quanto materia non riservata alla Federazione.

(55) In tal maniera, la legge federale può non entrare affatto in vigore sul territorio del *Land* che si premunisca per tempo di una propria legge.

(56) Degenhart, *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, p. 1209.

la cessazione della necessità e consente una «sostituzione» (abrogazione integrale) della fonte federale da parte di una fonte del *Land* (è stato proposto il termine di competenza «per necessità», *Bedarfskompetenz*) (57);

3) sei competenze concorrenti del *Bund* derogabili, ai sensi dell'art. 72, comma 3, *Gg*, a opera della legislazione decentrata *Land* (si parla di *Abweichungsgesetzgebung*, legislazione in deroga) (58).

L'ipotesi che certamente desta maggiore attenzione consiste nell'eventualità in cui provvedimenti normativi dei *Länder* apportino deroghe a leggi federali (ovverosia introducano leggi regionali in deroga). In questo caso la nuova disposizione costituzionale stabilisce una deroga all'art. 31 della «legge fondamentale», senza per questo attribuire alla legge regionale un rango equivalente a quello della legge federale: non si ha, infatti, abrogazione, ma soltanto deroga in un ambito di applicazione territoriale ben circoscritto (59).

Ancora in merito alla competenza legislativa concorrente, occorre segnalare che fino al 1994 l'emissione di un provvedimento normativo a opera del *Bund* nell'ambito di materie oggetto di tale tipo di competenza normativa esigea, ai sensi dell'art. 72, comma 2, *Gg*, la sussistenza della necessità di una regolazione di origine federale, derivante dalla circostanza che:

(57) Ipsen, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, p. 2801.

(58) Le materie di cui all'art. 72, comma 3, sono: 1) caccia (a esclusione della disciplina delle licenze di caccia); 2) protezione della natura e tutela del paesaggio (a esclusione dei principi generali della protezione della natura, della disciplina della tutela delle specie o della protezione dell'ambiente naturale marittimo); 3) ripartizione delle terre; 4) gestione del territorio; 5) regime delle acque (a esclusione delle norme relative a materiali o impianti); 6) criteri di ammissione all'università e diplomi universitari.

(59) Si veda, in proposito, Luther, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del Parlamento italiano - Rielaborazione dell'intervento svolto al Senato della Repubblica il 26 febbraio 2007, nel quadro dell'indagine conoscitiva sul Titolo V Cost. effettuata dalle Commissioni Affari costituzionali della Camera e del Senato* all'interno del sito www.issirfa.cnr.it, il quale sostiene che non esisterebbe «una *Geltungsvorrang*, ma solo un *Anwendungsvorrang* della legge di deroga, una prevalenza che può essere terminata esercitando nuovamente la competenza da parte del legislatore federale. Tale interpretazione attende tuttavia ancora un avallo da parte del giudice costituzionale». Nelle suddette materie, infatti, mancando allo stato una posizione del *Bundesverfassungsgericht*, in caso di divergenza tra la legislazione federale e quella dei *Länder*, prevale la normativa adottata per ultima, con la possibilità di un pericoloso *Pingpongspiel* (gioco di rimbalzi) tra legislatore centrale e periferico.

- tali materie non avrebbero potuto essere efficacemente regolate tramite una normativa elaborata dal legislatore periferico, oppure perché
- la disciplina di tali materie a opera di un legislatore periferico avrebbe potuto contrastare con gli interessi di altri *Länder* o l'unità federale, oppure ancora perché
- la disciplina di tali materie esige la salvaguardia dell'unità giuridica ed economica e, in particolare, la tutela dell'uniformità delle condizioni di vita anche al di fuori del territorio di un singolo *Land*.

Tali presupposti legittimanti l'intervento federale, costituenti la cosiddetta «clausola di necessità», si sono, però, rivelati assai poca cosa avverso il crescente e progressivo impossessamento di ambiti di competenza concorrente a opera del *Bund* (60). Al fine di promuovere un rafforzamento delle prerogative dei *Länder*, infatti, a seguito della modifica della «legge fondamentale» del 27 ottobre 1994, si procedette a emendare l'art. 72, comma 2, introducendo una particolare riforma della *Bedürfnisklausel* (la cd. clausola di necessità), prevedendo che il *Bund* potesse intervenire nelle materie oggetto di competenza concorrente non più in caso di mero «bisogno», ma solo ed esclusivamente quando e nei limiti in cui una norma federale si rendesse necessaria per la creazione di condizioni di vita equiparabili sul territorio federale o la realizzazione dell'unità giuridica o economica nell'interesse generale dello Stato.

La riforma costituzionale del 1994 trasformò la clausola di necessità da criterio politico incensurabile in criterio giuridico sindacabile dal *Bundesverfassungsgericht* (vale a dire del Tribunale costituzionale federale). Quest'ultimo, da parte sua, interpretò restrittivamente la versione innovata della cd. clausola di necessità, pretendendo, al fine di riconoscere come legittimo l'intervento del potere normativo federale nell'ambito della competenza normativa concorrente, il rispetto rigoroso ed effettivo dei presupposti citati (61).

La giurisprudenza costituzionale, infatti, sottopose la clausola di necessità a un controllo effettivo basato sui seguenti criteri:

- a) il compito della federazione di garantire «condizioni di vita equivalenti» sull'intero territorio federale giustifica interventi federali «se le condizioni di vita nei *Länder* della Repubblica federale si sono evolute

(60) Pestalozza, in Mangoldt, Klein, Pestalozza, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. VIII, München, 1996, Art. 72, Rdnr. 15 ss.

(61) *BVerfGE* 106, p. 62; ma anche *BVerfGE* 111, p. 226.

divergendo in modo tale da pregiudicare la coesione sociale (*Sozialgefüge*) dello Stato federale o se un simile sviluppo si sta delineando con concretezza»;

b) la conservazione dell'unità giuridica giustifica un intervento solo se il pluralismo degli ordinamenti assume forme di una «frammentazione del diritto con conseguenze problematiche intollerabili nell'interesse sia della Federazione sia dei *Länder*»;

c) la conservazione dell'unità dell'economia giustifica l'intervento solo nel caso in cui «la mancanza di una legge federale comporti svantaggi per l'economia nazionale complessivamente intesa» (62).

Per effetto della revisione costituzionale del 2006, tuttavia, la clausola vincolerà la Federazione solo nelle materie indicate nel comma 2 dell'art. 72, *Gg.*: alla clausola di necessità, in altre parole, sottostanno dieci titoli di competenza, mentre ne sono stati sottratti dalla sua sfera di applicazione ben ventidue (63). La modifica si traduce, quindi, in un ampliamento della discrezionalità della Federazione, più libera di scegliere se far uso del proprio diritto di legiferare indipendentemente dalla sussistenza di quei presupposti sulla base dei quali poteva essere chiamato a giudicare il Tribunale costituzionale federale (in forza della espressa previsione contenuta nell'art. 93, comma 1, n. 2, *Gg.*).

(62) Tutte le citazioni tratte dalle pronunce del *Bundesverfassungsgericht* citate alla nota precedente. A opinione di Grimm, cfr. il suo intervento contenuto negli Atti della *Bundesstaatskommission*, in http://www.bundesrat.de/cln_050/nn_6898/DE/foederalismus/foederalismus-node.html__nn=true, e del *Rechtsausschuss*, in <http://www.bundestag.de/auschuessel/06/foederalismusreform>, la giustiziabilità della clausola di necessità è servita a «rafforzare la razionalità intrinseca della legislazione concorrente. Quest'ultima intenderebbe garantire un minimo di uniformità necessaria e un massimo di diversità possibile. Per questo sarebbe stato utile intervenire sul meccanismo di cessione delle competenze, trasformandola da semplice facoltà in un dovere per il legislatore federale». Ad avviso di Scharpf, opinione contenuta nei medesimi Atti sopra riportati, la giustiziabilità ha invece rafforzato «l'incertezza e l'imprevedibilità della legislazione. Tale incertezza deriverebbe soprattutto dai problemi di asimmetria fattuale che inciderebbero sulla percezione della necessità di uniformità e diversità, percezione che diverge notoriamente tra i *Länder* forti e i *Länder* deboli».

(63) Vedi Bifulco, *La riforma costituzionale del federalismo tedesco del 2006, Nota per l'indagine conoscitiva delle Commissioni affari costituzionali della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sulle questioni relative al Titolo V della Parte II della Costituzione. Senato della Repubblica, Audizione del 26 febbraio 2007*, in www.issirfa.cnr.it. Da un punto di vista formale, è stato contestato il metodo della modifica che, all'interno di una stessa potestà normativa, crea una differenza sostanziale tra materie di competenza «concorrente» e materie che, sottratte all'applicazione della clausola di necessità, era forse meglio trasferire nella potestà esclusiva della Federazione.

4. — *Il Diritto del lavoro come materia di legislazione concorrente nel rapporto tra Bund e Länder* — Come già anticipato, in materia di Diritto del lavoro la disposizione pertinente è l'art. 74, comma 1, n. 12, norma peraltro immutata rispetto all'originaria formulazione, che ne affida la competenza normativa al regime concorrente tra *Bund* e *Länder* (64).

Da quanto sopra esposto, può sintetizzarsi, quindi, che in materia di legislazione concorrente i singoli *Länder* possono legiferare in merito solo fino a quando e nella misura in cui il *Bund* non abbia già fatto uso della propria competenza normativa (65). Pertanto, nel caso in cui il legislatore federale avesse interamente regolato l'ambito del Diritto del lavoro o se quest'ultimo fosse parte integrante di una materia interamente codificata (sul concetto di codificazione e sulla sua rilevanza si veda oltre nel prosieguo del testo), solo ed esclusivamente dall'autorità centrale potrebbero sortire iniziative volte alla sua modificazione, escludendosi categoricamente ogni intervento dei *Länder*.

In termini generali è possibile sin d'ora affermare che il Diritto del lavoro viene concretamente regolato in misura pressoché esaustiva da norme di provenienza federale e che pertanto il legislatore periferico ha potuto adottare propri provvedimenti normativi solo in ambiti ridotti e dall'importanza modesta, tanto da consentire di affermare che, in materia, «in luogo della molteplicità federalista domina piuttosto l'uniformità legislativa federale» (66).

(64) In riferimento a indagini di più ampio respiro riguardo al sistema giuslavoristico tedesco, ed espresse in lingua italiana, si rinvia a: Pedrazzoli, *La «cogestione» tedesca: esperienze e problemi*, in *Pol. dir.*, 1977, pp. 261 ss.; Däubler, *La struttura della contrattazione collettiva nella repubblica federale tedesca*, in *Pol. dir.*, 1985, pp. 95 ss.; D'Antona, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un Diritto sindacale possibile)*, in *q. Riv.*, 1992, pp. 137 ss.; Däubler, *Lavoro nel Diritto della Repubblica federale tedesca*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, vol. VIII, Torino, 1992, pp. 259 ss.; Zachert, *Lezioni di Diritto del lavoro tedesco*, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Trento, 1995; Spattini, *La qualificazione del rapporto di lavoro subordinato nella giurisprudenza tedesca*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 81, e Idem, *Profili evolutivi del concetto di lavoro subordinato in Germania*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, pp. 259 ss.; Santagata, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 637 ss.

(65) In altre parole, concettualmente, se il *Bund*, nell'esercizio della propria competenza, regola una determinata materia solo per alcuni aspetti, o in modo non completo, sussiste, per la parte rimanente, la possibilità per i *Länder* di adottare proprie specifiche discipline, non venendo assolutamente in rilievo la dimensione o l'importanza della lacuna da colmare.

(66) Ebsen, *Föderalismus und sozialversicherung*, in *Gesundheit und Gesellschaft, Wissenschaft*, n. 4/2005, pp. 7 ss.

Al riguardo, pare opportuno segnalare come la Corte Costituzionale federale, in merito al Diritto del lavoro, non abbia operato alcuna stretta interpretazione della clausola di necessità, rinviando la questione della separazione dei poteri normativi tra *Bund* e *Länder* al concreto assetto dei rapporti fino ad allora intercorsi, ritenendo, quindi, che, tanto nell'ambito del Diritto del lavoro che nell'area dell'assicurazione sociale, regole unitarie di derivazione federale fossero assolutamente necessarie per la creazione di condizioni di vita eguali sul territorio federale e per la realizzazione dell'unità giuridica ed economica nell'interesse generale dello Stato (67).

Conseguentemente, alla stregua delle affermazioni che precedono, non risulta affatto arduo comprendere come, in occasione della riforma costituzionale del sistema federale del 2006, l'ambito del Diritto del lavoro e delle assicurazioni sociali sia stato addirittura escluso dall'esame di sussistenza della perdurante vigenza della clausola di necessità, ai sensi dell'art. 72, comma 2, *Gg* (68): per opinione unanime di *Bund* e *Länder* non è fondata l'esigenza di verificare concretamente la sussistenza dei presupposti legittimanti, a mente della nuova formulazione della clausola di necessità, l'intervento del *Bund* con propri atti normativi nelle materie oggetto di competenza legislativa concorrente (69).

Ciò, peraltro, confermerebbe quanto a suo tempo già prospettato da autorevole dottrina, la quale sottolineava come, per quanto fosse astrattamente possibile in base al riparto di competenze tra *Bund* e *Länder* in materia di Diritto del lavoro un intervento del legislatore periferico in materia, dovesse al tempo stesso ritenersi ampiamente sussistente un bisogno di unità legislativa a livello federale (70), posto che, come osservato da strenui sostenitori dell'intervento dell'autorità centrale in mate-

(67) D'altronde, come rileva Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, München, 2005, p. 18, Rn. 87, per quanto «i concetti di condizioni di vita eguali sul territorio federale o la realizzazione dell'unità giuridica o economica siano concetti giuridici indeterminati, tramite i quali le regole emanate dal *Bund* possono essere respinte», è altrettanto inoppugnabile che, «tuttavia, nel Diritto del lavoro regole unitarie sono di principio necessarie».

(68) La nuova versione dell'art. 72, comma 2, *Gg*, infatti, prevede la necessità di verificare la sussistenza dell'esigenza della creazione di condizioni di vita eguali sul territorio federale o la realizzazione dell'unità giuridica o economica nell'interesse generale dello Stato solo in relazione a un determinato e circoscritto ambito di materie; ambito dal quale il Diritto del lavoro (ma anche il Diritto civile e penale) è stato escluso. Si veda, in merito, il paragrafo precedente.

(69) *BT-Drucks* 16/813, p. 11.

(70) Dahs, *Bundesarbeitsrecht und landesarbeitsrecht*, in *Recht der Arbeit*, 1949, p. 322.

ria, «in tutte le più rilevanti questioni giuridiche in ambito giuslavoristico è necessario mantenere l'unità per evitare conflitti tra lavoratori, tensioni sociali e disparità di trattamento tra datori di lavoro» (71).

5. — *Una fondamentale sentenza del Bundesverfassungsgericht* — L'analisi di una pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* rappresenta, a questo punto, un passo dovuto. Nonostante la sua longevità (risale infatti al 1958) e la specificità della materia affrontata (il diritto alle ferie retribuite), la sua rilevanza si pone ben al di là del caso e del contesto trattati (72).

Il Tribunale costituzionale federale ha affrontato la tematica in discorso nella pronuncia n. 42 del 22 aprile 1958 (73). In tale prima occasione, i giudici di *Karlsruhe* dovettero vagliare la legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 100, comma 1, *Gg*, di alcune norme dei *Länder* *Württemberg-Baden*, *Schleswig-Holstein*, nonché della Libera e Anseatica città di Amburgo del 27 gennaio 1951, concernenti la materia delle ferie, sollevata dal Primo Senato del *Bundesarbeitsgericht* (il giudice del lavoro) in tre ordinanze del 26 ottobre 1955, 2 maggio 1956 e 6 luglio 1956 (74), in quanto tali norme, ad avviso dell'organo remittente, non avrebbero rispettato il riparto di competenze tra *Bund* e *Länder* così come disciplinato e previsto dalla *Grundgesetz* (75).

(71) Hueck, Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrecht*, München, 1968, II, p. 25.

(72) Non è da poco, del resto, che questa risalente sentenza venga costantemente richiamata nelle trattazioni che rivolgono la loro attenzione alla questione della suddivisione delle competenze normative tra *Bund* e *Länder* in materia lavoristica, né, tanto meno, che essa costituisca l'unico vero riferimento, inteso nel senso di trattazione organica, della questione: la successiva giurisprudenza costituzionale valuterà, senza particolari oscillazioni, singoli episodi alla luce dell'impostazione accolta nella sentenza in commento, senza mai peraltro indugiare in una nuova disamina sistematica della questione. L'autorità dell'interprete, infatti, ha consolidato un'impostazione che nemmeno la forte rivendicazione autonomistica dei *Länder* ha saputo e voluto rimettere in discussione.

(73) In *BVerfGE*, 7, p. 342.

(74) Si vedano tutte in *Arbeitsrechtliche Praxis*, n. 1, par. 1.

(75) Occorre segnalare che i ricorsi presentati dal *Bundesarbeitsgericht* riproducono in gran parte le argomentazioni contenute in Nipperdey, *Bundesprivatrecht und Landesprivatrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951, p. 23. Il Prof. Nipperdey, infatti, era, al tempo della remissione alla *Bundesverfassungsgericht*, presidente dell'organo remittente. In tale pubblicazione, Nipperdey sosteneva già, come verrà precisato nel testo, che il *Kodifikationsprinzip* ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 55 dell'*Egbgb* avrebbe determinato l'esclusione della competenza normativa dei *Länder* dall'ambito del diritto alle ferie.

Ad avviso del giudice remittente, la competenza legislativa dei *Länder* in materia di Diritto del lavoro sarebbe esclusa ai sensi degli artt. 3, 55, 218 delle disposizioni di accompagnamento al codice civile (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Egbgb*); disposizioni che, sistematicamente intese, farebbero presumere, nell'ambito giuridico considerato, un intervento completo ed esaustivo a opera del legislatore federale, tramite applicazione del cosiddetto *Kodifikationsprinzip* (76). A fronte di un'esauritiva e sistematica regolazione del Diritto civile contenuta nel *Bgb*, negli artt. 3 e 55 *Egbgb* viene, invero, espressamente esclusa ogni possibile interferenza sulla medesima materia a opera del legislatore periferico. Secondo l'art. 55 *Egbgb*, infatti, con l'entrata in vigore del *Bgb* decadono tutte le disposizioni normative regionali con esso incompatibili, fin tanto che nel *Bgb* o nel *Egbgb* non venga disposto diversamente; a sua volta, l'art. 3 *Egbgb* dispone che i *Länder* non potranno emettere disposizioni normative in materia di Diritto privato, fatta salva la possibilità che tale previsione sia espressamente contemplata nel *Bgb* o nelle sue disposizioni introduttive. In definitiva, il *Bgb* esaurisce, nella materia Diritto civile, quel desiderio di unità normativa da tempo vagheggiato dalla dottrina tedesca (77).

Così, a opinione del *Bag*, i *Länder*, con riferimento agli artt. 3 e 55 dell'*Egbgb* e al *Kodifikationsprinzip* ivi accolto, non sarebbero autorizzati all'emanazione di normative aventi per oggetto il Diritto privato. E, poiché anche il diritto alle ferie verrebbe in parte disciplinato da normative di carattere codicistico (artt. 618 e 242 *Bgb*), anche tale materia sarebbe riconducibile in quanto tale al rapporto di servizio, riconosciuto e disciplinato negli artt. 611 ss. *Bgb* (78).

Sarebbe pertanto inutile, ad avviso dei ricorrenti, indagare se la materia delle ferie sia stata integralmente regolata dal legislatore del *Bund*

(76) Il concetto di *Kodifikation* riposa nella riunione in unico testo normativo di norme di un medesimo ambito giuridico che conduce, quindi, alla riunificazione di materiale giuridico appartenente a fonti differenti e alla sua elevazione a sistema unitario. Il suo momento fondamentale è costituito dalla volontà del legislatore di dotare la propria regolazione di una forza esclusiva, che non tollera intromissioni esterne. La pretesa del *Bund*, tuttavia, è giustificata solo allorquando alla nuova regolazione possa attribuirsi il carattere dell'esclusività.

(77) Il richiamo, del tutto scontato, va a Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, p. 1814.

(78) Dalla remissione del *Bag*, che, come già sottolineato, riprende pedissequamente le argomentazioni di Nipperdey, *Bundesprivatrecht und Landesprivatrecht*, op. cit., p. 897.

oppure esistano tuttora degli spazi di manovra per il legislatore regionale: una legge sulle ferie dei lavoratori appartiene al Diritto del lavoro e precisamente al diritto del contratto di lavoro e, pertanto, al Diritto privato; in ogni caso il riempimento di eventuali lacune sarebbe compito spettante al *Bund* tramite sua legislazione (oppure sua nuova codificazione nel caso del Diritto del lavoro) (79) secondo i principi fondamentali, le clausole generali e lo spirito del *Bgb* (80).

In altre parole, dal combinato disposto degli artt. 3 e 55 deriverebbe la completa estromissione, per il tramite del *Kodifikationsprinzip*, della competenza dei *Länder* dal potere di introdurre disposizioni di natura privatistica in merito al rapporto di lavoro, e ciò non solo nella misura in cui le nuove disposizioni regionali confliggano con disposizioni del *Bgb*, ma anche quando esse concernano rapporti giuridici anche solo non compiutamente regolati (o solo per principi generali) o ancora quando le nuove disposizioni concernano relazioni giuridiche di natura privatistica che nel *Bgb* non siano menzionate tramite disposizioni specifiche. Secondo questo principio, dunque, al di là di quanto espressamente riservato al legislatore dei *Länder*, non ci sarebbe spazio per nessuna disposizione di carattere privatistico dei *Länder* indipendentemente dalla circostanza di configurare con disposizioni del *Bgb* o, comunque, di interpretarne o completarne le disposizioni. Il *Kodifikationsprinzip*, in questa accezione, ad avviso dei ricorrenti non sarebbe smentito dall'art. 74, n. 12, *Gg*, poiché le disposizioni degli artt. 55 e 3 dell'*Egbgb* in realtà non apparirebbero come norme di competenza legislativa, e quindi in ipotetico contrasto con le disposizioni costituzionali, ma come disposizioni di carattere materiale, la cui correttezza e necessità appare chiara solo considerando «a quali fatali conseguenze per l'unità giuridica un indebolimento di questo principio fondamentale proprio sull'area del Diritto del lavoro, soprattutto del contratto di lavoro, potrebbe condurre» (81).

La pronuncia emessa dalla Corte, la prima in merito alle competenze normative tra *Bund* e *Länder* in materia lavoristica, assume, come già accennato, un significato che trascende la concreta e specifica questione affrontata, riveste valenza generale e non è mai stata oggetto di revisione critica.

(79) Si vedano i saggi in merito di Enneccerus, Kipp, Wolff, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, rielaborati da Nipperdey, 1952, p. 47.

(80) In questo senso, si vedano Cosack, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, 1927, München, 14, e Lehmann, *Allgemeiner Teil des Bgb*, 1957, München, p. 36.

(81) Citazione letterale tratta dalla rimessione del *Bundesarbeitsgericht*, cit.

Il Diritto del lavoro, durante la vigenza della Costituzione del *Reich* del 1871 e anche durante il periodo di *Weimar*, era senza esitazioni considerato parte integrante del Diritto privato, e in quanto tale era riconosciuto come *bürgerliches Recht*, Diritto civile, e anche per questo motivo la Costituzione del 1871 non prevedeva alcuna competenza espressa per il Diritto del lavoro, ritenendosi senza dubbio alcuno la materia parte integrante del Diritto privato (82).

L'ingresso del Diritto del lavoro nel catalogo delle competenze nella Costituzione di *Weimar*, tuttavia, riconosceva che il *Dienstvertrag* (il rapporto di servizio) si qualificava come qualcosa di diverso, di ulteriore, rispetto a un mero rapporto di origine contrattuale, riconoscendosi, in tal modo, che il Diritto del lavoro fosse intimamente connesso a ineludibili esigenze di protezione e assicurazione sociale, e che pertanto nuovi scenari dovevano aprirsi, stante l'insufficienza delle categorie tipiche del Diritto privato a fronteggiare le nuove esigenze (83). Ciò non toglie che il Diritto del lavoro, nella letteratura tedesca, venga unanimemente riconosciuto idoneo a comprendere tutte le disposizioni che trattano la materia dell'attività lavorativa espressa nella forma del lavoro dipendente, e in quanto tale riconducibile a un rapporto di natura obbligatoria. Ad avviso del remittente, quindi, la «specialità» del Diritto del lavoro non escluderebbe comunque che le regole del rapporto di lavoro appartengano al Diritto privato e quindi siano ricomprese nell'ambito di applicazione del *Kodifikationsprinzip*. Il rapporto di lavoro, infatti, è regolato quale rapporto di servizio nell'art. 611 *Bgb*, e quindi eventuali lacune dovrebbero essere colmate solo tramite una legge federale, o eventualmente un codice del lavoro che abbia la medesima provenienza, dovendosi ritenere «fatale» per l'unità giuridica un'indebita intromissione in materia del legislatore dei *Länder* (84).

(82) Si veda, in proposito, Köttgen, *Kodifikation des Privatrechtes und arbeitsrechtliche Zuständigkeit der Landesgesetzgebung*, 1956, pp. 441 ss.

(83) Di tale investitura il legislatore federale ha fatto successivamente largo uso, non solo nell'ambito del rapporto di servizio poi diventato rapporto di lavoro, ma anche in ambiti più propriamente riconducibili all'area del Diritto pubblico, e in particolare, come già accennato, in merito all'assicurazione sociale e alla protezione del lavoro. Per un'ampia e dettagliata esposizione delle diverse posizioni che il Diritto del lavoro ha assunto nel sistema giuridico tedesco, si veda Hueck, Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrecht*, op. cit., p. 552.

(84) Nipperdey, *Die Quelle in zeitlicher Gliederung*, in Hueck, Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrecht*, op. cit., p. 59.

La Corte, infatti, condividendo sotto questo aspetto le asserzioni del *Bag*, afferma senza esitazioni che le leggi impugnate, regolando la materia delle ferie retribuite dei lavoratori, si riferiscono al Diritto del lavoro. I giudici costituzionali, tuttavia, rilevano come contro le osservazioni proposte dal *Bundesarbeitsgericht* possano essere mosse alcune riflessioni, in particolare in merito alla riconducibilità dei principi espressi dagli artt. 3, 55 2 218 dell'*Egbgb* al Diritto del lavoro, «posto che quest'ultimo si è interamente – comprese le sue norme di natura privatistica – sviluppato nel corso degli ultimi anni come autonoma e indipendente disciplina giuridica, che si colloca accanto al Diritto civile e che pertanto non può più essere compreso dal *Kodifikationsprinzip* dell'*Egbgb*».

La Corte, infatti, dopo avere premesso un breve *excursus* sullo sviluppo della disciplina nel sistema giuridico tedesco, afferma che il moderno Diritto del lavoro non è più parte di una differente disciplina, bensì costituisce «uno speciale ambito giuridico» (85), in cui l'obbligazione avente origine nel contratto di lavoro viene sempre più considerata obbligazione di carattere personale che «si differenzia in modo considerevole dal patrimonio giuridico del diritto delle obbligazioni contenuto nel *Bgb*» (86), e la cui particolarità deriva dal fondersi in esso delle sue due anime: Diritto privato e Diritto pubblico (87); particolarità che, come la Corte stessa sottolinea, lo ha condotto a diventare, accanto al Diritto privato e al Diritto pubblico, «una sorta di terza colonna del sistema giuridico tedesco» (88).

A questo punto i giudici di *Karlsruhe* hanno buon gioco a sostenere che il Diritto del lavoro, in seguito all'emanazione del codice civile e tramite il suo sviluppo in funzione di protezione giuridica dei lavoratori, si è esteso, in qualità di diritto speciale, come estrazione dal Diritto privato, e, in quanto tale, non rientra nel campo di applicazione dell'art. 55 *Egbgb*. A ciò non osta che il Diritto del lavoro contenga senza dubbio disposizioni di natura privatistica. Il legislatore, nel dettare l'art. 55, ha disciplinato la relazione tra le disposizioni di carattere privatistico dei *Länder* e il *Bürgerliches Gesetzbuch* inteso come sinonimo di

(85) Si veda, al riguardo, Kaskel, Dersch, *Arbeitsrecht*, 1932, München, p. 4.

(86) Ancora Kaskel, Dersch, *Arbeitsrecht*, ma 1957, München, p. 113.

(87) È quanto sostenuto da Nikisch, *Arbeitsrecht*, Bd. I, *Tübingen*, 1957, p. 41, il cui argomento viene letteralmente ripreso dalla Corte.

(88) La Corte riprende qui il pensiero di Bührig, *Die Rechtsseinheit im deutschen Arbeitsrecht*, 1951, p. 76.

Diritto civile (89). Si aggiunga, ad avviso della Corte, che una norma può subire modificazioni del suo significato nel corso del tempo (90). L'art. 55 dev'essere interpretato come norma dal contenuto mutevole in funzione del significato che viene attribuito ai suoi componenti (91). Il principio di codificazione varrebbe solo per quei settori giuridici riconducibili all'area del Diritto civile. A essi, come osserva la Corte, non appartiene più il Diritto del lavoro.

Lo sviluppo del Diritto del lavoro quale autonoma disciplina è peraltro testimoniato dallo stesso tenore letterale dell'art. 74, n. 12, *Gg*, che ha elevato tanto le disposizioni privatistiche quanto quelle di carattere pubblicistico della materia in un lemma autonomo e indipendente rispetto al Diritto civile. Senza trascurare che il *Kodifikationsprinzip*, così come inteso dal giudice remittente, si trova in insanabile contrasto con quanto contenuto nella Costituzione, la quale affida ai *Länder* il poter di legiferare autonomamente negli ambiti loro attribuiti: se fosse vero quanto affermato dal *Bundesarbeitsgericht*, e cioè che il *Kodifikationsprinzip* avrebbe senza alternative determinato la completa esclusione del legislatore dei *Länder* dall'ambito dell'intero Diritto privato, sarebbe assolutamente incomprensibile per quale motivo l'art. 74 contempla addirittura il Diritto civile tra le materie oggetto di competenza concorrente, e non, come sarebbe più logico attendersi, tra le materie oggetto di competenza esclusiva del *Bund*, e quindi nell'art. 73 *Gg* (92).

(89) Sull'interpretazione prospettata dal *Bundesarbeitsgericht* poi, in merito alla natura di norma materiale non in contrasto con la competenza legislativa delineata dall'art. 74, n. 12, *Gg*, si veda il commento di Hessel, *Sind die Urlaubsgesetze der Länder Hamburg und Württemberg-Baden grundgesetzwidrig?*, in *Arbeit und Recht*, 1956, p. 145: «io ritengo questa osservazione piuttosto teoretica e astratta. La questione circa il perimetro entro il quale il legislatore ha disciplinato una determinata materia dipende dalla misura in cui egli la può potenzialmente regolare!».

(90) Cfr., *BVerfGE* 2, p. 401.

(91) Ragionamento ritenuto da Hueck, Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrecht*, op. cit., p. 25, «poco chiaro».

(92) Ciò costituisce quanto già sostenuto da Hessel, *Sind die Urlaubsgesetze der Länder Hamburg und Württemberg-Baden grundgesetzwidrig?*, in *Arbeit und Recht*, 1956, p. 145: «se fosse corretta l'interpretazione prospettata dal *Bundesarbeitsgericht* che il *Kodifikationsprinzip* del *Bgb*, senza sguardi all'indietro alle regole alla competenza legislativa della *Grundgesetz*, chiude ogni competenza dei *Länder* nell'ambito dell'intero Diritto privato, sarebbe assolutamente incomprensibile per quale ragione l'art. 74 *Gg* sotto le materie della competenza legislativa concorrente espressamente contempla il Diritto civile; sarebbe stato logico allora considerare il Diritto civile tra le materie di competenza legislativa esclusiva le quali sono state indicate nell'art. 73».

Ma, soprattutto, se fosse corretta l'interpretazione del *Bundesarbeitsgericht*, cioè che il Diritto del lavoro appartiene tuttora al Diritto privato, anche la disposizione dell'art. 74, comma 1, n. 12, *Gg*, sarebbe illusoria: in questo caso il Diritto del lavoro, comprese le disposizioni inerenti alle rappresentanze aziendali, dovrebbe essere collocato nell'area del Diritto civile (quindi art. 74, comma 1, n. 1, *Gg*), rimanendovi solo la protezione del lavoro. Anche così, tuttavia, la prospettazione non può convincere: tanto il Diritto civile che il Diritto del lavoro appartengono alla competenza concorrente – ambito nel quale, come già osservato, il legislatore federale gode in ogni momento del potere di intervenire disciplinando compiutamente la materia oggetto della propria competenza, escludendo drasticamente ogni possibile intervento dei *Länder* (93).

Il fatto che il diritto del contratto di lavoro sia disciplinato negli artt. 611 ss. del *Bgb* non osta, altrimenti detto, alla sussistenza di una competenza normativa dei *Länder* (94), perché il Diritto del lavoro, a causa delle sue peculiarità genetiche, non è soggetto al *Bürgerlichrechtlichen Kodifikationsprinzip* (95). Il *Bund*, infatti, non avrebbe compiutamente ed esaustivamente regolato il fenomeno contrattuale del rapporto di lavoro, trattandosi di norme di origine federale che si occupano esclusivamente di settori specifici (96).

Il Tribunale costituzionale federale, in definitiva, individua una sostanziale differenza tra il *Kodifikationsprinzip*, da un lato, e le norme sta-

(93) Ancora lucidamente Hessel, *Sind die Urlaubsgesetze der Länder Hamburg und Württemberg-Baden grundgesetzwidrig?*, op. cit., p. 146: «poiché tanto il Diritto civile quanto l'intero Diritto del lavoro sono oggetti di competenza concorrente, il legislatore federale ha sempre a disposizione la possibilità di interrompere una non desiderata frantumazione nell'ambito della legislazione tramite una propria esaustiva normazione in materia. Se non lo fa, non può condannare comunque i *Länder* all'inattività!».

(94) Senza contare che gli artt. 242 e 618 del codice civile, richiamati dal ricorrente per testimoniare la sottrazione della materia delle ferie al legislatore regionale, non appaiono pertinenti: come già a suo tempo rilevato da Fischer, *Das nordrhein-westfälische Urlaubsgesetz*, in *Der Betrieb Berater*, 1957, p. 1206, il cui pensiero viene ripreso dal *Bundesverfassungsgericht*, «clausole generali come parr. 242 o 618 *Bgb* non sono regole giuridiche ai sensi dell'art. 72, Abs 1, *Gg*, piuttosto esse rappresentano un mero ausilio durante il tempo in cui mancano disposizioni specifiche appropriate».

(95) Circostanza che, tuttavia, non può far dimenticare che «larga parte del Diritto del lavoro è al tempo stesso Diritto privato e che, quindi, fin tanto che esso non è disciplinato da una normativa specifica, soggiace alle norme del *Bgb*»; così Wiese, *Die Verfassungswidrigkeit der nachkonstitutionellem Urlaubsgesetze der Länder*, in *Recht der Arbeit*, 1957, p. 84.

(96) Richardi, *Gg und Gesetzgebung*, in *Arbeitsrecht*, Bd. 1, *Individualarbeitsrecht*, I, München, 1992, p. 32.

bilite dalla Costituzione federale per disciplinare la competenza normativa tra *Bund* e *Länder*, dall'altro lato (artt. 72 e 74 della *Grundgesetz*): questi ultimi, infatti, fungerebbero da parametro di valutazione della legittimità costituzionale delle norme *future* prodotte dal legislatore decentrato, «mentre gli artt. 3, 55, 218 *Egbgb* determinano la natura codificatoria di una legge già emanata (il *Bgb*)» (97).

In merito più direttamente alla questione oggetto della pronuncia in commento, la Corte conseguentemente sostiene che, a una visione generale del complesso normativo, il fenomeno delle ferie retribuite dei lavoratori, all'epoca della sentenza, non era stato ancora completamente definito dal *Bund*, cosicché i *Länder* potevano colmare, senza alcuna illegittima trasgressione del principio di codificazione del codice civile, quelle lacune alle quali il legislatore federale non aveva ancora provveduto, quindi anche in materie rientranti nell'ambito dell'art. 74, comma 1, n. 12 (98). L'ambito giuridico da regolare, infatti, «non viene completamente compreso dalla clausola di blocco dell'art. 55 *Egbgb*. Tale clausola si riferisce solo a quegli ambiti che il *Bgb* ha compiutamente regolato, al concetto di codificazione senza lacune del Diritto ci-

(97) Citazione tratta dalla sentenza della Corte. In ultima analisi, si consideri quanto affermato ancora da Hessel, *Sind die Urlaubsgesetze der Länder Hamburg und Württemberg-Baden grundgesetzwidrig?*, *op. cit.*, p. 146: «il moderno Diritto del lavoro non può trovare il suo senso in una riforma del Diritto civile, poiché esso non è più Diritto civile ai sensi del *Bgb*. Il moderno Diritto del lavoro si è da lungo tempo emancipato dall'ambito del Diritto civile ed è una materia dotata di propria specificità, che comunque necessita tuttora di una definitiva sintesi tra il Diritto civile di origine individuale e collettiva, tra il Diritto privato e il Diritto pubblico. Questa sintesi tuttavia non potrà mai essere scoperta, fin tanto che si vorrà volgere indietro la ruota della storia trovando appoggio sulle stampelle del *Kodifikationsprinzip* del *Bgb*». Contro le argomentazioni del *Bundesverfassungsgericht* si veda quanto sostenuto da Bötticher, *Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts?*, in *Recht der Arbeit*, 1958, p. 361, il quale si domanda se, piuttosto, partendo dal carattere senza alcun dubbio di origine privatistica del rapporto di lavoro, non sia costituzionalmente più corretto considerare il *Kodifikationsprinzip* valido per tutti gli ambiti giuridici che al momento dell'emanazione del *Bgb* erano riconosciuti, appunto, rientranti nel Diritto privato. Si veda, al riguardo, anche Fratzky, *Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Arbeitsrecht, Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde*, 1972, Würzburg, p. 44.

(98) Ancora prima della pronuncia della Corte, e quindi ragionando sulla base dei meri ricorsi proposti dal *Bag*, Neumann, *Probleme des Urlaubsrechts*, in *Der Betrieb*, 1957, 3, p. 68, affermava «l'argomento che il diritto alle ferie nel *Bgb* non è regolato e che si deve dimensionare strettamente il concetto di materia, in modo da consentire che, fino all'emissione di una normativa di origine federale in materia di ferie, dalla relativa competenza legislativa non sia escluso il legislatore dei *Länder*».

vile. La durata delle ferie, in particolare la determinazione legislativa di una durata minima, non è però determinata dal *Bgb*» (99).

Sia qui aggiunto, incidentalmente, che il legislatore federale procedette, in seguito alla sentenza della Corte, a emanare una propria disciplina in materia (100), tramite la legge 8 gennaio 1963 (*Bundesurlaubsgesetz*), poi rivista e modificata dall'art. 7 della legge 7 maggio 2002 (*Postbereinigungsgesetz*). In ogni caso, il fenomeno delle ferie, in tutte le sue forme, è materia attinente al Diritto del lavoro, così come stabilito dai giudici costituzionali in pronunce successive (101).

6. — *Cosa si trova dentro il contenitore Arbeitsrecht e ambiti di intervento dei Länder* — La pronuncia del Tribunale costituzionale del 1957 rappresenta, come anticipato, da un lato, la prima presa di posizione del massimo organo di giustizia costituzionale tedesco sul riparto di competenze normative in materie lavoristiche tra *Bund* e *Länder* e, dall'altro, tuttora un pilastro di quella stessa competenza, poiché le pronunce da allora succedutesi hanno mantenuto sostanzialmente inalterato l'assetto da allora delineato, complice sicuramente la convergenza al riguardo delle opinioni dei protagonisti istituzionali, che ha determinato, in definitiva, un contenzioso costituzionale tutto sommato scarsamente significativo e che, peraltro, non ha mai rimesso in discussione una sistematica generale di competenze largamente condivisa (102).

Per quanto, comunque, non dotata di particolare contenuto, la giurisprudenza costituzionale successiva, a ogni modo, si è occupata in al-

(99) Drabik, *Arbeitsrechtliche Rundschau – Nordrhein-Westfalen*, in *Arbeit und Recht*, 1956, p. 145. Per analoghe considerazioni, ma in senso fortemente critico nei confronti del *Bundesverfassungsgericht*, si veda Bötticher, *Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts?*, *op. cit.*, p. 361.

(100) Ad avviso di Hueck, Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrecht*, *op. cit.*, p. 25, «fortunatamente».

(101) Si vedano, infatti, le pronunce nn. 85, 226, 234; 77, 308, 329; 85, 226, 233.

(102) Si veda, infatti, quanto sostenuto da Blanke, *Federalismo/Devolution e Diritto del lavoro: l'esperienza tedesca*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 518, il quale, riferendosi ai possibili contrasti istituzionali tra centro e periferia in un contesto federalista quale quello tedesco, afferma che «l'intensità di questa tensione può variare ed eventualmente acuirsi a tal punto da far emergere vere e proprie crisi di legittimazione per il sistema politico. Ciò non è mai avvenuto nella Repubblica federale tedesca, a differenza dell'epoca di Weimar. Anche oggi può dirsi tranquillamente che il problema non si pone neppure. Ciò che invece in Germania è aumentato fino a creare problemi di legittimazione sono i livelli, mai così differenziati, delle condizioni di lavoro concordate e assicurate a Est e a Ovest del paese».

cune occasioni di delineare il confine della materia « Diritto del lavoro», coadiuvata a tratti in tale compito da alcuni apporti della dottrina giu-slavoristica e anche costituzionale, peraltro scarsamente interessate, entrambe, a tale questione.

Ad avviso del massimo organo di giustizia costituzionale tedesco, al Diritto del lavoro appartiene la dimensione contrattuale del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro tanto nella sua accezione individuale che collettiva (103), indipendentemente dal carattere privato o pubblico della qualificazione dello stesso, con l'unica condizione che concerna rapporti di lavoro di natura dipendente. Pur non essendo intervenuta in materia la Corte Costituzionale federale, è ampiamente condivisa l'opinione che i lavoratori con carattere parasubordinato rientrino nella competenza dell'art. 74, comma 1, n. 12, *Gg* (104), mentre non altrettanto può affermarsi per la disciplina riguardante il lavoro cosiddetto autonomo: il diritto delle libere professioni non è *Arbeitsrecht* ai sensi dell'art. 74, comma 1, n. 12, *Gg*.

Nella sua accezione collettiva, il Diritto del lavoro comprende, oltre all'autonomia sindacale che si esprime nella stipulazione di contratti collettivi (*Tarifverträge*) conclusi tra le organizzazioni sindacali di categoria (105) (o comunque di accordi contrattuali interni all'azienda) (106), anche quanto attiene al conflitto sindacale, quindi all'astensione collettiva dal lavoro (107), nonché quanto concerne la *Mitbestimmung* (la cd. Codeterminazione) (108). Quest'ultima (intesa quale forma istituzionalizzata di cooperazione tra datore di lavoro e lavoratori e gestita attraverso organi a ciò deputati) (109), come già osservato, fu introdotta nel testo costituzionale con un rilievo meramente terminologico e chiarificatore (110). La materia stessa, peraltro, riceverà negli anni successivi, ol-

(103) *BVerGE*, 106, 62, 132.

(104) Degenhart, *Art. 74*, in Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, 1999, München, p. 681.

(105) *BVerfGE*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, p. 513.

(106) Schaub, in Schaub, Koch, Linck, *Arbeitsrechtshandbuch*, 2005, München, par. 1, Rn. 1.

(107) Ambito nel quale il *Bund* non ha fatto uso della propria competenza normativa; si vedano le considerazioni risalenti ma ancora largamente attuali contenute in Arras, *Streikrecht und Arbeitsvertrag*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, pp. 241 ss.

(108) Kunig, *Art. 74*, in Münch, Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, 2003, München, p. 92.

(109) Rengeling, *Gesetzgebungszuständigkeit*, in Isensee, Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 1999, par. 100, Rn. 84.

(110) Per il significato e lo sviluppo della *Betriebsverfassung*, cfr. Edenfeld, *Recht der Arbeitnehmermitbestimmung*, München, 2005; Von Hoyningen, Huene, *Betriebsverfassungsrecht*, München, 2002.

tre all'esplicito riconoscimento costituzionale, un'apposita regolamentazione tramite una normativa di origine federale (111).

Occorre rilevare, in proposito, che, per quanto la Codeterminazione si svolga in determinati e specifici settori dell'attività produttiva, anche in tali casi non sorgono dubbi che essa vada senz'altro ascritta alla voce *Arbeitsrecht*, ai sensi dell'art. 74, comma 1, n. 12, *Gg*, e non all'ambito materiale dell'attività lavorativa all'interno della quale si svolge concretamente. Peraltro, è stato sostenuto che, nonostante l'ampia disciplina federale prevista, ai *Länder* possano essere attribuiti comunque margini di intervento laddove il *Bund* non abbia regolato esaustivamente alcuni aspetti della materia, come per esempio nel caso, in occasione di procedure di privatizzazione, di un contratto collettivo che regoli il trapasso da forme di rappresentanza del personale nel settore pubblico (*Personalräte*) alle rappresentanze dell'ordinamento aziendale privato (*Betriebsräte*) (112).

Anche la protezione del lavoro (*Arbeitsschutz*) ha, nella disposizione costituzionale, una funzione di chiarificazione: ancorché facente parte del Diritto pubblico, essa viene tradizionalmente considerata materia afferente al Diritto del lavoro. Tale settore, come disciplina giuridica di carattere pubblico, comprende disposizioni normative avverso specifiche fonti di pericolo per il lavoratore dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni (113) e non, quindi, concernenti la protezione del posto di lavoro (che ricade nella disciplina dei licenziamenti e quindi del Diritto del lavoro in senso stretto) (114). Rientrano in tale settore tutte le disposizioni che si riferiscono alla protezione di beni giuridici del lavoratore, in particolare della vita e

(111) Si tratta della *Betriebsverfassungsgesetz* attualmente contenuta nella legge 25 settembre 2001, da ultimo aggiornata dalla legge 31 ottobre 2006 (*Neunte ZuständigkeitsanpassungVO*).

(112) Kast, Freihube, *Privatisierung öffentlicher Arbeitgeber*, in *Der Betrieb*, 2004, p. 2530. Le rappresentanze del personale nell'ambito del pubblico impiego federale sono disciplinate dalla *Bundespersonalvertretungsgesetz* del 15 marzo 1974, da ultimo modificata dall'art. 3, comma 4, legge 14 agosto 2006.

(113) Kunig, *Arbeitsrecht, Sozialrecht*, in Münch, Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. III, München, 2003, pp. 91 ss.

(114) Si veda Stettner, *Arbeitsrecht, Sozialversicherung (Art. 74, I, n. 12, Gg)*, in Dreier (herausgegeben), *Grundgesetz Kommentar*, 2006, München, p. 1674, nonché Oeter, *Art. 74, Abs. 1, n. 12, Gg: das Arbeitsrecht einschliesslich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschliesslich der Arbeitslosenversicherung*, in Mangoldt, Klein, Starck, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, Rn. 113.

della salute, attraverso la predisposizione di condizioni minime di tutela tanto nell'ambito tecnico-produttivo del concreto svolgimento dell'attività, quanto nel settore sociale (115), nonché le disposizioni in merito all'orario di lavoro (116) (come, ad esempio, il divieto di occupazione nei giorni festivi) (117), ma anche la protezione e la tutela nei confronti di determinate categorie di lavoratori (118).

Il lemma *Arbeitsvermittlung* (collocamento al lavoro) contenuto nell'art. 74, comma 1, n. 12, *Gg*, ha una rilevanza meramente esplicativa. Costituiscono «attività di collocamento», secondo la definizione legale fornita dall'art. 35, comma 1, *Sgb* III (*Sozialgesetzbuch* III, contenuto nell'art. 1, legge 24 marzo 1997, nel quale, con effetto dal 1° gennaio 1998, è confluita la precedente normativa di origine federale costituita dalla *Arbeitsförderungsgesetz*, legge di sostegno al lavoro), tutte quelle volte a mettere in relazione datori di lavoro e lavoratori in cerca di occupazione al fine della stipulazione di un contratto di lavoro (119), senza che alcun rilievo possa attribuirsi all'origine dell'iniziativa, se del datore di lavoro o del lavoratore (120). A tal fine, già il Tribunale costituzionale federale rilevava a suo tempo come non fosse necessario un monopolio statale nell'attività di intermediazione (121); piuttosto, anche alla luce del combinato disposto con l'art. 367, III, 1,

(115) Per una disamina della materia *Arbeitsschutz* come ambito giuridico, si veda Bethge, Wienhold, *Arbeitsschutz*, in *Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung*, in *Bundes Archiv, Geschichte der Sozial Politik in Deutschland seit 1945*, Bd. 2/1, 2001, pp. 213 ss.; per quanto concerne il settore pubblico, si veda Leisner, *Arbeitsschutz im öffentlichen Dienst*, 1991, pp. 30 ss.

(116) *BVerfGE* 1, 283, 292.

(117) *BVerwGE*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, p. 2003. Se ne veda il commento in Pieroth, *Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung*, in Jarass, Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar*, München, 2006, p. 757.

(118) Si veda, infatti, la legge per la protezione del lavoro minorile del 12 aprile 1976, attualmente rivista dalla legge 26 gennaio 1998, così come la legge per la protezione degli occupati *vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz* del 24 giugno 1994.

(119) Schaub, in Schaub, Koch, Linck, *Arbeitsrechtshandbuch*, 2005, München, par. 1, Rn. 1.

(120) Kunig, *Art. 74*, in Münch, Kunig, *Grundgesetz Kommentar*, 2003, München, p. 93.

(121) *BVerfGE* 41 205, 228. Si veda, al riguardo, Sannwald, *Art. 74, Abs. 1, n. 12, Gg: das Arbeitsrecht einschliesslich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie die Sozialversicherung einschliesslich der Arbeitslosenversicherung*, in Schmidt, Bleibtreu, *Kommentar zum Grundgesetz*, 1999, München, p. 75.

Sgb III, verrebbe a imporsi «una stretta organizzazione dell'attività di intermediazione a opera del legislatore federale» (122) (123).

La protezione contro licenziamenti illegittimi, a opinione dei giudici costituzionali, concerne il Diritto del lavoro (124), ma la relativa legge (*Kündigungsschutzgesetz* del 25 agosto 1969) (125), per quanto contenga una disciplina ampia e dettagliata, non può considerarsi completa-

(122) *BVerfGE* 21, 248. Si veda anche Stettner, *Art. 74, II, Einzelne Titel*, in Dreier (herausgegeben), *Gg Kommentar*, op. cit., 1675: «la citazione dell'attività di collocamento nelle norme costituzionali dedicate alla competenza normativa non può essere intesa come legittimazione di un sistema statale di collocamento della forza lavoro». «L'attività di intermediazione in funzione della stipulazione di un contratto di lavoro tra datore di lavoro e lavoratore in cerca di occupazione comprende anche la cd. cessione del lavoratore», si veda *BVerfGE*, 21, 261, 268; cfr., al riguardo, la *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* del 7 agosto 1972, attualmente nella versione contenuta nella legge del 3 febbraio 1995, e da ultimo modificata dall'art. 233 della *Neunte ZuständigkeitsanpassungsVO* del 31 ottobre 2006.

(123) Tra il 1927 e il 1994, è esistito un monopolio federale sul mercato del lavoro; oggi tuttavia quest'ultimo è liberalizzato e l'attività di intermediazione può essere svolta anche da privati. Inizialmente l'attività di intermediazione venne svolta in via monopolistica dagli Uffici del lavoro (sotto il Ministero del lavoro) sulla base di quanto disposto dalla «legge sulla intermediazione del lavoro e l'assicurazione contro la disoccupazione» del 16 luglio 1927 (*RGBl.*, I S. 187). Nel 1935 tale legge venne rafforzata con la previsione di un divieto (prevedendo una sanzione di carattere penalistico all'art. 218). Tuttavia il Ministero poteva affidare tramite una disposizione in deroga (art. 54, comma 1) l'attività di intermediazione a determinati soggetti o strutture. Su tale assetto normativo intervenne la Corte di Giustizia della Comunità europea con sentenza 23 aprile 1991, procedimento C-41/90, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 601, statuendo che «un ufficio pubblico per l'occupazione che esercita attività di collocamento è soggetto al divieto di cui all'art. 86 [ora 82] del Trattato nei limiti in cui l'applicazione di questa disposizione non vanifichi lo svolgimento del compito particolare impartitogli. Lo Stato membro che gli ha conferito il diritto esclusivo di collocamento viola l'art. 90, n. 1 [ora 86], del Trattato qualora crei una situazione per cui l'ufficio pubblico per l'occupazione sarà necessariamente indotto a contravvenire all'art. 86 [ora 82] del Trattato. Tale caso ricorre, in particolare, in presenza delle seguenti condizioni: - il diritto esclusivo si estende ad attività di collocamento di personale direttivo di aziende; - l'ufficio pubblico per l'occupazione non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per questo tipo di attività; - l'esercizio effettivo delle attività di collocamento da parte delle società private di consulenza e ricerca del personale è reso impossibile dal mantenimento in vigore di una disposizione di legge che vieta dette attività a pena di nullità dei corrispondenti contratti; - le attività di collocamento considerate possono estendersi a cittadini o a territori di altri Stati membri».

(124) *BVerfGE* 51, 43, 55.

(125) Si vedano le modifiche apportate dall'art. 218, *Neunte ZuständeigkeitsanpassungsVO* del 31 ottobre 2006.

mente esauriente – infatti disciplina esclusivamente il caso tipico di licenziamento – e tale regolamentazione federale non abbraccia, per lo meno esaustivamente, ogni circostanza inerente a speciali categorie di lavoratori. Ai *Länder*, in altre parole, non sarebbe impedito predisporre per determinate categorie di lavoratori ulteriori tutele differenziate contro i licenziamenti illegittimi, ove se ne ravvisi la necessità (126).

In merito alla competenza normativa sulla giurisdizione del lavoro e relativa procedura, il titolo di competenza dell'art. 74, comma 1, n. 12 (*Arbeitsrecht*), concernerebbe il diritto sostanziale, cosicché esso riguarderebbe esclusivamente disposizioni riguardanti il Diritto del lavoro. L'art. 74, comma 1, n. 1, *Gg*, cita espressamente, oltre al Diritto civile e penale, le disposizioni di carattere processuale (*die Gerichtsverfassung, das gerichtliche Verfahren*, ovvero sia le procedure giurisdizionali). A opinione della dottrina maggioritaria, sembrerebbe preferibile optare per la riconduzione della normativa processuale in materia di contenzioso nell'ambito del rapporto di lavoro a quest'ultima disposizione costituzionale, riservando alla prima una preminenza eminentemente di carattere sostanziale (127) (128).

Curiosa, pur se ineccepibile nella sostanza, la pronuncia dei giudici di Karlsruhe, ad avviso della quale non costituisce violazione del riparto di competenza in materia di Diritto del lavoro una regolamentazione dei *Länder* che proibisca l'accettazione della mancia nelle case da gioco, poiché essa è stata emanata per garantire il corretto svolgimento dell'attività del gioco d'azzardo e solo di riflesso può intendersi riferita al rapporto di lavoro in senso stretto (129).

Dev'essere, infine, determinato il confine della competenza nella materia *Arbeitsrecht* per quanto attiene ai rapporti di lavoro nell'ambito del

(126) I *Länder* hanno fatto largo uso di tale loro competenza. Cfr., da ultimo, *BVerGE*, 11 aprile 2000, in *DVBl.*, 2000, p. 1120, con ampia indicazione dei casi disciplinati dal legislatore periferico.

(127) Si vedano, al riguardo, Hanau, *Die verfassungsrechtliche Bestandsgarantie der Arbeitsgerichtsbarkeit*, in F. S. Bartenbach, 2005, pp. 647 ss., Degenhart, *Art. 74*, in Sachs, *Grundgesetz Kommentar*, 1999, München, p. 681.

(128) La questione, peraltro, è puramente scolastica: che la competenza vada attribuita ai nn. 1 o 12 del medesimo art. 74, comma 1, *Gg*, essa rimane pur sempre di natura concorrente, e, in materia, il *Bund* ha adottato fin dal 1979 uno specifico procedimento per le controversie in materia di rapporto di lavoro ed escluso, pertanto, ogni intervento in materia dei *Länder*: si veda, infatti, l'*Arbeitsgerichtsgesetz* del 2 luglio 1979, da ultimo modificata dalla *Justizmodernisierungsgesetz* del 22 dicembre 2006.

(129) *BVerGE*, 28, 119.

pubblico impiego. Al riguardo occorre distinguere le disposizioni che concernono la posizione giuridica dei funzionari e degli impiegati del *Bund*, che ricadono nella competenza legislativa esclusiva dell'autorità centrale ai sensi dell'art. 73, n. 8, *Gg*, dalla regolazione dei rapporti giuridici dei funzionari e degli impiegati dei *Länder* e dei Comuni, disciplinati finora sulla base di una legge cornice federale e determinati, dal 1971, da una legislazione federale sugli stipendi e le pensioni di tutta la funzione pubblica, non soltanto quella federale (art. 74a della «legge fondamentale»), la cui normativa, in merito allo statuto giuridico e obbligatorio, va ricondotta, ai sensi dell'art. 74, comma 1, n. 27, *Gg*, alla competenza legislativa concorrente del *Bund*.

Concludendo sul punto, pur potendo astrattamente concepirsi come ammissibile, stante il tenore delle disposizioni costituzionali, un intervento legislativo dei *Länder*, esso non potrebbe che riguardare spazi assai ridotti e ambiti del tutto marginali. Il maggior esempio che può fornirsi è certamente rappresentato attualmente da una serie di leggi decentrate sulle *Bildungsurlaub*, le quali concedono al lavoratore il diritto a godere, nei confronti del datore di lavoro, di periodi retribuiti per scopi di aggiornamento professionale. Il *Bundesverfassungsgericht* ha in proposito stabilito che il diritto dei lavoratori al perfezionamento, non essendo stato disciplinato in maniera esaustiva dal legislatore federale, né dalla sola legge sulle ferie (*Bundesurlaubsgesetz* dell'8 gennaio 1963, modificata, da ultimo, dall'art. 7 del *Postbereinigungsgesetz* del 7 maggio 2002), né dalla legge sulla formazione professionale (*Berufsbildungsgesetz*, attualmente contenuta nella legge 23 marzo 2005), né dalle disposizioni generali di cui agli artt. 616 ss. *Bgb*, può essere oggetto di una disciplina decentrata differenziata (130).

7. — *Osservazioni conclusive* — Come ormai abbondantemente rilevato, il Diritto del lavoro nel sistema giuridico tedesco è disciplinato da numerose leggi di origine federale, nonostante sia, formalmente, collocato in regime di competenza normativa concorrente. Già decenni or sono si rilevava che «finché il codice del lavoro, che è in preparazione, non entrerà in vigore, secondo l'opinione prevalente il contratto di lavoro costituisce una sottospecie del contratto d'opera. I fondamenti giuridici degli obblighi scaturenti da un contratto di lavoro sono quindi tuttora da rinvenirsi nel codice civile, nel codice commerciale, nell'ordinamen-

(130) *BVerGE*, 77, 308. Vedi Löwisch, *Arbeitsrecht*, München, 2000, p. 25.

to in materia di mestieri e professioni e nelle leggi ulteriori, quali la legge per la tutela della maternità, la legge sul lavoro a domicilio, e nelle ulteriori discipline di legge le quali tutte, per lo più, presentano tratti di protezione a vantaggio del lavoratore in qualità di soggetto debole bisognoso di protezione sociale» (131). Un unitario codice del lavoro a opera del *Bund*, nonostante numerosi tentativi (132), non è stato fino a oggi emanato. A tutt'oggi, infatti, il legislatore federale non ha ancora provveduto ad adempiere l'impegno – contenuto nell'art. 30, comma 1, n. 1, dell'Accordo di riunificazione del 31 agosto 1990 – di provvedere, quanto prima, alla codificazione del rapporto di lavoro (133). Il codice civile, come già rilevato, contiene solo poche e scarse disposizioni di carattere giuslavoristico (parr. 611 ss. *Bgb*), sostituito, in tal senso, dalle leggi di origine federale che coprono in maniera pressoché esaustiva l'intera materia (134).

Riprendendo quanto precedentemente affermato, si può, pertanto, richiamare quell'autorevole dottrina la quale, esprimendosi eloquentemente (in un contesto in cui, peraltro, ancora sussisteva la necessità dell'applicazione della clausola di necessità in materia di Diritto del lavoro, e in cui quindi il *Bund* aveva competenza normativa quando una legge federale si rendeva necessaria per stabilire condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o per tutelare l'unità economica e giuridica nell'interesse di tutto lo Stato), ebbe ad affermare che, «poiché per lo meno la seconda alternativa per il Diritto del lavoro è largamente sussistente, esso è del tutto prevalentemente di origine federale» (135).

Situazione largamente simile in Italia, ove, analogamente all'ordinamento giuridico tedesco, è stato avvertito con nettezza il pericolo che una deriva localistica del Diritto del lavoro avrebbe potuto costituire il

(131) Bobrowski, Gaul, *Das Arbeitsrecht im Betrieb*, 1979, Heidelberg, pp. 10-11.

(132) Si vedano, per tutti, Balders, Strybny, *Reform für mehr Beschäftigung: Ein Arbeitsvertragsgesetz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2005, pp. 249 ss.; Ramm, *Entwürfe zu einem Deutschen Arbeitsvertragsgesetz*, 1992, e Idem, *Kodifikationen des Arbeitsrechts?*, in Merten, Schreckenberger, *Kodifikation gestern und heute*, 1995, pp. 167 ss.

(133) Moll, *Arbeitsrecht – Münchner Anwalts Handbuch*, München, 2005, p. 7.

(134) Vedi, però, Bötticher, *Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts?*, *op. cit.*, p. 361, il quale già sosteneva che la mancata realizzazione di un provvedimento normativo avente come oggetto il rapporto di lavoro non possa comunque essere utilizzata come indizio per sostenere la non esaustività della medesima materia nel *Bgb*.

(135) Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 2004, München, p. 23; si veda anche Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, München, 2002, p. 12.

preludio a un inaccettabile fenomeno di *dumping* sociale. Come si diceva in apertura, infatti, le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali successive alla Riforma del Titolo V hanno avviato alla cripticità dell'art. 117 Cost., ancorando saldamente la materia «Diritto del lavoro» alla competenza legislativa statale, per lo più riferendosi alla voce «ordinamento civile». Tuttavia, l'orientamento teso a ricondurre alla voce «ordinamento civile» l'intera disciplina lavoristica è affiancato da differenti letture della problematica sottesa, che tuttavia ne condividono gli afflitti accentratori e di uniformità. Ci si riferisce, in particolare, alla riconducibilità del rapporto di lavoro alla lettera *m* del comma 2 dell'art. 117 Cost., vale a dire all'area della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», riservato all'esclusiva competenza statale (136). A tal riguardo, peraltro, esaustiva è stata la stessa Corte Costituzionale, la quale ha affermato (137) come tale formula non configuri una materia a sé stante, ma una competenza di carattere trasversale, idonea a incidere su tutte le altre e volta a preservare l'unità giuridica ed economica della Repubblica (cfr. art. 120 Cost.).

In posizione difforme, ma entrambe aventi elementi sostanziali comuni, si collocano due diverse posizioni che condividono la medesima impronta accentratrice e la loro riferibilità non a voci di materie contenute nell'art. 117 Cost., bensì a principi di rilevanza costituzionale. Ci si riferisce, in primo luogo, al rilievo che parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale ha voluto riconoscere, anche in questo campo, al principio costituzionale di uguaglianza; principio più volte richiamato dalla Consulta, ad avviso della quale esso consiste «nell'esigenza che sia assicurata su tutto il territorio nazionale una uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra soggetti privati, i quali attendono allo svolgimento delle libertà giuridicamente garantite e sono dunque legati al correlativo requisito costituzionale del godimento di tali libertà in condizioni di formale eguaglianza, ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione» (138). Così, è stato sostenuto che «la funzione del Diritto del lavoro consiste nella realizzazione del reciproco ed equilibrato contemperamento del valore proprio del lavoro umano e del valore dell'impresa in quanto la realizzazione di quest'ultimo condiziona necessa-

(136) Rusciano, *Il Diritto del lavoro nel federalismo*, in *Lav. dir.*, 2001, p. 492.

(137) Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Foro it.*, 2002, I, 664.

(138) Corte Cost. 26 ottobre 1995, n. 642, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3585.

riamente quella del primo» (139). Chiamato ad assolvere tale funzione, il Diritto del lavoro deve necessariamente misurarsi con una realtà economica e sociale che non può essere confinata a una dimensione localistica e particolare ma deve semmai riferirsi a un contesto sostanzialmente omogeneo per tutto il territorio nazionale, «in quanto caratterizza[o] dal conflitto di interessi connaturato al sistema di produzione capitalistico» (140), insuscettibile di adattamento localistico poiché radicato all'interno dei rapporti di produzione, e quindi dell'impresa (141).

Si sottolinea, in secondo luogo, come il principio di eguaglianza si intrecci con il principio di concorrenza tra imprese e con la tutela del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale (art. 120 Cost.) e comunitario (art. 3 del Trattato Ce) (142), e come il Cnel abbia ragionevolmente segnalato che «il criterio dell'unità giuridica ed economica, così come deducibile dal combinato disposto dell'art. 5 e dell'art. 120 Cost., comma 2, debba essere inteso come criterio ermeneutico di lettura dell'art. 117 Cost.», deducendosene che il suddetto «principio

(139) Persiani, *Devolution e Diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 27: «se la funzione del Diritto del lavoro fosse quella di assegnare priorità assoluta alla tutela di chi lavora sarebbe illegittimamente mortificato il valore dell'impresa, che finirebbe per essere considerata un luogo di occupazione e non già, come è e deve essere, un luogo di produzione della ricchezza». Si veda Santucci, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Torino, 1997, p. 2, ad avviso del quale il principio di uguaglianza «deve tradursi in regole e vincoli attraverso un percorso argomentativo che rispetti tanto l'autonomia negoziale, quanto la libertà di impresa, anch'esse costituzionalmente protette».

(140) Persiani, *Devolution e Diritto del lavoro*, *op. cit.*, p. 28.

(141) L'impresa, dunque, sarebbe il luogo del conflitto ove le caratteristiche del territorio, nel quale l'attività imprenditoriale è di fatto esercitata, scoloriscono a condizioni ambientali, senza pregiudicarne la natura. Ciò, pur nella consapevolezza che, nell'accezione del termine uguaglianza in senso verticale, ossia tra l'imprenditore e i suoi dipendenti, «se l'impresa è il luogo di massima rifrazione delle disuguaglianze, al tempo stesso è il luogo in cui è impossibile abolirle. In effetti, si fa presto a dire che gli abitanti del pianeta impresa sono pur sempre cittadini di una Repubblica democratica e come tali vanno trattati. Poi, bisogna realisticamente riconoscere che lo stesso Lavoro – quello con la elle maiuscola – che conferisce la cittadinanza, riproduce immancabilmente dentro l'impresa le asimmetrie che ne pregiudicano l'essenza paritaria e il diritto che [...] dal lavoro “prende nome e ragione” non ha risolto la contraddizione: ha preferito metabolizzarla»: Romagnoli, *Il Diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in Napoli (a cura di), *Costituzione, Lavoro, Pluralismo sociale*, Milano, 2001, p. 22.

(142) Garilli, *Diritto del lavoro e nuovo assetto dello Stato*, in *q. Riv.*, 2005, p. 349: «concorrenza e tutela che vengono assicurate attraverso la disciplina fondamentale del rapporto di lavoro».

fondamentale dell'unità dell'ordinamento» giustifica l'attribuzione alla competenza esclusiva dello Stato sull'«intera disciplina del Diritto privato, ivi compreso il Diritto del lavoro» (143). Appare allora congruo collocare la disciplina del rapporto di lavoro in una situazione «speciale e differente rispetto alle altre attribuzioni ricomprese nel novero dell'ordinamento civile, così da porla al riparo dalle plurime competenze concorrenti delle Regioni» (144). Il principio, peraltro, gode di un esplicito riferimento nella giurisprudenza costituzionale sul d.lgs. n. 276/2003 (l'ormai arcinota sentenza n. 50 del 2005) in cui la Consulta, per giustificare il regime unitario dell'autorizzazione necessaria alla attività delle agenzie ivi disciplinata, ha richiamato il principio comunitario della concorrenza, «in ciò implicitamente riconoscendo la sussistenza di un criterio che garantisce alla materia del lavoro un posto sovraordinato rispetto alle altre che rientrano nel novero dell'ordinamento civile» (145).

In conclusione, è possibile riscontrare, nei due differenti sistemi giuridici, la sostanziale medesima tendenza accentratrice nelle mani del legislatore centrale del potere legislativo sulla disciplina inerente al rapporto di lavoro, alla stregua, peraltro, di allocazioni di funzioni normative (di rilievo costituzionale) differenti. Le due riforme costituzionali, del 2001 in Italia e del 2006 in Germania, hanno rinnovato un'opzione di fondo consistente nel mantenimento in capo allo Stato centrale del potere normocreativo intorno al contratto di lavoro, anche se in Italia ciò è potuto avvenire presumibilmente in un momento successivo a un'adesione ideologica presupposta, ovvero, sia la salvaguardia dell'unità giuridica ed economica della Repubblica, revocata in dubbio, almeno sotto l'aspetto qui considerato, da un testo costituzionale evidentemente laconico e deficitario. Ecco forse il motivo per cui, come è stato autorevolmente sostenuto, di fronte all'imponente opera riformatrice del federalismo tedesco condotta nel 2006, «l'osservatore italiano non può sottrarsi, spogliandosi della veste propriamente scientifica, a una sensazione di sottile disagio e forse di invidia: l'ambizione a che una revisione costituzionale del Titolo V possa essere preparata con tanta cura e con un così vasto consenso di classe politica non ha molte probabilità di essere soddisfatta» (146).

(143) Cnel, *Osservazioni e proposte, la riforma del Titolo V della Costituzione*.

(144) Ferrante, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Torino, 2008, p. 212.

(145) Ferrante, *op. cit.*, p. 213.

(146) Ferrari, *Sviluppi del modello federale in Germania alla luce della revisione costituzionale di luglio 2006*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, I, p. 81.

NOTE E COMMENTI

Daniela Izzi (*)

LAVORO DELLE DONNE E FLESSIBILITÀ: QUALCHE OBIEZIONE A PIETRO ICHINO (**)

Il criterio della «flessibilità nella sicurezza» o *flexicurity*, che rimanda alla ricerca di quel difficile ma necessario equilibrio tra le esigenze di flessibilità delle imprese, da un lato, e le esigenze di sicurezza e di stabilità dei lavoratori, dall'altro, da qualche tempo ha varcato i confini del processo di coordinamento delle politiche per l'occupazione europee, nel quale ha tratto origine, per divenire motivo ispiratore delle più disparate proposte volte a migliorare e ammodernare il Diritto del lavoro, rendendolo maggiormente rispondente alle istanze degli attori economici in campo. Le divergenze di vedute esistenti tra i giuristi del lavoro a proposito della ricetta da seguire a tal fine sono profonde ed estese, tanto che risulta inevitabile imbattersi quando si affronta un tema di non marginale interesse come quello del lavoro femminile.

Volendo focalizzare l'attenzione proprio su questo tema, proverò a esaminare a grandi linee due declinazioni della flessibilità che interessano da vicino l'occupazione delle donne: in primo luogo, quella particolare forma di flessibilità cd. in entrata (cioè nella scelta del tipo contrattuale) che è rappresentata dal lavoro *part-time*; poi, per quanto riguarda la flessibilità cd. in uscita (cioè nella cessazione del rapporto di lavoro), senza addentrarmi nel terreno notoriamente minato della disciplina dei licenziamenti, tratterò brevemente la questione delle dimissioni vincolate nella forma (anziché libere) del lavoratore.

Cominciamo dunque dal lavoro *part-time*, che, com'è noto, riveste una significativa importanza come strumento di coinvolgimento nel lavoro retribuito delle donne. Nei paesi dell'Unione europea esiste, infat-

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Torino.

(**) Il testo riproduce, con alcune modifiche e l'aggiunta di note essenziali, l'intervento svolto al Convegno «I giovani e il lavoro: scenari futuri tra stabilità e flessibilità» organizzato presso la sede di Cuneo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino il 12 dicembre 2008.

ti, un'apprezzabile correlazione tra il tasso di occupazione femminile e la quota di lavoro a tempo parziale (lavoro che è svolto all'80% da donne e solo per la minima parte restante da uomini) (1): è la disponibilità di impieghi a orario ridotto, cioè, a indurre la partecipazione al mercato del lavoro di donne che altrimenti ne resterebbero al di fuori, consentendo loro di risolvere il problema – ancora oggi prevalentemente, se non esclusivamente, femminile – della conciliazione tra vita lavorativa e responsabilità familiari. Come attestato da accreditate ricerche sociologiche (2), in particolare, è essenzialmente l'occupazione delle donne con livelli d'istruzione meno elevati (e quindi soprattutto delle donne provenienti dagli strati sociali più bassi) a crescere grazie alla possibilità di lavori *part-time*. Le donne con più elevati livelli d'istruzione, infatti, mostrano una maggiore propensione a impegnarsi in lavori a tempo pieno e, soprattutto, a mantenerli dopo la maternità (potendo contare su forme di aiuto retribuito nella sfera familiare).

Non intendo idealizzare eccessivamente il ruolo del *part-time*, essendo consapevole che dal punto di vista politico generale costituisce solo uno dei tanti strumenti utilizzabili per incentivare l'occupazione delle donne, senza disincentivarne la fertilità: senza porle, cioè, di fronte alla cruda alternativa tra la maternità e il lavoro extra-familiare (3). Credo però che in un paese come l'Italia, agli ultimi posti in Europa per quanto riguarda sia il tasso di occupazione femminile (pure in costante crescita) che il tasso di fertilità (nonostante le marcate differenze territoriali esistenti in proposito), ai contratti di lavoro *part-time* si debba guardare con molta attenzione.

La disciplina in materia, messa compiutamente a punto (in attuazione della Direttiva comunitaria n. 97/81) solo nel 2000, è mutata da allora, e in termini non minimali, per ben tre volte, come ha lamentato Pietro Ichino in un recente scritto pubblicato nella *Rivista* da lui diretta, evidenziando, in modo del tutto condivisibile, il serio problema di conoscibilità e di applicazione, da parte dei datori di lavoro e degli

(1) Vedi, con riferimento ai 15 vecchi Stati membri, E. Reyneri, *Sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, Il Mulino, 2005.

(2) P. Villa, *Lavoro a tempo parziale e modelli di partecipazione femminile al mercato del lavoro nei paesi europei*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 205; S. Scherer, E. Reyneri, *Come è cresciuta l'occupazione femminile in Italia: fattori strutturali e culturali a confronto*, in *St. e merc.*, 2008, pp. 191 s.

(3) Per l'indicazione dell'insieme di tali strumenti vedi P. Villa, *Lavoro a tempo parziale*, cit., p. 220.

operatori del settore, di norme che cambiano continuamente (4). Le modifiche apportate alla disciplina originaria del d.lgs. n. 61/2000, dapprima in direzione «liberalizzatrice» dal d.lgs. n. 276/2003 e poi, in senso parzialmente opposto, dalla legge n. 247/2007, attuativa del Protocollo sul *welfare* del 23 luglio 2007, hanno riguardato principalmente (ma non solo) le clausole contrattuali che consentono la variazione dell'orario del dipendente *part-time*, cioè lo spostamento dell'orario (come nel caso del *part-timer* orizzontale cui sia chiesto di lavorare al pomeriggio anziché al mattino) oppure la sua dilatazione (come nel caso del *part-timer* verticale cui sia chiesto di lavorare per più ore di quelle concordate nel contratto). Tali modifiche hanno perciò riguardato, in buona sostanza, la dose e le modalità della flessibilità oraria immettibile all'interno di un contratto di lavoro *part-time*: quello, cioè, che da sempre costituisce il punto critico della disciplina, oggetto, non a caso, già nel lontano 1992, di una sentenza della Corte Costituzionale che ha sottolineato la necessità di strutturare il contenuto del rapporto di lavoro *part-time* in modo tale da non privare il dipendente della possibilità di contare sulla disponibilità di un certo tempo libero (5) da destinare a un'altra attività lavorativa o a impegni extra-lavorativi (ad esempio, di cura della famiglia o di studio). Ciò che viene in gioco nella disciplina delle clausole elastiche e flessibili, dunque, è proprio il delicato equilibrio tra *flexibility* e *security*: tra le esigenze delle imprese di variabilità dell'orario dei *part-timers*, da un canto, e le garanzie dovute ai dipendenti in ordine alla possibilità di conciliazione del lavoro a orario ridotto con altre attività, dall'altro.

Senza poter entrare qui troppo nei dettagli, mi limito a ricordare i tratti salienti della disciplina delineata in proposito dalla versione iniziale del d.lgs. n. 61/2000: il cd. principio della doppia chiave – collettiva e individuale – per il ricorso alle clausole flessibili, da stipulare (al momento dell'assunzione o successivamente) con un apposito patto scritto; la possibilità del lavoratore di denunciare tale patto, nell'esercizio del cd. diritto di ripensamento, per documentate ragioni (familiari, di salute o di lavoro) e secondo determinate modalità; infine il riconoscimento, a favore del lavoratore, di un ampio preavviso rispet-

(4) P. Ichino, *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, pp. 417 s.

(5) È la nota pronuncia Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 738.

to alla variazione oraria richiesta (6), nonché del diritto a una maggiorazione retributiva. Dopo le modifiche del 2003, volte a rendere il *part-time* più appetibile per le imprese e quindi presumibilmente più utilizzato, e quelle del dicembre 2007, volte a porre qualche argine alla svolta flessibilizzatrice della cd. legge Biagi, l'attuale disciplina delle clausole di elasticità oraria presenta un volto alquanto diverso da quello originario (7). Tra i vari aspetti innovati viene in risalto, in particolare, la cancellazione del diritto di ripensamento attribuito ai *part-timers* per consentire, oltre che di annullare la clausola flessibile accettata non proprio liberamente al momento dell'assunzione, anche di adeguare il contenuto del contratto ai cambiamenti intervenuti nella propria vita familiare (è evidente, ad esempio, che la disponibilità a variazioni orarie di una lavoratrice *part-time* può ridursi drasticamente con l'aumento del suo carico di lavoro familiare, e tornare a dilatarsi, invece, con l'alleggerimento dello stesso). Tutto ciò al fine di realizzare l'obiettivo della conciliazione insito nella scelta, da parte della lavoratrice, di un contratto a orario ridotto.

Quali che siano le valutazioni degli attori sociali sulla specifica previsione abrogata (non menzionata nel Protocollo del luglio 2007 ma reintrodotta in diversi contratti collettivi (8), soprattutto nei settori ove il *part-time* è per tradizione più diffuso), mi pare a ogni modo evidente, dall'insieme dei dati ricordati, l'estrema delicatezza della questione del bilanciamento tra le divergenti esigenze delle imprese e dei lavoratori affrontata dalla disciplina legislativa sulle clausole flessibili. Delicatezza e rilevanza indirettamente attestate, oltretutto, dall'intensa successione delle modifiche normative intervenute: basti pensare, come termine di confronto, alla facile liquidazione riservata, nello stesso periodo, a un istituto contrattuale rivelatosi privo di concreto interesse per i suoi potenziali utilizzatori come il cd. *staff leasing*.

In considerazione di ciò, la proposta avanzata da Pietro Ichino (9) di rimettere la soluzione di tale questione alla libera determinazione delle

(6) Il termine del preavviso, originariamente pari a 10 giorni (ma riducibile a 2 giorni dalla contrattazione collettiva), è stato dapprima abbassato a 2 giorni dal d.lgs. n. 276/2003, e poi elevato a 5 giorni dalla legge n. 247/2007.

(7) Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione normativa del *part-time*, su questo centrale aspetto, ma non solo, vedi V. Leccese, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente nella l. n. 247 del 2007*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 475-491.

(8) Vedi, ad esempio, il Ccnl del commercio.

(9) P. Ichino, *Inderogabilità ed effettività...*, cit., pp. 416 s.

parti direttamente coinvolte (datore di lavoro e dipendente) suscita una certa preoccupazione. L'obiettivo della semplificazione normativa indicato da Ichino, naturalmente, è assai attraente per qualunque persona di buon senso: ma – mi chiedo – è realistico pretendere di dare una risposta semplice a una questione così complessa e controversa? Ichino sostiene che, con buona pace per la pretesa inderogabilità della disciplina lavoristica, sono comunemente diffuse nel *part-time* forme non consentite di variabilità dell'orario accettate dai lavoratori interessati: e accettate di buon grado, come lascerebbe intuire la circostanza dello scarsissimo contenzioso giudiziale esistente al riguardo. Misurare la rispondenza di una certa pratica agli interessi dei lavoratori dalla mancata contestazione giudiziale della stessa sembra, però, un'operazione ad alto rischio d'inattendibilità. Se il nesso tra il mancato ricorso dei lavoratori alle aule di giustizia e l'inesistenza di un dato problema fosse così scontato, ad esempio, dovremmo concludere che quasi non esistano nel nostro paese discriminazioni tra uomini e donne nella selezione del personale, nella progressione di carriera, nella sfera retributiva: ciò che, invece, nessuna persona con una minima conoscenza del mondo del lavoro si sentirebbe di affermare. Mi pare inoltre estremamente verosimile, anche alla luce delle già ricordate caratteristiche che accomunano gran parte delle lavoratrici a orario ridotto, che affidare in via esclusiva al contratto individuale la definizione della flessibilità oraria richiedibile al dipendente *part-time* finisca per determinare in sostanza una forte compressione della sua possibilità di difendere il proprio tempo di non lavoro: col prevedibile risultato di molta *flexibility* a favore delle imprese, ma di pochissima *security* per le lavoratrici, che vedrebbero così ulteriormente accresciute le difficoltà di conciliazione del doppio ruolo professionale e familiare che generalmente rivestono. A mio parere, dunque, l'assenza di regolazione legale (e collettiva) rischierebbe di produrre qui un male peggiore di quello che si intende estirpare.

Passando ora all'altro tema che mi sono proposta di affrontare, stimolata da valutazioni di Pietro Ichino che non mi sento di condividere (10), comincio anzitutto a dare conto dello stretto legame intercorrente tra la vecchia pratica frodatrice delle cd. dimissioni in bianco e il lavoro delle donne. Devo allora ricordare l'intento di difesa dell'occupazione femminile che molti anni fa, a fronte del dilagare di recessi dal contratto di lavoro effettuati in prossimità del matrimonio

(10) Vedi, ancora, P. Ichino, *Inderogabilità ed effettività...*, cit., pp. 414 s.

delle lavoratrici, nonché della loro maternità, indusse il nostro legislatore (con le leggi n. 7/1963 e n. 1204/1971) non solo a vietare il licenziamento delle donne in un ampio arco temporale determinato con riferimento a tali eventi, ma anche a dubitare della genuinità delle dimissioni rassegnate dalle interessate nei medesimi periodi, subordinandone la validità alla conferma o alla convalida in sede amministrativa (11).

Essendosi constatata la persistente attualità della pratica illecita posta in essere dai datori di lavoro facendosi rilasciare dal dipendente, al momento dell'assunzione, una lettera di dimissioni firmata ma con la data in bianco, in modo tale da sottrarsi all'applicazione della disciplina vincolistica sui licenziamenti (12), la legge n. 188/2007 ha introdotto un requisito di forma *ad substantiam* per il recesso contrattuale dei lavoratori, imponendo per la rassegnazione delle dimissioni la compilazione di un apposito modulo (solo telematico, come inopportunamente stabilito dal decreto interministeriale del 21 gennaio 2008), eventualmente completabile con l'assistenza di soggetti abilitati (come Direzioni provinciali del lavoro e centri per l'impiego). Sia la legge del 17 ottobre 2007 che la disciplina regolamentare adottata nel gennaio 2008 per consentirne l'attuazione presentano difetti tecnici non marginali, prontamente denunciati da diversi studiosi (13). Basti pensare, per avere un eloquente esempio della bassa qualità che caratterizza ormai la nostra produzione legislativa (inversamente proporzionale – probabilmente non a caso – alla quantità della stessa), al fatto che la legge n. 188/2007 introduce una laboriosa procedura da seguire scrupolosamente in caso di dimissioni volontarie, senza nulla dire, però, rispetto alla risoluzione consensuale del

(11) Le regole riguardanti le dimissioni presentate nel periodo compreso tra le pubblicazioni del matrimonio e l'anno successivo alla sua celebrazione e nel periodo compreso tra il concepimento e il compimento del primo anno di vita del bambino sono ora contenute, rispettivamente, nell'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 198/2006 e nell'art. 55, comma 4, del d.lgs. n. 151/2001.

(12) O da lucrare altre utilità, come nel caso delle dimissioni in bianco richieste ai lavoratori in nero regolarizzati usufruendo dei benefici contributivi previsti, a favore della loro emersione e stabilizzazione, dalla legge finanziaria per il 2007 (n. 296/2006): vedi M. V. Ballestrero, *Recesso on line: ovvero la nuova disciplina delle dimissioni volontarie*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 512.

(13) Vedi, da diversi punti di vista: A. Vallebona, *Le dimissioni e il nuovo vincolo di forma*, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, pp. 862 ss.; M. V. Ballestrero, *Recesso on line...*, cit., pp. 511 ss.; G. Trioni, *I nuovi vincoli in materia di dimissioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, pp. 227 ss.

contratto di lavoro (*ex art. 1372, comma 1, cod. civ.*), che pure è suscettibile di un'analogia, fraudolenta predisposizione preventiva. La constatazione dei limiti di una disciplina che, nel tentativo di eliminare le dimissioni in bianco, dimentica altre facili vie di fuga dalla legalità e genera problemi nuovi, non mi sembra però possa giustificare la scelta di abrogarla compiuta, dopo il cambio della coalizione governativa, dal d.l. n. 112 del 25 giugno 2008 (convertito nella legge n. 133 del 6 agosto 2008).

Sull'opportunità della legge ormai cancellata dal nostro ordinamento (a distanza di neppure quattro mesi dalla sua entrata in vigore), peraltro, Pietro Ichino aveva avanzato forti perplessità, additandola quale emblema dell'eccesso regolatorio in cui sono soliti ricadere i governi italiani di centro-sinistra, senza tenere conto della sproporzione esistente, a suo parere, tra i benefici e i costi delle tutele adottate. Secondo Ichino, in particolare, l'obiettivo avuto di mira dalla legge n. 188 avrebbe potuto essere perseguito più efficacemente ed economicamente altrimenti: avvalendosi in sede processuale, cioè nell'ambito del giudizio instaurato per contestare le dimissioni in bianco, di un espediente probatorio utilizzabile – a suo dire – con successo, ovvero il deferimento al datore di lavoro del giuramento decisorio sulle circostanze della formalizzazione delle dimissioni (con l'esposizione al rischio di una condanna penale in caso di falso giuramento); oppure stabilendo a favore del lavoratore il diritto di revocare, entro un breve termine, le dimissioni che recano la sua firma ma non corrispondono alla sua effettiva volontà. Entrambe le soluzioni proposte, tuttavia, non mi paiono immuni da controindicazioni, dato che, anziché prevenire *ex ante* le pratiche illegittime dei datori di lavoro, si limitano a contrastarle *ex post*: nel primo caso, addossando inevitabilmente ai lavoratori che ne sono vittime il peso e i rischi di un'azione giudiziale (con margini d'insuccesso non trascurabili, essendo lecito dubitare che chi non ha avuto scrupoli prima, al momento di «falsificare» le dimissioni del lavoratore, li abbia in un momento successivo, quando si tratta di dichiararne sotto giuramento le modalità di formazione); nel secondo caso, invece, sollevando problemi diversi, collegati, ad esempio, alla conoscibilità, da parte del dipendente, dell'avvenuto utilizzo della lettera pre-firmata di dimissioni e alla sua effettiva capacità di reazione nel breve tempo (appena 48 ore, secondo una proposta di legge sottoscritta dallo stesso Ichino) a disposizione per la revoca.

Personalmente, quindi, sono incline a ritenere che la legge n. 188/2007 meritasse, pur con i suoi vizi, di essere mantenuta e che abrogarla abbia significato buttare via, insieme all'acqua sporca, anche il neonato. Una genuina attenzione alle più basilari istanze di *security* dei lavoratori (soprattutto quelli di sesso femminile), viceversa, avrebbe potuto evitare una scelta sbrigativa, ma d'obiettivo indifferenza verso situazioni vergognose che neppure la più spinta concezione di flessibilità del mercato del lavoro potrebbe giustificare, come quella che è stata compiuta.