

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

EDITORIALE

In ricordo di Marco Biagi

RICERCHE

Verso una riforma del processo del lavoro?

INTERVENTI

La disciplina delle forme pensionistiche complementari

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

L'efficacia giuridica del contratto collettivo

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Dimissioni della lavoratrice madre e conoscenza dello stato di gravidanza

Gli appalti fittizi nelle strutture sanitarie

Il risarcimento del danno da licenziamento ingiurioso

Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto

L'ipotesi "classica" della sostituzione dei lavoratori in sciopero

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Nuova disciplina dell'appalto e certificazione

Dirigenti industriali in stato di disoccupazione e sostegno al reddito

La regolazione piemontese del mercato del lavoro

Natura del fondo di tesoreria per l'erogazione del t.f.r.

Incarichi esterni e lavoro a progetto nel settore pubblico

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Armonizzazione della disciplina comunitaria

sull'orario di lavoro nell'Europa allargata

Il quadro europeo degli strumenti di conciliazione

Il quadro europeo degli strumenti di composizione del conflitto collettivo

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Germania - Alcune novità apportate dalla recente tornata contrattuale

Romania - Nuove figure contrattuali e codice del lavoro

Spagna - La negoziazione collettiva sulla retribuzione come strumento

di sostegno occupazionale

Giuffrè Editore N. 2/XVII - 2007

Rivista di

ADAPT - FONDAZIONE

"MARCO BIAGI"



Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione
in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in
L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

SOMMARIO - n. 2/2007

Editoriale

PIETRO ICHINO *Il dovere di non essere faziosi* 341

Ricerche: Verso una riforma del processo del lavoro?

MARIELLA MAGNANI *Quale riforma del processo del lavoro?* 349

ANTONIO VALLEBONA *I disegni di riforma del processo del lavoro* 358

CLARA ENRICO *Il processo del lavoro e il «giusto processo»*. 368

PAOLA MALANETTO *Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino* 383

MARIA RITA IORIO *Spese di lite, abuso del ricorso alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo*. 398

ANTONIO BELSITO *L'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro*. 408

MARCO CRIPPA *Ruolo e ideologia del processo del lavoro: commento alle recenti proposte di riforma*. 417

Interventi

MICHELE PICCARI *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005*. 431

Relazioni industriali e Risorse umane

ITALO INGLESE *Sull'opportunità di una disciplina dell'efficacia del contratto collettivo*. 463

Osservatorio di giurisprudenza italiana

VANIA MAGNATTI *Dimissioni della lavoratrice madre e conoscenza dello stato di gravidanza* (nota a Trib. Modena 20 dicembre 2005, depositata). 471

ALESSANDRO CORVINO *Uno stop agli appalti fittizi nelle strutture sanitarie?* (nota a TAR Lombardia 21 marzo 2007 n. 462 e TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711). 476

MONICA NAPOLITANO *Sulla spettanza delle agevolazioni contributive in caso di nullità del contratto part-time e di superamento sistematico dell'orario di lavoro pattuito* (nota a Cass. 10 gennaio 2006 n. 168). 482

TIZIANA FIORE *Il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in caso di licenziamento ingiurioso* (nota a Cass. 16 maggio 2006 n. 11432). 488

GIAMPIERO FALASCA <i>L'orientamento della giurisprudenza di merito sulla spettanza della retribuzione nelle more del pagamento dell'indennità ex art. 18, comma 5, Stat. lav. (nota a Trib. Torino 14 settembre 2005 e altre)</i>	493
ALESSANDRO CROSTA <i>Demansionamento del dirigente apicale e tutela cautelare urgente (nota a Trib. Roma 23 gennaio 2006)</i>	495
PALMA BALSAMO <i>L'utilità di una elaborazione autonoma della categoria di mobbing (nota a Trib. Catania 7 febbraio 2006)</i>	500
RICCARDO DEL PUNTA <i>Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto (nota a Cass., sez. un., 26 ottobre 2006 n. 22910)</i>	503
GAETANO ZILIO GRANDI <i>L'ipotesi «classica» della sostituzione dei lavoratori in sciopero tra fonti di disciplina e diritti costituzionali (nota a Cass. 9 maggio 2006 n. 10624)</i>	509

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

CHIARA BIZZARRO <i>Le politiche di contrasto al lavoro «nero» tra nuovo regime degli appalti e procedure di certificazione</i>	517
MAURIZIO BERNASCONI <i>Note sulla sperimentazione dell'apprendistato professionalizzante nel settore commercio e terziario in Lombardia</i>	524
MAURIZIO POZZI <i>Un'intesa sull'apprendistato tra Regione Emilia Romagna, Direzione regionale del lavoro, Inps e Inail</i>	528
STEFANO MALANDRINI <i>Dirigenti industriali in stato di disoccupazione e formule contrattuali di sostegno al reddito</i>	529
MANUEL MAROCCO <i>La normativa di settore della Regione Piemonte in materia di autorizzazione e accreditamento</i>	534
MASSIMILIANO MARCHE <i>Il Rapporto dell'Unione Industriale di Torino sul mercato del lavoro nell'anno 2005</i>	539
DONATELLO GARCEA <i>La natura del Fondo di tesoreria per l'erogazione del t.f.r.</i>	543
GAETANO NATULLO <i>L'accordo sulle collaborazioni coordinate e continuative nella Regione Emilia Romagna, tra disciplina degli «incarichi» e lavoro «a progetto»</i>	549

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

STEPHEN HARDY <i>L'armonizzazione della disciplina comunitaria sull'orario di lavoro nell'Europa allargata: un tentativo fallito di «umanizzazione»? (contributo su CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, Direttiva 2003/88/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, 4 novembre 2003 e altri)</i>	559
<i>Il quadro europeo degli strumenti di incentivo alla conciliazione tra vita familiare e vita lavorativa (nota a EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (a cura di), Working time and work-life balance in European companies, 12 giugno 2006 e altri)</i>	580

<i>Il quadro europeo degli strumenti di gestione e soluzione del conflitto collettivo (nota a EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, Collective dispute resolution in an enlarged European Union, agosto 2006).</i>	584
Osservatorio internazionale e comparato	
RAFFAELE SANTAGATA <i>Germania – Alcune novità apportate dalla recente tornata contrattuale.</i>	596
VALER DORNEANU, DAN VELICU <i>Romania – Nuove figure contrattuali del codice di lavoro.</i>	605
SONIA PEDROSA ALQUÉZAR, ANA GRACIA MARZAL <i>Spagna – La negoziazione collettiva in materia di retribuzione come strumento di sostegno occupazionale.</i>	611
<i>Francia – La gestione dei processi di ristrutturazione: il caso della raffineria di zucchero di Beauchamps.</i>	593
<i>Germania – Una breve guida all'istituto della co-gestione.</i>	602

INDICE ANALITICO

Appalto

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [517] – Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. “decreto Bersani”) [520] – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria per l’anno 2007) [517] (con nota di C. BIZZARRO).
- C. BIZZARRO, F. PASQUINI (a cura di), *Contrasto al lavoro irregolare e strumenti di emersione: il ruolo della certificazione*, Dossier Adapt, 2007, n. 16 [517] (con nota di C. BIZZARRO).

Apprendistato

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [528] (con nota di M. POZZI).
- Legge Regione Emilia Romagna 1° agosto 2005, n. 17 [528] (con nota di M. POZZI) – Legge Regione Lombardia 28 settembre 2006, n. 22 [527] (con nota di M. BERNASCONI).
- Protocollo di intesa per la realizzazione di sperimentazioni per l’apprendistato professionalizzante nei settori del Terziario, della Distribuzione e dei Servizi, 10 gennaio 2005 [527] (con nota di M. BERNASCONI).
- Ccnl Terziario 2 luglio 2004 [524] (con nota di M. BERNASCONI).
- Accordo di proroga della sperimentazione (Protocollo di intesa siglato in data 10 gennaio 2005) in tema di apprendistato professionalizzante per il settore del Terziario, della Distribuzione e dei Servizi, 10 gennaio 2007 [527] (con nota di M. BERNASCONI).
- Intesa tra Assessorato alla formazione professionale Regione Emilia Romagna, Direzione regionale del lavoro, Inps e Inail in materia d’apprendistato, 12 marzo 2007 [528] (con nota di M. POZZI).

Dimissioni

- Dimissioni della lavoratrice in gravidanza – Mancata conoscenza da parte della lavoratrice dello stato di gravidanza sussistente al momento delle dimissioni – Mancata convalida delle dimissioni davanti al servizio del Ministero del lavoro – Idoneità delle dimissioni a risolvere il rapporto di lavoro – Sussistenza (Trib. Modena 20 dicembre 2005, con nota di V. MAGNATTI) [471].

Dirigenti

- Accordo tra Confindustria e Federmanager, 24 novembre 2004 [529] – Accordo tra Confindustria e Federmanager sulla gestione separata del Fondo per il sostegno al reddito, 27 luglio 2006 [530] – Accordo tra Confindustria e Federmanager sulle

tutele in caso di cessazione d'impresa o sottoposizione ad una procedura concorsuale, 27 luglio 2006 [530] (con nota di S. MALANDRINI).

Esteralizzazioni

- Settore pubblico – Tutela del corretto svolgimento del mercato della fornitura di lavoro – Legittimità attiva e interesse ad agire in capo alle associazioni di rappresentanza delle agenzie per il lavoro – Esclusione (TAR Lombardia 21 marzo 2007 n. 462, con nota di A. CORVINO) [475].
- Settore pubblico – Tutela del corretto svolgimento del mercato della fornitura di lavoro – Legittimità attiva e interesse ad agire in capo alle associazioni di rappresentanza delle agenzie per il lavoro – Sussistenza (TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711, con nota di A. CORVINO) [475].
- Somministrazione – Somministrazione a tempo determinato – Settore pubblico – Limiti o divieti di ricorso – Esclusione (TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711, con nota di A. CORVINO) [475].
- Rapporti interpositori – Appalto e somministrazione di lavoro a tempo determinato – Differenza (TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711, con nota di A. CORVINO) [476].

Francia

- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Emcc case studies – Managing restructuring: the Vermandoise Group of sugar refineries*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 31 agosto 2006 [593].

Germania

- Accordo tra IG Metall – Industriegewerkschaft Metall (Sindacato tedesco dei Metalmeccanici) e Verband der Metall-und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen, Metall NRW (Confederazione dei datori di lavoro dell'industria metalmeccanica ed elettronica della Renania settentrionale-Vestfalia), 22 aprile 2006 [595] (con nota di R. SANTAGATA).
- R. PAGE, *Co-determination in Germany – A Beginner's Guide*, in *Hans Böckler Stiftung - Arbeitspapier*, marzo 2006, n. 33 [602].
- O. STETTES, *Thirtieth anniversary of Codetermination Act celebrated*, in *European industrial relations observatory on-line*, 6 novembre 2006 [602].

Lavoro a tempo parziale

- Mancanza di forma scritta – Prestazioni eccedenti l'orario pattuito – Agevolazioni contributive – Inapplicabilità (Cass. 10 gennaio 2006 n. 168, con nota di M. NAPOLITANO) [482].

Licenziamento

- Licenziamento ingiurioso – Presupposti – Conseguenze (Cass. 16 maggio 2006 n. 11432, con nota di T. FIORE) [488].

- Tutela contro il licenziamento illegittimo – Tutela reale – Esercizio da parte del lavoratore dell'opzione relativa all'indennità sostitutiva della reintegrazione – Valenza come atto di recesso – Sussistenza – Estinzione immediata del rapporto contrattuale – Sussistenza – Ritardo nella corresponsione da parte del datore di lavoro della indennità – Strumenti di tutela del lavoratore – Facoltà di opzione successiva per la reintegrazione nel posto di lavoro – Esclusione – Diritto al pagamento della retribuzione a titolo di indennità risarcitoria per mancata reintegrazione – Esclusione (Trib. Roma 4 febbraio 2005, con nota di G. FALASCA) [492].
- Tutela contro il licenziamento illegittimo – Tutela reale – Esercizio da parte del lavoratore dell'opzione relativa all'indennità sostitutiva della reintegrazione – Valenza come atto di recesso – Sussistenza – Estinzione immediata del rapporto contrattuale – Sussistenza – Ritardo nella corresponsione da parte del datore di lavoro della indennità – Strumenti di tutela del lavoratore – Tutela generale per l'inadempimento negoziale (Trib. Torino 19 agosto 2005, con nota di G. FALASCA) [492].
- Tutela contro il licenziamento illegittimo – Tutela reale – Esercizio da parte del lavoratore dell'opzione relativa alla l'indennità sostitutiva della reintegrazione – Conseguenze – Estinzione immediata del rapporto di lavoro – Sussistenza – Irrevocabilità dell'opzione – Sussistenza – Ritardo nella corresponsione da parte del datore di lavoro della indennità – Ultrattività del rapporto di lavoro – Esclusione (Trib. Torino 14 settembre 2005, con nota di G. FALASCA) [492].

Mansioni

- Demansionamento – Tutela d'urgenza – Pregiudizio irreparabile (Trib. Roma 23 gennaio 2006, con nota di A. CROSTA) [495].
- Modifica quantitativa – Dequalificazione – Dirigenti – Elemento fiduciario (Trib. Roma 23 gennaio 2006, con nota di A. CROSTA) [495].

Mercato del lavoro

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [535] (con nota di M. MAROCCO).
- Legge Regione Emilia Romagna 30 giugno 2003, n. 12 [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2 [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Toscana 1° febbraio 2005, n. 20 (Testo unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro) [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Friuli Venezia Giulia 9 agosto 2005, n. 18 [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Sardegna 5 dicembre 2005, n. 20 [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Lombardia 28 settembre 2006, n. 22 [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Piemonte 27 novembre 2006, n. 36 [534] (con nota di M. MAROCCO) – Legge Regione Piemonte 26 gennaio 2007, n. 2 [541] (con nota di M. MARCHE).
- Sentenza della Corte Costituzionale 13 gennaio 2005, n. 50 [534] (con nota di M. MAROCCO).
- UNIONE INDUSTRIALE TORINO (a cura di), *Indagine su mercato del lavoro e flessibilità nel 2005*, Unione Industriale Torino, Torino, febbraio 2007 [539] (con nota di M. MARCHE).

Mobbing

- Nozione (Trib. Catania 7 febbraio 2006, con nota di P. BALSAMO) [499].
- Tutela risarcitoria – Danni risarcibili – Danno esistenziale – Criteri di accertamento e di prova (Trib. Catania 7 febbraio 2006, con nota di P. BALSAMO) [500].

Orario di lavoro

- CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Risoluzione relativa ad un programma di azione sociale*, 21 gennaio 1974 [559] – CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, 23 novembre 1993, n. 104 [559] – CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, *Direttiva che modifica la direttiva 93/104/CE del Consiglio concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, al fine di comprendere i settori e le attività esclusi dalla suddetta direttiva*, 22 giugno 2000, n. 34 [559] – CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, *Direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, 4 novembre 2003, n. 88 [559] (con contributo di S. HARDY).
- Sentenza della Corte di Giustizia Europea 3 ottobre 2000, in C-303/98 [559] – Sentenza della Corte di Giustizia Europea 26 giugno 2001, in C-173/99 [559] (con contributo di S. HARDY).
- *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* – «Carta Sociale», 9 dicembre 1989 [559] (con contributo di S. HARDY).
- H. BUDELMEYER, G. MOURRE, M. WARD, *Recent Developments in Part-Time Work in EU – 15 Countries: Trends and Policy*, in IZA – Discussion paper, 2004, n. 1415 [580].
- S. DEMETRIADES, M. MEIXNER, A. BARRY, *Reconciliation of work and family life and collective bargaining in the European Union. An analysis of EIRO articles*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2006 [580].
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (a cura di), *Working time and work-life balance in European companies*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 12 giugno 2006 [580].
- EUROPEAN INDUSTRIAL RELATION OBSERVATORY (a cura di), *Working time developments – 2005*, in www.eurofound.europa.eu, 10 agosto 2006 [580].

Previdenza

- Legge 29 maggio 1982, n. 297 [543] – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria per l'anno 2007) [543] (con nota di D. GARCEA).
- Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, n. 987 (80/987/CEE), relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro, come modificata dalla direttiva 23 settembre 2002, n. 74, del Parlamento Europeo e del Consiglio [543] (con nota di D. GARCEA).

Pubblico impiego

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [549] – Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. “decreto Bersani”) [550] (con nota di G. NATULLO).
- Delibera Corte dei Conti 15 febbraio 2005 [550] (con nota di G. NATULLO).
- Circolare Ministero del lavoro 14 giugno 2006, n. 17 [553] (con nota di G. NATULLO).
- Regolamentazione Regione Emilia Romagna relativa ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, 7 luglio 2006 [549] (con nota di G. NATULLO).
- Accordo tra Federippodromi e Slc-Cgil, unitamente alla O.S. dei lavoratori autonomi Nidil-Cgil, Fisascat-Cisl, Uilcom-Uil, 15 luglio 2004 [553] – Accordo tra Gruppo COS e strutture territoriali delle Osl di Palermo Slc/Cgil, Fistel/Cisl E Uilcom/Uil, 13 gennaio 2005 [552] (con nota di G. NATULLO).
- S. LOMBARDI (a cura di), *Il dibattito sui call center*, Dossier Adapt, 2006, n. 42 [553] – S. LOMBARDI, F. RICCARDI (a cura di), *Call center: un dibattito aperto*, Dossier Adapt, 2006, n. 53 [553] (con nota di G. NATULLO).

Rapporti interpositori

- Prestazioni di lavoro effettuate in violazione del divieto di interposizione (l. n. 1369/1960, abrogata) – Nullità del contratto stipulato tra committente (interponente) e appaltatore (interposto) – Sussistenza – Imputazione diretta del rapporto di lavoro in capo al committente – Conseguenze – Responsabilità esclusiva del committente per gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro – Sussistenza – Responsabilità concorrente dell'appaltatore – Esclusione (Cass., sez. un., 26 ottobre 2006 n. 22910, con nota di R. DEL PUNTA) [503].

Romania

- Codice del lavoro, 24 gennaio 2003 [605] (con nota di V. DORNEANU, D. VELICU).

Sciopero

- Sostituzione di lavoratori scioperanti con altri dipendenti – Previsioni di legge e di contratto collettivo – Violazione – Comportamento antisindacale – Sussistenza (Cass. 9 maggio 2006 n. 10624, con nota di G. ZILIO GRANDI) [508].
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Collective dispute resolution in an enlarged European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, agosto 2006 [584].

Spagna

- Statuto dei lavoratori – Testo consolidato della legge 10 marzo 1980, n. 8, approvato dal regio decreto legislativo 24 marzo 1995, n. 1 [611] (con nota di V. PEDROSA ALQUÉZAR, A. GRACIA MARZAL).

Il dovere di non essere faziosi

Pietro Ichino

Non so perché i promotori di questo nostro incontro abbiano scelto di affidare a me il compito di ricordare qui Marco Biagi: non ho infatti alcun titolo per farlo (so *perché ho accettato* di farlo, ma è un altro discorso, su cui tornerò fra breve).

Non mi dà certo titolo per assumere questo compito un legame che è nato tra me e lui nella seconda metà degli anni Novanta: troppo tardi, visto il poco tempo che i suoi persecutori gli avrebbero lasciato ancora da vivere. Abbiamo incominciato a collaborare con una certa continuità nel 1996, quando ci trovammo entrambi a dirigere una rivista giuslavoristica: lui *Diritto delle Relazioni Industriali*, io la *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*. Poiché avevamo idee molto simili sulla linea editoriale da tenere, avviammo una cooperazione tra le due riviste e incominciammo anche a studiare una possibile fusione fra di esse. Poco dopo, ciascuno dei due venne cooptato nel comitato scientifico della rivista dell'altro. Poi, col primo numero del 2002 della *Rivista Italiana* ebbe inizio una rubrica tenuta da Marco, dedicata al diritto comunitario, che poté uscire solo in quello e nel numero successivo. Nel 1999 avevo avviato il Master Europeo in Scienze del Lavoro dell'Università di Milano e avevo chiesto a Marco di svolgere l'insegnamento del diritto comunitario del lavoro; lui accettò e tenne poi quell'insegnamento nei tre anni successivi.

Tentai di sottrargli il primo dei suoi assistenti, chiamando a Milano Michele Tiraboschi, che entrambi apprezzavamo molto; ma lui se lo tenne stretto a Modena.

Tra le cose che ci accomunavano c'era anche l'impegno giornalistico: in quegli anni lui collaborava con *Il Sole 24 Ore*, io con il *Corriere della Sera*; e qualche volta ci scambiavamo le prime versioni degli articoli che scrivevamo, ne discutevamo prima di licenziarli per la stampa. Ricordo una volta che lui mi inviò per posta elettronica la bozza di un suo articolo, di commento a una notizia che era apparsa quel giorno; io gli risposi a ruota inviandogli l'articolo che avevo appena scritto per il *Corriere*, dove scrivevo all'incirca le stesse cose. La pensavamo davvero in modo molto simile.

Era molto simile anche il modo in cui ci proponevamo di vivere la nostra fede cristiana, il modo laico in cui cercavamo di coniugarla con il nostro impegno politico.

* *Pietro Ichino è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano. Intervento nel quinto anniversario della morte di Marco Biagi, Bologna, 19 marzo 2007.*

Ci accomunava, infine – *si licet parva...* – il modo in cui amavamo e praticavamo entrambi la bicicletta: ci eravamo riproposti di trovare l'occasione per fare, una volta, una gita insieme sull'Appennino; ma non ce ne è stato dato il tempo.

Tutto qui: davvero troppo poco per legittimarmi a ricordare Marco davanti a persone che hanno avuto la fortuna di conoscerlo molto più e meglio di me, di stargli vicine molto più a lungo. Ma se è davvero breve il cammino che ho potuto fare con lui, a cavallo del passaggio del millennio, posso dire che l'intreccio tra la mia vita e la sua si è straordinariamente intensificato dal momento della sua morte.

Quella tragica sera del 19 marzo di cinque anni fa ebbi subito la percezione – poi confermatami dal fatto che due giorni dopo ero già stato messo sotto scorta – che se Marco fosse stato protetto, come sarebbe stato doveroso proteggerlo, avrei potuto essere io il bersaglio dei terroristi; che comunque le pallottole degli assassini erano destinate a tutti e due; che morendo, in un certo senso, lui aveva consentito di vivere a me. Fu, dunque, come sentire che tra lui e me ci fosse stata una sorta di passaggio del testimone, che fosse mio compito proseguire la sua battaglia; e restituirgli, attraverso la mia, la vita che a lui era stata tolta, almeno per quel poco che era ed è nelle mie possibilità.

Qualcuno ogni tanto mi chiede: «ma perché ti esponi tanto, affidando le tue idee al tritacarne mediatico che le semplifica, le banalizza, talvolta le distorce? Perché lasci che la tua immagine divenga bersaglio di contumelie da ogni parte? Perché rinunci alla vita serena dello studioso, dal momento che non hai ambizioni politiche di sorta?». A queste domande oggi rispondo: prima e più di me lo ha fatto Marco, che è arrivato a sacrificare la sua vita per questa battaglia. A me è stato dato in sorte di sopravvivergli; ma proprio per questo la mia vita non è soltanto mia: è per una parte importante dedicata a lui, a quella sua battaglia.

Proseguire la sua battaglia, io che avversavo il Governo con cui lui collaborava? Sì; perché la parte essenziale di quella battaglia non stava in questo o quell'orientamento di politica del lavoro, ma nella rivendicazione di un metodo nuovo per l'impostazione stessa del dibattito di politica del lavoro, quale che fosse il colore del Governo in carica:

- sul piano dell'elaborazione programmatica, il metodo della massima valorizzazione dei risultati degli studi empirici economici e sociologici, della comparazione internazionale;
- sul piano operativo, quello che lui chiamava il metodo del *try and go*, il metodo della sperimentazione pragmatica in tutte le direzioni plausibili, senza tabù e senza scelte dettate dal partito preso.

Del resto, quante volte con Marco ci eravamo detti che le tecniche di protezione del lavoro non sono, in sé, né «di sinistra» né «di destra», perché la loro valenza effettiva, la loro capacità di proteggere efficacemente chi ne ha necessità, dipende dal contesto in cui vengono applicate; perché misure nate per la protezione dei più deboli possono in un nuovo contesto ritorcersi contro di loro, trasformarsi in fattori di esclusione da un lato, in protezione di posizioni di rendita dall'altro. Perché, infine, sul terreno della politica del lavoro la contrapposizione tradizionale fra destra e sinistra ha sempre meno senso, le linee di demarcazione tra i veri

interessi in gioco sono profondamente cambiate rispetto agli schemi prevalenti del secolo scorso e del XIX.

So dunque *perché*, nonostante che io non ne abbia alcun titolo, ho accettato tuttavia di intervenire qui stasera per parlare di lui con voi.

Della vita di Marco, del valore del suo contributo alla nostra cultura giuslavoristica, della sua spinta all'apertura di questa nostra cultura alla comparazione internazionale e alla contaminazione con le altre scienze sociali, è stato già detto e scritto tutto. Io non potrei proprio aggiungere nulla. Posso solo dire di quello che mi ha legato a Marco in quegli ultimi anni della sua vita e di ciò che dopo la sua morte mi ha fatto percepire quasi un debito verso di lui: quello di difendere la sua opera, il frutto del suo impegno, ciò per cui ha ritenuto che valesse la pena di mettere a rischio la sua vita.

È stato impegno etico, il suo, prima ancora che impegno intellettuale, culturale e politico. Ricordo uno dei nostri martedì in cui, consumando, come sovente facevamo, il panino meridiano al bar davanti all'Università, prima della sua lezione al Master, Marco proruppe in un vero e proprio grido di indignazione contro il nostro *establishment* politico-accademico, incapace di scuotersi e di reagire di fronte alle macroscopiche disfunzioni e ingiustizie causate o consentite dal nostro ordinamento del lavoro o dal nostro sistema delle relazioni sindacali: assurdità che emergono con grande evidenza dalla comparazione con gli altri sistemi, ma alle quali molti dei nostri studiosi, politici e sindacalisti si sono per lo più acconciati e assuefatti. Essi non vogliono aprire gli occhi su di esse perché questo li costringerebbe a mettere in discussione mezzo secolo di politiche del lavoro. Forse è stata proprio la riluttanza ad aprire gli occhi su quelle gravissime inefficienze e ingiustizie del nostro sistema, che Marco metteva in evidenza soprattutto attraverso il confronto con i sistemi dei nostri partner europei più evoluti, a indurre quello stesso *establishment* a stendere intorno a lui una sorta di cordone sanitario politico-culturale: un «cordone sanitario» di cui fu Marco a parlarmi con sofferenza, negli ultimi tempi.

È stato ancora un impegno etico, prima ancora che politico-intellettuale, a spingerlo a mettersi in gioco fino in fondo per uscire dall'autoreferenzialità dei nostri dibattiti accademici, affiancando l'impegno giornalistico a quello dello studio e dell'insegnamento; ma soprattutto accettando di sporcarsi le mani nel ruolo del tecnico al servizio della politica.

Nella primavera del 2001 mi propose di impegnarmi anch'io, con lui, in quel ruolo; allora non accolsi il suo invito, ma gli promisi che, da studioso e opinionista, avrei fatto tutto quanto avrei potuto per rompere il «cordone sanitario» che era già ben percepibile intorno a lui, per stimolare e alimentare un confronto non fazioso sulle sue iniziative. Allora non immaginavo quanto più ferocemente fazioso sarebbe diventato invece il confronto nei mesi e anni successivi!

La faziosità non necessita della mala fede, anche se a questa sovente si accompagna: la faziosità è essenzialmente figlia della paura. Così come, di fronte a un nemico alieno col quale non c'è modo di comunicare, la paura ci spinge a cercare soltanto di sparargli per primi, allo stesso modo, di fronte a ragionamenti che sconvolgono il nostro modo di pensare – schemi concettuali nuovi e procedi-

menti complessi che spiazzano il nostro catechismo semplificatore – proviamo la tentazione di squalificare preventivamente chi li propone per chiudere il dibattito prima ancora che esso si apra. È la tecnica del tabù, del «cordone sanitario», contro la quale non c'è ragionamento efficace.

Per superare quella barriera, le argomentazioni raffinate servono poco o nulla: l'arma più efficace è una testimonianza di disinteresse personale e di spirito di servizio – e di sacrificio – che induca gli interlocutori a comprendere intuitivamente la necessità del confronto. È questa la testimonianza che Marco ha dato al massimo grado.

Tanto forte è stata questa sua testimonianza – spinta fino al punto di mettere consapevolmente a rischio la vita anche quando ogni difesa gli era stata tolta –, che, dopo la sua morte, squalificare la sua persona non è più stato possibile. È stato qui che si è assistito a un capitolo nuovo nella fenomenologia della faziosità: dal momento che non era più possibile squalificare lui, si è tentato di separare da lui la sua opera, negando che fosse opera sua. Quante volte, e da quanti esponenti anche eminenti dell'*establishment* politico e accademico, abbiamo sentito dire in questi anni: «Marco Biagi era persona troppo intelligente, colta e per bene per poter scrivere quella legge!»! E quanti, pur senza pronunciare questa frase – che oltraggiosamente implica la squalifica totale di quella riforma sul piano dell'intelligenza, della cultura e dell'onestà morale –, ancora oggi tentano sostanzialmente proprio questa operazione, rifiutando di chiamare col suo nome la legge che lui ha scritto di suo pugno (la chiamano «legge 30»), per paura che l'ammirazione o anche solo il rispetto suscitati dalla sua straordinaria testimonianza possano indurre la gente a guardare senza pregiudizi ai contenuti e agli effetti di quanto lui ha elaborato e proposto!

Ma il tempo è galantuomo; e i fatti si sono incaricati di mostrare quanto le accuse mosse a quella riforma fossero frutto di preconcetti, di un rifiuto aprioristico: oggi tutti sono costretti a riconoscere che quella riforma non ha prodotto alcun aumento del lavoro precario; e coloro stessi che continuano a chiamarla «legge 30» per paura che l'autorità morale di chi l'ha scritta si riverberi su di essa, oggi sono costretti a far leva sulle norme in essa contenute nella lotta contro le simulazioni fraudolente e il precariato abusivo (con questo non voglio certo cadere nella faziosità simmetricamente opposta di fare di questa legge un tabù intoccabile: Marco stesso lo rifiuterebbe come una sciocchezza imperdonabile).

Ho menzionato questo fatto, apparentemente marginale, del rifiuto di tanta parte degli oppositori delle idee di Marco di chiamare la sua legge col suo nome, perché credo che questo dettaglio terminologico sia la punta del grande *iceberg* di una faziosità non superata. Marco ha già vinto la sua battaglia sul piano della politica del lavoro: l'abrogazione – totale o parziale – della sua legge non è più nell'agenda del Governo di centro-sinistra, perché i fatti hanno mostrato che quell'abrogazione non farebbe fare un solo passo avanti per la protezione dei lavoratori più deboli. Ma potremo dire che Marco avrà vinto la sua battaglia anche sul piano del costume politico quando tutti, anche i suoi oppositori, si renderanno conto della stupida ingiustizia commessa rifiutando di chiamare la sua legge col suo nome.

In molti oggi si chiedono perché la commemorazione della morte di Marco, ad anni di distanza, sia ancora accompagnata da tante polemiche, incomprensioni, contrapposizioni tra persone e schieramenti, soprattutto in questa città. Forse una risposta può essere questa: perché ancora molti hanno paura che l'onore reso alla sua memoria possa intaccare il «cordone sanitario» con cui ancora essi tentano di impedire un dibattito sereno sulla sua opera. Forse potremmo assumere proprio questo come il segno del superamento definitivo di un capitolo infelice della nostra storia politica: che tutti, a sinistra come a destra, ai vertici dell'Amministrazione municipale come del Governo centrale, dei partiti e dei sindacati di tutti gli orientamenti, incomincino a parlare della sua legge chiamandola con il suo nome.

Non parlo – lo ripeto perché sia ben chiaro – di una rinuncia a modificare e migliorare quella legge, che come tutte le leggi ha i suoi difetti; e neppure di una rinuncia da parte dei suoi oppositori a criticarla radicalmente, a chiederne l'abrogazione. Parlo del riconoscimento che quella legge è il frutto genuino dello studio e del lavoro di una persona animata soltanto dal desiderio di servire il suo Paese, di accelerarne il progresso civile, convinta che questo progresso si misura essenzialmente sul benessere e sulla sicurezza che il Paese sa garantire *ai più deboli*, agli ultimi della fila. Parlo dell'onore dovuto a chi per le idee in cui credeva ha messo in gioco la propria vita e l'ha persa. Parlo del suo diritto a che almeno le sue idee e le sue opere non gli vengano sottratte.

Discutere di quelle idee e di quelle opere con rispetto, respingendo ogni tentazione di chiusura preventiva del dibattito, è un dovere civile e morale per chiunque abbia a cuore il progresso e la democrazia. La battaglia contro il terrorismo si vince anche in questo modo.

Vero una riforma del processo del lavoro?

Presentazione del tema

Con l'avvio della XV Legislatura sono stati presentati in Parlamento alcuni progetti di legge di riforma del processo del lavoro. Due in particolare, presentati in Senato, sono stati oggetto di ampio approfondimento e di dibattito: il disegno di legge n. 1047 (c.d. «ddl Salvi-Treu») e il disegno di legge n. 1163 (c.d. «ddl Sacconi»).

Si tratta di una priorità rispetto ai tanti problemi del mercato del lavoro e al contestuale dibattito su «legge Biagi» e riforma delle pensioni? Certamente, anche perché discutere di diritti e tutele che risultano poi inesigibili sul piano processuale è un puro esercizio retorico. In Italia si litiga su tutto e il tema del lavoro non fa eccezione. I dati più recenti resi noti dall'Istat parlano di oltre 400.000 nuovi procedimenti all'anno che ingolfano le aule dei tribunali e inevitabilmente contribuiscono alla inefficienza della giustizia. Su una popolazione lavorativa di poco più di 23 milioni di persone questo significa che, almeno come media statistica, un lavoratore su due dovrà presentarsi in Tribunale nel corso della sua carriera lavorativa. Non sorprende pertanto che una causa di lavoro o in materia di previdenza sociale duri intorno ai due anni e mezzo. In alcune aree del Paese la media si avvicina addirittura ai quattro anni. Tra la presentazione del ricorso e la prima udienza le parti rimangono normalmente in attesa per oltre un anno. Siamo davvero ben lontani dai principi di quell'equo processo di cui parla la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tanto più che, a differenza di altre tipologie di contenzioso civile, la tempestività della giustizia è forse il principale parametro per misurare l'effettività delle regole sostanziali del diritto del lavoro. Aspettare per oltre due anni una decisione, in un rapporto come quello di lavoro che si regge sulla implicazione della persona e dei suoi bisogni primari, significa infatti negare alla radice le esigenze di tutela dei lavoratori così come quelle di certezza del diritto delle imprese. I tempi di attesa gravano infatti anche sulle decisioni dei datori di lavoro. Rimanere per un tempo di quattro-cinque anni nella incertezza di veder convalidata o meno da un giudice o da una corte una decisione organizzativa in materia di assunzione di un lavoratore, un provvedimento disciplinare o un licenziamento alimenta una imponente fuga dalle regole del diritto del lavoro. Non sorprende che in Italia il tasso di informalità dei rapporti di lavoro registri tassi due o tre volte superiori alla media europea con economia sommersa stimata intorno al 23-27 per cento del PIL.

È evidente, tuttavia, che il vero punto su cui riflettere non sia solo la giustizia del lavoro in sé. E tanto meno il modo con cui viene amministrata da giudici che, per

quanto tecnicamente preparati e volenterosi, si vedono sommersi da una montagna di ricorsi. Il problema vero sta il più delle volte fuori dal processo e va ravvisato in un diritto sostanziale che, in quanto ancora incentrato sulla dialettica «norma inderogabile-sanzione», alimenta inevitabilmente il conflitto, individuale e anche collettivo, e con esso il ricorso al giudice del lavoro.

Michele Tiraboschi

* * * * *

I contributi che seguono raccolgono alcune delle relazioni e degli interventi, aggiornati e integrati, presentati nel corso del Convegno dal titolo Quale riforma del processo del lavoro?, tenutosi a Roma il 29 dicembre 2006, promosso nell'ambito della Scuola Internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro della Fondazione Marco Biagi e di Adapt.

Altri commenti e sollecitazioni sul tema, raccolti a seguito del dibattito, sono stati pubblicati nei Dossier Adapt n. 62/2006, n. 8/2007 e n. 11/2007, reperibili all'indirizzo internet www.fmb.unimore.it dove – alla voce Processo del lavoro dell'indice A-Z – sono reperibili i disegni di legge in esame, i relativi fascicoli di documentazione, con la posizione delle parti sociali, e ampio materiale di approfondimento a partire dai dati forniti dall'Istat sull'andamento della giustizia del lavoro.

Quale riforma del processo del lavoro?

Mariella Magnani

Sommario: **1.** Le eredità delle precedenti legislature: i problemi e le proposte di soluzione. – **2.** Il disegno di legge n. 1047 (Salvi-Treu). – **3.** Il disegno di legge n. 1163 (Sacconi). – **4.** Consensi e dissensi.

1. I disegni di legge che abbiamo di fronte ⁽¹⁾ raccolgono le eredità delle precedenti legislature in termini di problemi, ma anche di elaborazioni e proposte. Quali, dunque, le eredità delle precedenti legislature? In sintesi, la convinzione dell'esistenza di una «crisi» del processo del lavoro, certificata anche da diverse proposte per la sua revisione; l'esigenza, comunque, di riequilibrare la disciplina del licenziamento (e più in generale lo statuto protettivo dei lavoratori); l'esigenza di valorizzare i metodi di risoluzione alternativi delle controversie di lavoro (sia come mezzo per risolvere la crisi del processo, sia, per alcuni, come veicolo di flessibilizzazione della normativa garantistica).

L'esigenza di riforma del processo del lavoro, di tanto in tanto riproposta, era stata sottolineata, da ultimo, dalla c.d. Commissione Foglia che, nella sua relazione conclusiva del 2001 ⁽²⁾, ha messo in evidenza la sofferenza del processo del lavoro, nel contesto più generale della sofferenza del processo civile, derivante dall'attribuzione alla giurisdizione del giudice del lavoro delle controversie sul pubblico impiego, dall'incremento delle controversie di massa e di quelle seriali, dall'insoddisfatta resa della conciliazione e dell'arbitrato, dai persistenti vuoti di organico. Ed ha evidenziato come la lunghezza del rito del lavoro si ponga con accenti di speciale gravità allorché la controversia abbia per oggetto aspetti essenziali del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alle questioni in materia di trasferimento dei lavoratori e di licenziamento. Le proposte avanzate sono andate dall'ipotesi di conciliazione endogiudiziale (tentata dal giudice o dal conciliatore individuato tra quelli iscritti all'apposito albo) al tentativo di rafforzare l'arbitrato attraverso la previsione della possibilità di affidare il mandato arbitrale allo stesso conciliatore, con conservazione della concorrente disciplina arbitrale, espressione dell'autonomia negoziale collettiva, alla creazio-

* Mariella Magnani è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Pavia.

⁽¹⁾ Il riferimento è ai ddl n. 1047 (Salvi-Treu), presentato in Senato il 28 settembre 2006, e n. 1163 (Sacconi), presentato in Senato il 14 novembre 2006, entrambi pubblicati in www.csm.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*; vedi la *Presentazione del tema* in apertura della presente *Sezione*.

⁽²⁾ In *MGL*, 2001, 752 ss.; vedila anche in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*.

ne, per tutte le ipotesi di tutela obbligatoria e reale – nonché per le ipotesi di trasferimento del lavoratore – di un'azione sommaria tipica, accompagnata dalla modifica del termine per impugnazione (elevato a 120 giorni), alla previsione di *astreinte* per l'attuazione effettiva della condanna alla reintegrazione. L'azione tipica introdotta sarebbe stata peculiare quanto al regime delle impugnazioni (nel senso che l'ordinanza emessa dal Tribunale sarebbe stata reclamabile presso la Corte d'Appello, l'ordinanza della Corte d'Appello ricorribile *ex* articolo 414 c.p.c. dinnanzi alla Corte d'Appello, la sentenza della Corte d'Appello ricorribile in Cassazione).

Nello stesso turno di tempo ha preso piede la discussione sull'esigenza di modifica della disciplina del licenziamento (lo stesso Cnel, nel 1985, aveva avanzato una proposta). È a tutti noto che vi sono state proposte di tipo manutentivo e proposte di tipo più radicalmente riformatore. Tra le proposte di tipo manutentivo va ricordata quella di istituire, nell'ambito del processo, procedimenti speciali, o almeno corsie preferenziali, per la materia del licenziamento (ciò che ridurrebbe la durata del processo e di conseguenza anche il costo del licenziamento illegittimo)⁽³⁾; mentre, tra le proposte innovative, va ricordata quella di valorizzare l'arbitrato in materia di licenziamento. La proposta di legge n. 6835, presentata alla Camera il 3 marzo 2000, ad iniziativa dei deputati Treu ed altri, contemplava la possibilità di attivare, dopo la procedura obbligatoria di conciliazione, una procedura arbitrale in materia di licenziamento con la previsione dell'alternatività – a discrezione dell'arbitro o del giudice – tra riassunzione e pagamento di un'indennità determinata sulla base dei criteri fissati dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o, in mancanza, di quelli determinati dall'articolo 8, legge n. 604, con la duplicazione dei limiti previsti.

La stessa proposta di legge prevedeva una delega al governo per l'emanazione di un decreto legislativo volto all'incentivazione della procedura di conciliazione e arbitrato, attraverso l'adozione, tra l'altro, di «adeguati adattamenti normativi» al fine di salvaguardare l'efficacia delle pronunce arbitrali.

Quanto all'arbitrato in generale, già il Libro Bianco sul mercato del lavoro ne riconosceva l'esigenza di potenziamento e il disegno di legge n. 848, nella parte poi stralciata, e divenuta disegno di legge n. 848-*bis*, intendeva effettuare questo potenziamento soprattutto attraverso la previsione dell'ammissibilità dell'arbitrato individuale e del lodo secondo equità: conclusione, questa, secondo l'impostazione seguita dal disegno di legge, già ricavabile dall'ordinamento, a seguito della abrogazione dei commi secondo e terzo dell'articolo 5 della legge n. 533/1973.

2. Questo, dunque, lo stato dell'arte al termine della scorsa legislatura.

Il disegno di legge Salvi-Treu si colloca in linea di continuità con i risultati della Commissione Foglia del 2001, là dove tipizza un procedimento sommario, esteso, oltre che ai licenziamenti (e non solo quelli nell'ambito di rapporti di lavoro assistiti da stabilità reale), anche ai trasferimenti e ai trasferimenti d'azienda.

Non merita soffermarsi sulla scelta di tipizzare un procedimento sommario nella materia, oltre che dei licenziamenti, per la quale originariamente era stato conce-

⁽³⁾ È la proposta formulata dalla Commissione Foglia, citata alla nota n. 1.

pito, anche dei trasferimenti e perfino dei trasferimenti d'azienda. In effetti siffatta scelta è criticabile ed è già stata criticata con argomenti condivisibili ⁽⁴⁾. Tuttavia, come ognuno sa, il processo del lavoro è un «colabrodo» e talora vi è sommarietà nel procedimento ordinario e ordinarietà in quello sommario. E, d'altra parte, come è stato notato da un autorevole processualista ⁽⁵⁾, la tendenza del diritto processuale del XX secolo è quella, attraverso congegni diversi, di rendere residuale il processo a cognizione piena.

Importano piuttosto le ricadute sostanziali della proposta di legge che, come dimostra innanzitutto la previsione dell'*astreinte* (entro il massimo di quattro retribuzioni globali di fatto giornaliero ed il minimo di due retribuzioni globali di fatto per ogni giorno di ritardo), è nell'ottica di rafforzare l'effettività dell'ordine di reintegrazione.

Nella scia del rafforzamento della tutela contro il licenziamento è la forte previsione della facoltà di impugnare avanti al collegio arbitrale, di cui all'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori, il licenziamento disciplinare con la previsione della sospensione dell'efficacia del licenziamento fino alla pronuncia del lodo (da emettere entro 45 giorni). Di incerta valutazione – nel rapporto costi-benefici – è invece la previsione relativa all'allungamento del termine di impugnazione del licenziamento a 120 giorni, che deve avvenire mediante ricorso in giudizio, ed è esteso anche ai trasferimenti, trasferimenti di azienda, recesso del committente dai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Apprezzabile è il tentativo di risolvere annose questioni interpretative (si vedano le previsioni circa l'onere di impugnazione in tutte le ipotesi di licenziamento viziato – ma si dovrebbe essere più chiari sul licenziamento orale – nonché quella sull'onere della prova del requisito dimensionale, posto in capo al datore di lavoro).

Chi ha presente il dibattito sulla disciplina del licenziamento, si avvede che qui siamo in piena linea manutentiva del regime di stabilità delineato nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, volendosi così far fronte agli elementi di perturbazione del funzionamento del modello statutario solitamente evidenziati: scarsa effettività dell'ordine di reintegrazione, eccessiva durata del processo, che rende sempre più difficile il reinserimento e dilata enormemente l'entità del risarcimento da licenziamento illegittimo.

Quanto alla conciliazione, si segue – per il tentativo obbligatorio – la via della *conciliazione endogiudiziale*, con, a noi pare, maggiore complicazione procedurale e senza prevedibile risultato pratico. La sua possibilità di sfociare in arbitrato – potendo le parti in qualunque fase del tentativo di conciliazione affidare allo stesso conciliatore il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia – sconta i limiti ancora previsti all'inoppugnabilità del lodo. Il lodo può infatti essere impugnato per qualsiasi vizio, ivi compresa la violazione e falsa applicazione di legge e dei contratti e accordi collettivi, con ciò prendendo partito per la tesi più restrittiva tra quelle avanzate dopo la riforma del 1998, su cui si ritiene non abbia inciso la recente riforma dell'arbitrato (articolo 808-ter c.p.c.). La conciliazione,

⁽⁴⁾ Cfr. A. PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *FI*, 2006, I, V, 53 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. L. DE ANGELIS, *La giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportata*, in *RIDL*, 2003, I, 313 ss.

naturalmente, può continuare a svolgersi in sede sindacale – anzi, si precisa, presso le sedi previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative: il che implica, se non andiamo errati, che, per godere del particolare *status* di cui godono le conciliazioni in sede giudiziaria, in particolare l'inoppugnabilità, deve trattarsi di procedure preorganizzate in sede collettiva, diversamente da quanto si deve ritenere attualmente ⁽⁶⁾ – ovvero presso la direzione provinciale del lavoro. E, nell'ambito di queste «sedi», le parti possono deferire ad arbitri la controversia.

Vi è, infine, la previsione dell'albo dei conciliatori e degli arbitri, esperti in materia giuslavoristica, presso ogni Tribunale. All'albo possono iscriversi professori e ricercatori universitari di materie giuslavoristiche ed altre categorie di esperti; è peraltro singolare la previsione che, trascorso un anno di applicazione della legge, possono essere iscritti all'albo solo coloro che, appartenenti alle categorie suddette, abbiano frequentato corsi di formazione professionale per lo svolgimento della funzione di conciliatore e di arbitro ed ottenuta la relativa certificazione. Vi è infatti da domandarsi se di questa formazione professionale ci sarebbe proprio bisogno, una volta ridotta la platea dei possibili conciliatori ed arbitri ai soli «esperti».

3. Il disegno di legge Sacconi, presentato al Senato il 14 novembre 2006 ⁽⁷⁾, muove dal presupposto che l'elevato contenzioso in materia di lavoro sia frutto – in maniera preponderante – non di regole procedurali poco efficienti e neppure di scarso investimento nelle risorse della giustizia, ma dell'inefficienza del diritto sostanziale e di una cultura che incentiverebbe il conflitto. Esso, dunque, più che di diritto processuale è di diritto sostanziale.

Vi è, in primo luogo, il tentativo di scoraggiare le controversie alimentate dalla nuova produzione legislativa. Ed invero l'articolo 1 dispone, con norma decisamente pleonastica, e comunque imprecisa, che là dove si prevedano clausole generali quali presupposto per l'instaurazione del rapporto di lavoro – ma anche in materia di recesso e trasferimento – il controllo giudiziale è ammesso limitatamente all'accertamento del presupposto e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecnico-organizzative del datore di lavoro o del committente.

Tuttavia sembra esservi un recupero dell'impostazione del disegno di legge Treu del 2000, là dove si prevede che, nel definire le conseguenze da connettere al licenziamento, il giudice tiene conto di «elementi e parametri» fissati dai contratti collettivi nazionali, ovvero, in mancanza, fissati, in via sperimentale, dal Ministro del lavoro (si sottende una flessibilizzazione della disciplina del licenziamento per via contrattuale o amministrativa?).

C'è poi un tentativo di rafforzare la certificazione sia in generale, con la previsione che, in caso di soccombenza nell'eventuale giudizio promosso da terzi in materia di qualificazione di un contratto certificato, il giudice pone a carico del ricorrente le spese di lite, sia come motore di conciliazione e arbitrato. L'incentivazione dell'arbitrato passa attraverso l'ammissione dell'arbitrato individuale

⁽⁶⁾ Cfr. M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *DDPCom*, 1990, IV, V, 51 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. il ddl n. 1163, presentato al Senato il 14 novembre 2006.

proprio quando il compromesso sia certificato da una commissione di certificazione, la disposizione per cui i contratti collettivi possono prevedere l'adesione tacita dei soggetti interessati alla procedura arbitrale, nonché la previsione che presso le sedi di certificazione possono essere istituite camere arbitrali per la definizione contrattuale di controversie di lavoro *ex* articolo 808-*ter* c.p.c. Senza contare la disposizione per la quale le parti possono affidare alla commissione di conciliazione costituita presso la direzione provinciale del lavoro il mandato ad arbitrare, ivi compresa la decisione d'equità. Ma il punto veramente significativo è che il lodo non è impugnabile per violazione di disposizioni inderogabili di legge e di contratto collettivo. Ed altro elemento significativo è che il tentativo di conciliazione non costituisce più requisito di procedibilità dell'azione.

4. Come si vede, i disegni di legge affrontano gli stessi nodi, anche se la diversa impostazione, ovviamente, come sempre avviene, non li porta ad una sovrapposizione materiale (nel disegno di legge Salvi-Treu vi sono materie non disciplinate nel disegno di legge Sacconi e viceversa). Sicché è necessario un approccio problematico o per questioni.

a) *Tentativo obbligatorio di conciliazione.* L'esperienza negativa del TOC nelle grandi città porta il disegno di legge Salvi a endoprocedimentarizzarlo, il disegno di legge Sacconi ad escluderlo. Non è da ritenere che il TOC, là dove abbia possibilità di essere esperito, sia inutile: i dati di cui sono a conoscenza, provenienti dal Ministero della giustizia, indicano che esso è tutt'altro che da disprezzare. Le conciliazioni stragiudiziali dal 1996 al 2001 sono passate da 40.056 a 76.795. Ma, come è stato sottolineato⁽⁸⁾, quel che conta di più, combinato a tali dati o considerato a sé stante, è che le cause di lavoro introdotte nel 2001 (escluse le cause previdenziali) sono diminuite, nonostante il trasferimento dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria delle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dalle 209.000 del 1997 a 158.000. Ciò significa – pur scontando l'ipotetico, casuale eccesso dei giudizi introdotti dal 1996 – che i conflitti si sono risolti *aliunde*: è del tutto improbabile una nostra improvvisa virtuosa moderazione nel ricorrere al giudice⁽⁹⁾. Non può allora non ritenersi che il tentativo di conciliazione abbia giocato un ruolo importante.

Se non si vuole aumentare le sedi in cui il tentativo può essere esperito, occorre spingere per un investimento di risorse, indispensabile per rendere tempestivo il procedimento. Non pare condivisibile l'idea della fase conciliativa come fase precontenziosa a giudizio già instaurato (prevedendosi in particolare nel disegno di legge Salvi-Treu che il giudice, ricevuto il ricorso, ove ritenga di non poter effettuare il tentativo, entro trenta giorni designi un conciliatore scelto in apposito albo). Siffatto meccanismo non solo è alquanto macchinoso, ma, convogliando comunque la causa verso il magistrato del lavoro e gravando l'affaticata complessiva struttura giudiziale del settore, deresponsabilizza insieme il giudice e il conciliatore.

b) *Effetti della conciliazione.* Come è noto, le conciliazioni avanti le commissioni costituite presso le direzioni provinciali del lavoro ed in sede sindacale sono

⁽⁸⁾ Cfr. L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 327, da cui sono tratti pure i dati riportati nel testo.

⁽⁹⁾ Così L. DE ANGELIS, *op. cit.*

inoppugnabili *ex* articolo 2113 c.c. Occorre continuare a prevedere – senza tentennamenti – che la conciliazione sindacale inoppugnabile è quella avvenuta con l'assistenza di un rappresentante sindacale, indipendentemente da procedure preorganizzate in sede sindacale.

c) *Arbitrato*. Dopo la legge n. 533 del 1973 – ed anche ora – era evidente il diverso trattamento riservato a conciliazione e arbitrato. Infatti la legge n. 533, mentre dichiarava impugnabile per violazione di disposizioni inderogabili di legge ovvero di contratti collettivi il lodo libero, rendeva al contrario inoppugnabili le conciliazioni intervenute non solo in sede giudiziale, ma anche amministrativa e sindacale.

La riforma contenuta nei decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998, circoscritta all'arbitrato irrituale – e la ragione sta probabilmente nel fatto che l'arbitrato irrituale è quello concretamente adottato dalle parti sociali e preferito dal legislatore nei casi in cui ha precostituito forme di arbitrato –, ha abrogato il secondo e il terzo comma dell'articolo 5 della legge n. 533 del 1973 e dunque eliminato il richiamo all'articolo 2113 c.c., stabilendo semplicemente che il Tribunale in funzione di giudice del lavoro è competente sulle controversie «aventi ad oggetto la validità del lodo».

In merito a quali siano le cause di invalidità del lodo non si è poi formato alcun consenso, essendosi sostenute tutte le tesi possibili: che nulla fosse mutato; che tutto fosse mutato e, dunque, che vi fosse un'assimilazione del lodo irrituale del lavoro a qualsiasi altro lodo, con la conseguenza che la violazione di norme inderogabili legali o contrattuali non inficerebbe la validità del lodo; che solo la violazione delle norme di legge e non di quelle contrattuali possa inficiare la validità del lodo.

Il decreto legislativo n. 40 del 2006, nel confermare il contenuto, per quanto riguarda le controversie di lavoro, dell'articolo 806 c.p.c. relativamente all'arbitrato rituale, disciplina per la prima volta l'arbitrato irrituale, all'articolo 808-ter c.p.c., come figura generale sinora mancante nel nostro ordinamento ove si trovavano solo accenni in legislazioni speciali concernenti la materia lavoristica oltre che marittima e sportiva.

Mentre nel caso di arbitrato rituale viene riproposta la «sanzione» della nullità del lodo, oltre che per la violazione delle regole di «diritto», anche per la violazione di contratti e accordi collettivi, nulla si specifica per quanto riguarda specificamente il lodo irrituale in materia di lavoro. Infatti l'articolo 808-ter c.p.c. richiama l'annullabilità del lodo contrattuale in taluni casi (tra cui la mancata osservanza del principio del contraddittorio) che nulla hanno a che vedere con la violazione delle disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo. Sembra però arduo – oltre che sistematicamente incoerente – desumere da ciò che questa causa di invalidità del lodo sia scomparsa, attesa la specialità della disciplina dell'arbitrato irrituale in materia di lavoro, specificamente regolato dai decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998.

Dunque, non si può dire che si sia in presenza di quel quadro assestato nella materia, quella della stabilità del lodo, che, accanto alla autorevolezza e credibilità degli arbitri, ha più incidenza sull'appetibilità del ricorso alla via arbitrale. Continuiamo a ritenere – specialmente nell'ottica di consentire forme di arbitrato «garantite» in quanto preorganizzate in sede collettiva od altro – irragionevole il

diverso trattamento riservato a conciliazione ed arbitrato. Si potrebbe almeno distinguere, come si fa per la conciliazione, tra l'arbitrato che risolve per il passato una situazione controversa (che potrebbe considerarsi inoppugnabile) e quello che abbia una proiezione regolamentare futura.

d) *Arbitrato e disciplina sostanziale*. La disciplina arbitrale comunque, in un determinato ordinamento, costituisce «l'interfaccia» del diritto sostanziale. L'assoluta inoppugnabilità del lodo confliggerebbe con lo statuto materiale del diritto del lavoro finché esso è – almeno formalmente – imperniato sul principio di inderogabilità. Non si può in sostanza chiedere all'istituto arbitrale ciò che esso non può dare, vale a dire la flessibilizzazione della normativa garantistica, senza incidere direttamente sulla medesima. In altra sede mi sono sforzata di mostrare come il fatto che, da una parte, il principio abbia subito diverse crepe e, d'altra parte, che vi sia l'esigenza di costruire un quadro graduato di tutele per il lavoro personale dovrebbe indurre ad introdurre forme di derogabilità assistita eventualmente in connessione con le scelte dell'autonomia collettiva⁽¹⁰⁾. E in questo quadro anche l'arbitrato inoppugnabile troverebbe la sua collocazione.

e) *Modelli processuali innovativi*. Se il processo del lavoro ha costituito per un certo tempo il modello per una riforma del processo civile, ora è forse in altri campi della giustizia che possiamo trovare modelli innovativi che risolvano la crisi del processo.

Se, come è stato detto⁽¹¹⁾, si sta andando verso una residualità del processo a cognizione piena (che si esprime attraverso diversi congegni, alcuni già esistenti, altri proponibili tenendo anche conto di esperienze straniere: ricorso a titoli esecutivi di formazione stragiudiziale, procedimenti monitori, processo semplificato con decisione in prima udienza, condanna con riserva di eccezione, provvedimenti cautelari, di cui la riforma avvenuta con legge n. 80 del 2005 ha allentato il nesso di strumentalità rispetto al successivo giudizio), in quest'ottica potrebbe essere presa in considerazione una «riedizione» del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Quale condizione di procedibilità dell'azione, si potrebbe ipotizzare un tentativo obbligatorio di conciliazione innanzi ad un terzo imparziale (Direzione provinciale del lavoro, conciliatori o arbitri iscritti ad appositi albi) e due rappresentanti delle parti, che potrebbero essere gli stessi difensori, designati dalle parti stesse; che tale tentativo preveda l'esposizione sommaria dei termini della controversia e la comparizione personale delle parti; che, in caso di mancato accordo, il collegio decida allo stato degli atti. Il verbale potrebbe avere valore di titolo esecutivo extragiudiziale, immutabile ove nessuna delle parti instauri un processo di cognizione piena di primo grado entro un determinato termine perentorio. Questa «riedizione» del tentativo obbligatorio di conciliazione potrebbe davvero essere capace di incidere sui grandi numeri che affliggono la giustizia civile e quella del lavoro in particolare.

f) *Processo previdenziale*. È infine da stigmatizzare che nessuno dei due disegni di legge si occupi compiutamente del processo previdenziale ed assistenziale.

⁽¹⁰⁾ M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006.

⁽¹¹⁾ A. PROTO PISANI, *op. cit.*

E ciò nonostante la comune consapevolezza che il relativo contenzioso costituisca più della metà di quello complessivo avanti ai giudici del lavoro nei vari gradi (e di esso più del 20 per cento, addirittura il 70-80 per cento al sud, sia dipendente da accertamenti medico-legali). E nonostante la presenza di elaborazioni e proposte (la c.d. Commissione Foglia ne aveva avanzate due) del tutto ignorate dai disegni di legge.

Quale riforma del processo del lavoro? – Riassunto. *L'A., dopo aver delineato i punti cardine delle proposte di riforma del rito del lavoro succedutesi nel corso delle passate legislature, nonché il dibattito in tema di revisione della disciplina del licenziamento, passa ad analizzare il disegno di legge n. 1047 (Salvi-Treu) ed il disegno di legge n. 1163 (Sacconi) presentati nel corso della corrente legislatura.*

Il disegno di legge Salvi-Treu si pone in linea di continuità con i risultati della Commissione Foglia del 2001 e in particolare tipizza un procedimento sommario, esteso, oltre che ai licenziamenti, anche ai trasferimenti e ai trasferimenti d'azienda. Lo stesso disegno di legge si pone nell'ottica di rafforzare l'effettività dell'ordine di reintegrazione.

Il disegno di legge Sacconi muove dal differente presupposto che l'elevato contenzioso in materia di lavoro sia frutto dell'inefficienza del diritto sostanziale e di una cultura che lo pervade che incentiverebbe il conflitto. Tale differente impostazione conduce innanzitutto al tentativo di scoraggiare le controversie alimentate dalla nuova produzione legislativa e a quello di rafforzare l'istituto della certificazione. Il ricorso all'arbitrato è incoraggiato e significativa è la scelta di rendere il lodo non impugnabile per violazione di disposizioni inderogabili di legge e di contratto collettivo. In tale ottica differente si colloca anche la scelta di escludere il tentativo di conciliazione quale requisito di procedibilità dell'azione. L'A. passa quindi in rassegna le criticità dei due disegni di legge, proponendo soluzioni de iure condendo. In particolare in tema di arbitrato si reputa irragionevole il diverso trattamento riservato a conciliazione ed arbitrato. Si propone pertanto una soluzione differenziata, come già avviene per la conciliazione, tra l'arbitrato che risolve per il passato una situazione controversa (inoppugnabile) e quello che abbia una proiezione regolamentare futura.

L'A. formula infine una proposta di riforma della disciplina del tentativo obbligatorio di conciliazione. In particolare il verbale potrebbe avere valore di titolo esecutivo extragiudiziale, immutabile ove nessuna delle parti instauri un processo di cognizione piena di primo grado entro un determinato termine perentorio.

The reform of employment cases (Article in Italian) – Summary. *The author examines the main points of the reform proposals for employment cases in recent legislatures, as well as the debate on the reform of provisions regulating dismissals, and provides an analysis of legislative proposals no. 1047 (Salvi-Treu) and no. 1163 (Sacconi) presented during the current legislature. Legislative proposal no. 1047 (Salvi-Treu) displays a degree of continuity with the Foglia Commission, 2001, and in particular provides for summary procedures covering not only dismissal cases but also transfers and the transfer of undertakings. The proposed legislation is also intended to strengthen reinstatement measures. The Sacconi proposals, on the other hand, take as their starting point the fact that the large number of employment cases reflects the inefficiency of the legal system and an underlying culture of conflict. This different approach to the problem results in an attempt to discourage litigation relating to new legislation, and to strengthen certification procedures. The use of arbitration is encouraged, and another significant element is the proposal to prevent arbitration decisions from being subject to appeal on the grounds that they are in contrast with binding legislative and collective bargaining provisions. In this perspective a further significant element is the proposal not to require conciliation as a prerequisite for further action to be taken. The author examines the critical aspects of the two legislative proposals, proposing de iure condendo solutions. In particular with regard to arbitration it is argued that there are no rational grounds for conciliation and arbitration to be treated differently. A differentiated solution is therefore proposed, as is already the case for conciliation, providing a distinction between*

arbitration dealing with cases relating to past employment (in which case appeals would not be permitted) and arbitration regulating future employment.

In conclusion the author presents a series of reform proposals regulating the obligation to attempt conciliation. In particular conciliation rulings could be used for out-of-court settlements, that should be taken as definitive where neither of the two parties takes legal action within a specified period.

I disegni di riforma del processo del lavoro

Antonio Vallebona

Sommario: **1.** Il problema della eccessiva durata del processo del lavoro e i disegni di riforma. – **2.** Le c.d. clausole generali. – **3.** La conciliazione. – **4.** L'arbitrato. – **5.** Le questioni pregiudiziali relative ai contratti collettivi nazionali. – **6.** Il procedimento sommario e il termine di decadenza per l'azione. – **7.** Il rafforzamento dell'ordine di reintegrazione. – **8.** La sospensione del licenziamento disciplinare. – **9.** L'intervento sulle controversie previdenziali.

1. Il processo del lavoro costituisce un ottimo modello, che non va manipolato. Il problema della eccessiva durata del processo in alcune sedi dipende solo dalla sproporzione tra il numero delle controversie e quello dei magistrati. In proposito la soluzione consistente nell'intervento sul diritto sostanziale al fine di creare certezza ed evitare le liti non è condivisa da tutti, anche se, alla lunga, non potrà essere disconosciuto che esistono strumenti di giustizia sociale diversi e migliori rispetto al conflitto che avvelena la vita. Per ora, dunque, considerata l'attuale maggioranza parlamentare, occorre ricercare altre soluzioni compatibili con l'elevato livello di conflitto ritenuto insostituibile mezzo di effettività dei diritti. Pertanto vanno esaminati gli strumenti di riduzione del solo contenzioso giudiziario, mediante diverse soluzioni di controversie ancora incentivate. I disegni di riforma n. 1047 (Salvi-Treu) e n. 1163 (Sacconi) ⁽¹⁾, pur nella diversa impostazione di fondo, presentano alcuni punti comuni, che vanno coltivati con sano realismo nell'interesse generale.

2. Il disegno n. 1163 contiene una disposizione che, sulla scia di alcune previsioni del decreto legislativo n. 276/2003, vieta al giudice di sindacare il merito delle scelte tecnico-organizzative del datore di lavoro nelle controversie in materia di licenziamento, di trasferimento spaziale, di trasferimento d'azienda e di contratti di lavoro c.d. atipici. Questa disposizione non presuppone un'ostilità verso le norme generali che condizionano l'esercizio di un potere o la stipulazione di un contratto alle esigenze aziendali. Ma si limita a ripetere un consolidato principio giurisprudenziale, che non viene mai apertamente violato, bensì talvolta aggirato mascheran-

* Antonio Vallebona è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Roma «Tor Vergata».

⁽¹⁾ Entrambi pubblicati in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*; vedi la *Presentazione del tema* in apertura della presente *Sezione*.

do il controllo vietato come controllo sulla congruità tra determinazioni sul piano del rapporto di lavoro e scelte economiche presupposte.

Né è contraria alla norma generale la valorizzazione della tipizzazione collettiva, o in mancanza amministrativa, delle ipotesi di licenziamento, considerata espressamente come un criterio di riferimento per la migliore e più certa applicazione della norma generale. Anche qui in esplicitazione di un consolidato orientamento giurisprudenziale, che, in presenza di una previsione collettiva, grava sulla parte che intenda discostarsene l'onere della prova di circostanze giustificanti tale scostamento.

Mentre è nuovo il tentativo di rafforzare la certificazione consentendone l'impugnazione solo per difformità tra il programma certificato e le concrete modalità di svolgimento del rapporto. Ma questo tentativo non è condivisibile, poiché la certificazione è una qualificazione che non può essere sottratta al controllo del giudice. Mentre ben diverso sarebbe il sistema di derogabilità assistita delle tutele, che non ha nulla a che vedere con la qualificazione e necessita di una espressa previsione legislativa.

3. Il tentativo obbligatorio preventivo di conciliazione serve poco.

Le parti, prima di rivolgersi al giudice, conciliano solo le controversie per le quali i loro rappresentanti, siano essi sindacalisti, consulenti del lavoro o avvocati, siano riusciti a raggiungere un accordo.

Si tratta di soggetti tecnicamente competenti, sicché nessun conciliatore, per quanto preparato e a conoscenza dei termini della controversia, potrà mai aumentare sensibilmente il numero delle conciliazioni preventive.

I dati sulle conciliazioni effettuate non sono significativi, poiché comprendono le conciliazioni che si sarebbero comunque formalizzate anche senza l'obbligatorietà del tentativo.

L'unico conciliatore efficace è il giudice o l'arbitro già nominato tale, poiché solo chi ha il potere di decidere la controversia può fare pressione sulle parti con parole misurate, che, pur non anticipando la decisione, rappresentano a ciascuna parte concretamente e nell'immediato i rischi di tale decisione.

Pertanto il tentativo di conciliazione preventivo presso le direzioni provinciali del lavoro va trasformato da obbligatorio in facoltativo. In tal modo si potranno continuare a conciliare le controversie che già si conciliano, con il vantaggio, negli altri casi, di escludere una inutile attesa o formalità prima della introduzione del giudizio.

Ovviamente vanno conservate anche le altre attuali sedi di conciliazione inoppugnabili (sede sindacale, commissioni di certificazione).

È opportuna l'incentivazione della conciliazione preventiva mediante agevolazioni fiscali e contributive ed esclusione di sanzioni civili e amministrative, come previsto da entrambi i disegni di legge n. 1047 e n. 1163.

Invece è inutile, per quanto detto, il complicato meccanismo di conciliazione endoprocessuale con conciliatore diverso dal giudice, che non solo non evita l'introduzione del giudizio, con tutti i conseguenti adempimenti degli uffici, ma, addirittura, per la nota insufficienza dei locali, dovrebbe operare in luogo diverso dalla sede giudiziaria con concreto rischio di smarrimento dei fascicoli. In ogni caso è doveroso segnalare la pericolosità di qualsiasi manomissione di un model-

lo processuale ben funzionante ed, in particolare, che l'articolo 13 del disegno di legge n. 1047 Salvi-Treu, nel formulare un nuovo testo dell'articolo 410 c.p.c.: omette di richiamare le disposizioni dell'articolo 415, commi 5 e 6, per la garanzia del termine a difesa del convenuto; omette di fissare il termine di costituzione del ricorrente avverso la domanda riconvenzionale; fa decorrere il termine di dieci giorni per la notifica dalla pronuncia anzi che dalla comunicazione del decreto di fissazione dell'udienza.

4. La vera alternativa al procedimento giurisdizionale è l'arbitrato.

Ma per convogliare effettivamente verso l'arbitrato un numero consistente di controversie occorre rispettare alcune condizioni indefettibili, senza le quali ogni sforzo sarebbe vano.

L'arbitrato, per funzionare davvero, deve essere libero, stabile e conveniente.

Libero non solo nel senso del divieto costituzionale di arbitrati obbligatori, ma anche con esclusione di clausole compromissorie inserite nel contratto individuale che impongano l'arbitrato per future controversie. L'arbitrato deve essere scelto dalle parti volta per volta per ciascuna singola controversia. E le parti devono poter scegliere di volta in volta anche l'arbitro con esclusione di collegi o liste precostituite, bastando per la garanzia di professionalità che la scelta avvenga tra i professori universitari di materie giuridiche e gli avvocati cassazionisti, mentre l'affidabilità è *in re ipsa* nella scelta comune. L'assistenza alla parte nella scelta dell'arbitrato e dell'arbitro, nonché nello svolgimento del procedimento, non può che essere fornita dal legale di fiducia. I problemi del processo del lavoro possono essere risolti, come si è detto, solo con l'aiuto degli avvocati, che costituiscono una grande risorsa, e non contro di essi.

L'arbitrato deve essere stabile, nel senso che deve essere un arbitrato irrituale, con lodo non impugnabile per violazione di norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, ma, come in tutti gli arbitrati irrituali, solo per invalidità o violazione della convenzione arbitrale, per eccesso dal mandato o per mancato rispetto del principio del contraddittorio (articolo 808-ter c.p.c.).

L'arbitrato, infatti, non serve e non è appetibile, se il lodo è impugnabile per violazione di norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, per la semplice ragione che la parte soccombente può far ricominciare la controversia innanzi al giudice. Del resto se le parti adeguatamente assistite possono conciliare validamente la lite (articolo 2113, comma 4, c.p.c.), ben possono anche, assistite dai rispettivi legali, rimettere ad un terzo di cui entrambe si fidino la «determinazione contrattuale» per la definizione della lite senza possibilità di impugnazione per violazione delle regole di legge o collettive relative al merito della controversia. In entrambi i casi, infatti, si tratta della disposizione di diritti maturati, appunto oggetto di una controversia giuridica e non di un patto in deroga per la disciplina del futuro svolgimento del rapporto che sarebbe radicalmente nullo.

In proposito basta attenersi al ricordato regime dell'arbitrato irrituale previsto dall'articolo 808-ter c.p.c., con secca e significativa differenza rispetto a quanto stabilito dal successivo articolo 829 per l'arbitrato rituale.

E per evitare che il vero arbitrato irrituale possa essere ancora boicottato dai contratti collettivi con la reintroduzione della impugnabilità del lodo per violazione di norme inderogabili, basta ammetterlo per legge in conformità a quanto

previsto dall'articolo 806, comma 2, c.p.c. In questo senso si veda l'articolo 8, comma 2, del disegno di legge n. 1163 Sacconi.

Altrimenti è meglio lasciar perdere, senza prendersi in giro indicando come rimedio all'eccessivo contenzioso giudiziario un arbitrato che, seppur liberamente scelto, non esclude che la controversia sia riproposta al giudice dalla parte soccombente.

Infine l'arbitrato deve essere conveniente economicamente, nel senso che non solo non deve costare più del processo giudiziale, ma, per essere preferito a questo, deve avere qualche vantaggio comparativo. Pertanto, non potendosi escludere, per le ricordate ragioni di opportunità, la gratuità del processo del lavoro, occorre che anche l'arbitrato sia gratuito, ponendo il compenso degli arbitri a carico di un apposito fondo, finanziato dallo Stato e dai contratti collettivi. Inoltre la scelta dell'arbitrato va incentivata con agevolazioni fiscali, contributive e sul piano delle sanzioni amministrative e civili, come fanno opportunamente entrambi i disegni di legge n. 1047 e n. 1163, con disposizione da applicare anche alle conciliazioni raggiunte in sede arbitrale. Rispetto all'importo di queste incentivazioni il costo per il compenso degli arbitri è ben poca cosa, dovendosi anche tenere conto che lo Stato risparmia le spese, almeno quelle variabili, di funzionamento della macchina giudiziaria in tutti i diversi gradi per le controversie devolute all'arbitrato. Del resto il conciliatore endoprocessuale diverso dal giudice del disegno n. 1047 Salvi-Treu dovrebbe pur essere compensato, sicché le stesse risorse sarebbero molto meglio utilizzate per l'arbitrato.

5. La nomofilachia accelerata della Cassazione sulle questioni pregiudiziali relative alle disposizioni dei contratti collettivi nazionali (articolo 420-*bis* c.p.c., articolo 146-*bis* disp. att. c.p.c., articolo 64, decreto legislativo n. 165/2001) è un utile strumento di certezza e di conseguente riduzione del contenzioso seriale.

L'abrogazione prevista nel disegno n. 1047 Salvi-Treu è contraddittoria e fondata su ragionamenti non condivisibili.

Infatti i tempi del singolo processo si allungano di poco, perché la Cassazione ha già disposto una corsia preferenziale. Mentre il vantaggio generale prima ricordato giustifica questo modesto sacrificio in nome del principio di solidarietà (Corte Costituzionale n. 199/2003).

Il meccanismo si attiva solo se la questione pregiudiziale è «seria» (ancora Corte Costituzionale n. 199/2003).

Il singolo giudice di merito non è vulnerato, perché la sentenza non definitiva è la sua, mentre il relativo controllo della Cassazione prima o poi arriverebbe comunque. Ed anche i giudici degli altri processi in cui rileva la stessa questione hanno facoltà di sospendere o no il processo se ancora la Cassazione non si è pronunciata, mentre anche successivamente possono motivatamente dissentire con sentenza non definitiva dall'orientamento della Cassazione, che conserva il normale valore di precedente impedendo soltanto una sentenza definitiva difforme.

6. La celerità del processo interessa sia il lavoratore che il datore di lavoro. Ma con una differenza: al lavoratore serve un primo provvedimento esecutivo che riconosca il suo diritto; al datore serve, invece, la certezza definitiva con la conclusione dell'intero giudizio in tutti i suoi gradi, poiché un'eventuale sconfitta

in sede di impugnazione sarebbe costosissima laddove la conseguenza della violazione di un precetto consiste in retribuzioni, contribuzioni o risarcimenti che si accrescono nel corso del processo col perdurare della situazione alla fine accertata come illegittima (ad esempio licenziamento con tutela reale, trasferimento illegittimo, termine illegittimo, demansionamento).

In questi casi il datore di lavoro può avere un fortissimo interesse per l'arbitrato irrituale, che chiude rapidamente e definitivamente la controversia. Sino al punto di accollarsi interamente le spese dell'arbitrato, ove non sia costituito il fondo di cui si è detto. Ed a sua volta il lavoratore potrebbe essere indotto ad accettare l'arbitrato proprio per la sua celerità.

Invece la previsione nelle materie indicate di un giudizio urgente sommario soddisfa solo il lavoratore, oltretutto togliendogli interesse per l'arbitrato, in aperto contrasto con l'obiettivo di riduzione del contenzioso giudiziario.

Questo tipo di giudizio, previsto dagli articoli da 1 a 3 del disegno n. 1047 Salvi-Treu, costituisce la risposta legislativa all'eccessivo rigore di alcuni giudici nel valutare l'esistenza del *periculum in mora* necessario per la concessione di un provvedimento cautelare *ex* articolo 700 c.p.c. Anche se questo rigore è spesso compensato dal rapido espletamento del giudizio ordinario nelle predette materie, con priorità ora consacrata nell'articolo 8 del disegno n. 1047. Il che pare più che sufficiente, senza alcuna necessità di un apposito giudizio sommario.

Tuttavia, laddove proprio si volesse un giudizio urgente sommario, l'obiettivo sarebbe conseguibile senza introdurre un ennesimo procedimento speciale, con tutte le inevitabili incertezze interpretative e applicative e con deleteria alterazione di un modello processuale ben funzionante. Basterebbe, infatti, aggiungere semplicemente un comma 2 all'articolo 700 c.p.c., del seguente tenore: «Nelle controversie relative a ... il procedimento d'urgenza di cui al comma 1 prescinde da qualsiasi accertamento sulla sussistenza di un pregiudizio imminente e irreparabile». Conseguendone l'applicazione del collaudato regime degli articoli 669-*bis* e seguenti c.p.c., oltretutto recentemente modificato nel senso di una possibile stabilizzazione del provvedimento d'urgenza (articolo 669-*octies*, commi 6, 7 e 8).

In tal modo si eviterebbero anche alcuni discutibilissimi aspetti del procedimento previsto dal ricordato disegno di legge ed in particolare: a) la mancata previsione di un reclamo urgente al Collegio contro la concessione o il diniego del provvedimento d'urgenza, che costringerebbe la parte soccombente innanzi al giudice monocratico ad attendere l'esito del giudizio ordinario; b) la strozzatura in un unico grado degli accertamenti di merito non sommari, oltretutto innanzi al collegio della Corte d'Appello, con conseguente ulteriore intasamento di questo giudice, che in importanti sedi è quello con i maggiori carichi e ritardi; c) l'imposizione del giudizio sommario, al posto della libera scelta di questo da parte del ricorrente. Sull'erroneo presupposto secondo cui il giudizio sommario converrebbe sempre al lavoratore, che, invece, spesso soccombe proprio in tale giudizio, in cui per definizione è avvantaggiato il convenuto datore di lavoro proprio quando è gravato dall'onere della prova di una giustificazione, che assolve più facilmente in chiave di mero *fumus*, come accade proprio nelle controversie in materia di licenziamento, trasferimento e lavoro a termine.

Quanto al tipo di controversie cui riservare il procedimento sommario, è condivisibile l'inclusione di quelle relative a licenziamenti, trasferimenti spaziali, termine illegittimo. Queste ultime, peraltro, da considerare a sé e non come una sottospecie delle controversie sul licenziamento, qui non configurabile.

Non è condivisibile, invece, l'inclusione delle controversie: su licenziamenti relativi a rapporti di cui sia contestata la qualificazione, che esige accertamenti approfonditi incompatibili con un giudizio sommario; sul recesso da rapporti di lavoro parasubordinato, in cui è sempre ammesso il recesso libero con preavviso, anche con apposita previsione del contratto di lavoro a progetto (articolo 67, decreto legislativo n. 276/2003); sul trasferimento d'azienda, in cui non vi è mai urgenza fino a quando non intervenga un licenziamento in sé già ammesso al giudizio sommario.

Nelle controversie indicate (licenziamento, trasferimento spaziale, termine), in cui l'ammontare della condanna cresce nel corso del giudizio, è indispensabile, insieme alla trattazione privilegiata, non necessariamente sommaria, la previsione di un termine di decadenza per l'introduzione del giudizio, opportunamente presente in entrambi i disegni di legge n. 1047 e n. 1163.

Ed è condivisibile il bilanciamento tra allungamento del termine di impugnazione, che per il licenziamento passa da sessanta a centoventi giorni, e imposizione nel predetto termine di una impugnazione giudiziale, da riferire anche al giudizio arbitrale.

In tal modo, coerentemente con la celere tutela processuale del lavoratore onesto, si evitano le attuali diffuse speculazioni da ritardo nella introduzione del giudizio, cui conseguono incertezze sulla configurabilità nei casi concreti di una acquiescenza o di una condotta colpevole riduttiva del risarcimento.

7. Nel disegno di legge n. 1047 Salvi-Treu sono contenute alcune disposizioni che non hanno nulla a che vedere con la salvezza del processo del lavoro, ma sono palesemente dirette ad accrescere la tutela del lavoratore in misura francamente squilibrata, anche perché riguardano quella parte di lavoratori già destinatari di una protezione privilegiata (c.d. *insiders*) che andrebbe anzi rivisitata.

La prima disposizione è quella dell'articolo 4, secondo cui, nelle controversie di cui si è detto nel punto 6, l'inottemperanza all'ordine del giudice di reintegrazione del lavoratore determina l'obbligo per il datore di lavoro di pagare per ogni giorno di ritardo una somma da due a quattro retribuzioni giornaliere.

Innanzitutto non si comprende quale sia la «reintegrazione» nelle controversie sul lavoro a termine, sui licenziamenti sottoposti a tutela solo obbligatoria, sul recesso nel lavoro parasubordinato, sul trasferimento d'azienda. Sarebbe bene che il punto fosse chiarito, poiché certamente non si vuole introdurre surrettiziamente una tutela reale laddove è attualmente esclusa.

Pur limitando il discorso ai casi di licenziamento con tutela reale e di trasferimento spaziale, nei quali è concepibile un ordine di «reintegrazione», va rilevato che la ricordata misura compulsoria sarebbe palesemente incostituzionale per violazione degli articoli 3, 24, 41 e 97 della Costituzione.

Invero, in caso di licenziamento o trasferimento alla fine riconosciuto legittimo, è accertato che il datore di lavoro era oggettivamente impossibilitato ad eseguire l'erroneo ordine di reintegrazione, in quanto nel licenziamento per colpa non

poteva utilizzare, per gli ovvi rischi connessi, un lavoratore effettivamente colpevole (ad esempio di avere rivelato segreti aziendali o molestato colleghe o sottratto somme) e nel licenziamento o trasferimento per ragioni organizzative non poteva utilizzare un lavoratore inutilizzabile.

Qui, dunque, è la stessa tecnica di tutela sostanziale (giustificazione necessaria) ad escludere per definizione la possibilità di ottemperanza ad un ordine giudiziale erroneo, poiché se il provvedimento era legittimo significa che era giustificato, nel senso che la permanenza della situazione precedente era incompatibile con l'organizzazione, sicché è altrettanto incompatibile il ripristino di tale situazione. Ciò risulta con particolare chiarezza per il licenziamento, che è legittimo solo se costituisce *extrema ratio*, esigendo l'accertamento della inutilizzabilità nel motivo oggettivo e della insufficienza di sanzioni conservative nel motivo disciplinare, con conseguente accertata assoluta impossibilità della permanenza o del rientro in azienda del licenziato.

Pertanto il limite sostanziale al potere per giustificazione necessaria non consente misure compulsorie a sostegno di provvedimenti giudiziari instabili incidenti sulla organizzazione, poiché qui l'eventuale erroneità della condanna ne impedisce per definizione la possibilità di esecuzione proprio per la imprescindibile tutela dell'organizzazione giustificante il provvedimento legittimo.

Del resto l'inammissibilità di una misura compulsoria a sostegno di un provvedimento impossibile da eseguire è stata riconosciuta anche a proposito della sanzione penale per l'inottemperanza all'ordine di repressione della condotta antisindacale (Cass. pen. VI, 18 gennaio 1977, in *FI*, 1979, II, 522). Con la differenza che qui l'impossibilità di ottemperare all'ordine erroneo va comprovata in concreto non potendosi argomentare automaticamente dalla tecnica sostanziale del divieto, mentre per il licenziamento e il trasferimento tale impossibilità è *in re ipsa*, stante la tecnica sostanziale di giustificazione necessaria.

A maggior ragione la misura compulsoria è incostituzionale laddove se ne preveda l'irripetibilità, come dispone il comma 3 dell'articolo 4 per il licenziamento. Infatti la parte alla fine vittoriosa non può subire alcun pregiudizio irreversibile a causa di un provvedimento poi riconosciuto erroneo ed in quanto tale impossibile da eseguire.

In ogni caso della misura compulsoria non può mai beneficiare una parte, come, invece, prevede inammissibilmente l'articolo 4, comma 2. Se si attribuiscono somme al lavoratore non si tratta più di misura compulsoria, ma di una penale sanzionatoria dell'illecito sostanziale, ma allora la ripetibilità è scontata in caso di riforma dell'ordine inottemperato che esclude l'illecito presupposto dalla penale. Sicché è un vero mostro giuridico l'attribuzione della somma al lavoratore, che in caso di riforma deve restituirla (se si trattava di trasferimento) o versarla ad un fondo (se si trattava di licenziamento), in entrambi i casi, peraltro, solo in teoria, con ulteriore ragione di incostituzionalità, attesa la notoria situazione patrimoniale di lavoratori che sono o si rendono incapienti. In altri termini se il lavoratore alla fine risulta vittorioso trattiene per sé un importo conseguentemente qualificabile solo come penale ed in quanto tale incostituzionale per la manifesta irragionevolezza della sua esorbitante entità. Se il lavoratore alla fine perde dovrebbe in un caso (trasferimento) restituire, con conferma della natura di penale incostituzionale per eccessività, e nell'altro caso (licenziamento) riversare

a un fondo, il che presupporrebbe la natura di misura compulsoria incostituzionalmente attribuita alla parte dapprima provvisoriamente e, poi, definitivamente in caso di vittoria della stessa parte.

In conclusione una misura compulsoria, di entità ragionevole, potrebbe essere prevista solo dopo la formazione del giudicato ed a favore di un soggetto terzo. Precisando, oltretutto, il momento da cui decorre il ritardo (ad esempio dieci giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza) e che l'invito a riprendere servizio recapitato nel domicilio eletto per il giudizio, ad evitare irreperibilità a scopo speculativo, costituisce sufficiente prova dell'ottemperanza, spettando poi eventualmente al lavoratore provare che si è presentato in azienda ed ha visto rifiutata la prestazione così offerta.

Ma di simile misura compulsoria non si sente molto bisogno, essendo la posizione del lavoratore già ampiamente tutelata in modo reale, con la eliminazione degli effetti dell'atto illegittimo e la garanzia della retribuzione e della contribuzione per tutto il periodo di inottemperanza al provvedimento di reintegrazione.

Mentre sarebbe molto più utile, per entrambe le parti e per il sistema, introdurre a favore del lavoratore una penale punitiva degli illeciti contro la persona del lavoratore medesimo (ad esempio demansionamento, licenziamento, trasferimento, discriminazioni, mobbing), con facoltà del giudice di determinarla in concreto tra un minimo ed un massimo fissati dalla legge o dai contratti collettivi in misura ragionevole proporzionata al periodo di permanenza dell'illecito (ma non ad una percentuale della retribuzione trattandosi di danni alla persona) ed assorbente fino a concorrenza ogni risarcimento di danni di qualsiasi tipo diverso da quello retributivo (biologici, esistenziali, di immagine, patrimoniali, professionali, morali), con conseguente esonero del lavoratore dall'attuale teatrino diretto all'assolvimento dell'onere di dedurre e provare un danno effettivo, salva la facoltà di dimostrare un eventuale danno eccedente l'importo della penale. Questa penale rafforzerebbe anche l'indiretto effetto compulsorio dell'attuale risarcimento, ma senza compromettere il sistema, poiché l'attribuzione al lavoratore è bilanciata dalla ovvia, seppur spesso solo teorica, ripetibilità in caso di accertata insussistenza dell'illecito.

La misura compulsoria patrimoniale per l'esecuzione del provvedimento di reintegrazione è diversa dal risarcimento parametrato alle retribuzioni perdute per il periodo tra la condanna reintegratoria e la riforma. Ma il comma 3 dell'articolo 4 del disegno n. 1047 Salvi-Treu confonde queste distinte erogazioni nello stabilire che in caso di riforma il lavoratore trattiene solo una somma corrispondente alla seconda di esse, che invece è liquidata non ai sensi dei primi due commi del medesimo articolo 4, ma ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

Anche questa irripetibilità del risarcimento relativo al periodo non lavorato dal provvedimento di reintegra alla riforma, che incide sul regime sostanziale dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, è incostituzionale, poiché il lavoratore alla fine soccombente non poteva essere effettivamente reintegrato per le ragioni già esposte e, comunque, non può arricchirsi definitivamente perchè ha torto. E non a caso la giurisprudenza della Cassazione è ormai orientata in questo senso (Cassazione n. 13736/2004, n. 9062/2004, n. 3509/2004, n. 4043/2003, n. 8263/2000), essendo state abbandonate, in considerazione dell'indistinto regime risarcitorio,

le vecchie erronee tesi della funzione compulsoria e della assimilazione al regime della prestazione di fatto.

8. La disposizione del comma 1 dell'articolo 10 del disegno n. 1047 Salvi-Treu circa l'applicabilità del regime dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori anche al licenziamento disciplinare recepisce una consolidata elaborazione giurisprudenziale, ma dimentica di esplicitare, come sarebbe opportuno, quanto espresso nella relazione, anche qui in conformità a detta elaborazione, a proposito della «applicazione della tutela reale o della tutela obbligatoria a seconda del campo di applicazione».

La sospensione del licenziamento disciplinare fino alla pronuncia arbitrale o giurisdizionale se il datore rifiuta l'arbitrato (articolo 10, commi 2 e seguenti) è incostituzionale (articoli 3, 24, 41, 97 della Costituzione), poiché il datore di lavoro che, secondo il suo diritto costituzionale, rifiuta l'arbitrato rivolgendosi al giudice, non può essere costretto a retribuire il dipendente licenziato per tutta la durata del giudizio, neppure precisata (fino all'eventuale provvedimento sommario? fino alla sentenza di merito? fino al giudicato?).

Qui non si può applicare, dunque, acriticamente la soluzione prevista dall'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori per le sanzioni conservative, che restano sospese per tutta la durata del giudizio.

La sospensione cautelare, oltretutto prevista solo per il licenziamento per giusta causa, non risolve il problema, che è quello del costo della retribuzione, oltretutto difficilmente ripetibile in caso di accertata legittimità del licenziamento.

Una soluzione ragionevole potrebbe consistere nel prevedere, laddove non vi sia o non basti la durata del preavviso o della corrispondente indennità, la sospensione del rapporto con metà retribuzione a fini alimentari per la sola durata del giudizio arbitrale o dell'eventuale giudizio sommario introdotto dal lavoratore subito dopo il rifiuto dell'arbitrato da parte del datore. Se il lavoratore vince, consegue anche l'altra metà di retribuzione. Se perde, cessa la sospensione e il licenziamento produce il suo effetto estintivo. In questo modo il costo per il datore di lavoro è tollerabile (metà retribuzione per un paio di mesi) ed il lavoratore è protetto fino ad una pronuncia arbitrale o sommaria, purché, però, sia previsto un termine massimo di durata del giudizio arbitrale comprensivo dell'eventuale prolungamento.

9. Una seria riduzione del contenzioso previdenziale sarebbe anche da sola decisiva per la salvezza del processo del lavoro, considerato che le controversie previdenziali costituiscono circa il 70 per cento del totale.

Anche qui l'unico strumento seriamente utilizzabile è quello di una risoluzione delle controversie prima del loro approdo innanzi al giudice, mentre la conciliazione endoprocessuale affidata a soggetto diverso dal giudice non sgraverebbe molto specie se successiva all'istruttoria.

Pertanto è pienamente condivisibile la proposta, contenuta in entrambi i disegni di legge n. 1047 e n. 1163, di sottoporre i ricorsi amministrativi che l'ente non ritenga di accogliere ad una collegiale medica presieduta da un soggetto competente ed imparziale, la quale, dopo l'espletamento degli accertamenti medico-legali, tenti la conciliazione.

Qui, infatti, a differenza delle controversie di lavoro, l'esito della lite spesso dipende solo dall'accertamento medico, sicché le parti potrebbero ragionevolmente convenire di conformarsi al contenuto di un accertamento imparziale dal quale, prevedibilmente, non si discosterebbe troppo la consulenza tecnica giudiziale. Ecco perché per queste controversie può essere davvero utile l'indicato tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva.

I disegni di riforma del processo del lavoro – Riassunto. *Dato per assunto che il processo del lavoro rappresenta un ottimo modello da non manipolare, l'A. analizza possibili scenari di riforma con la particolare considerazione dei disegni di legge n. 1047 Salvi-Treu e n. 1163 Sacconi. L'eccessiva durata dei processi, causata da un considerevole gap numerico tra contenziosi e organico della magistratura, potrebbe essere diminuita grazie al rafforzamento dell'istituto della certificazione, che può aiutare a prevenire il contenzioso ma non può, di per sé, impedire il sorgere di eventuali controversie. Il mero tentativo obbligatorio di conciliazione, così come ad oggi formulato, serve a poco. Affinché si tracci una vera via alternativa al procedimento giurisdizionale, l'A. sostiene, per contro, l'ipotesi dell'«arbitrato libero». L'A. pone l'accento sulla necessità che l'arbitrato sia facoltativo, e non più obbligatorio, così da costituire una decisione libera delle parti sostenuta da opportuni incentivi. Tale istituto deve, inoltre, essere configurato come stabile, per renderlo realmente appetibile a fronte anche della considerazione che il soggetto maggiormente interessato ad una rapida chiusura della controversia è proprio il datore di lavoro che potrebbe avere un marcato interesse per l'istituto tanto da accollarsi interamente le spese del giudizio. L'A. passa poi ad esaminare le questioni più spinose, i casi di licenziamento, reintegrazione o trasferimento, e rilevata come poco chiara la posizione proposta in materia dal disegno n. 1047 si sofferma, in particolare, sugli obiettivi da perseguire con riferimento al licenziamento. In conclusione, l'A. esamina i profili relativi al contenzioso previdenziale, che rappresenta la maggioranza delle controversie, e rileva come entrambi i disegni di legge esaminati propongano interessanti soluzioni con particolare riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione preventiva.*

Legislative proposals for the reform of employment cases (Article in Italian) – Summary. *Starting from the argument that the current model of employment cases is not in need of modification, the author analyses the possible scenarios for reform, with particular regard to legislative proposal no. 1047 (Salvi-Treu) and no. 1163 (Sacconi). The excessive duration of employment cases, caused by the disproportionate number of cases in relation to the number of judges available, could be reduced by strengthening certification procedures, that could help to limit the number of disputes but not to prevent them entirely. Simply placing the parties under an obligation to seek conciliation, as formulated at present, would be of limited value. In order to provide a real alternative to judicial procedures, the author argues in favour of free arbitration. The author highlights the need for arbitration to be optional, and not obligatory, so that it is a decision freely taken by the parties, backed up by suitable incentives. Arbitration should be introduced on a stable basis, to make it an attractive option, bearing in mind that the party with the strongest interest in a rapid settlement is the employer. As a result of this strong interest, the employer could be expected to cover the cost of the arbitration procedure. The author then examines some of the thorniest matters, such as dismissals, reinstatement and transfer, and after pointing out that the position taken in this respect in legislative proposal no. 1047 lacks clarity, considers the objectives to pursue in relation to dismissals. In conclusion, the author examines the issues arising from social insurance cases, and points out that both the legislative proposals examined contain interesting provisions with regard to the obligation to seek conciliation on a preventive basis.*

Il processo del lavoro e il «giusto processo»

Clara Enrico

Sommario: 1. Il valore del «giusto processo». – 2. Metodi alternativi o di alleggerimento del processo del lavoro. – 3. La funzione della Commissione di certificazione nell'articolo 82 del decreto legislativo n. 276/2003. – 4. I principi del «giusto processo» nel processo del lavoro. – 5. Norme di accelerazione del processo del lavoro: in particolare la reintegrazione e il procedimento sommario dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori. – 6. L'equità e il suo ruolo. – 7. La sollecitazione europea e i progetti di riforma.

1. È indubbio che l'espressione «giusto processo» sia piuttosto un simbolo che una regola dai confini certi; e, tuttavia, le vie d'accesso a questo concetto, che crea emozioni positive, ma cela le sue specificazioni normative, debbono essere investigate al fine di verificare se il processo del lavoro nella legge n. 533 del 1973 stia nel solco tracciato costituzionalmente solo nel 1999, come antesignano di questo, o mantenga una sua peculiarità.

L'analisi deve essere portata, più che agli istituti ed ai singoli momenti del rito del lavoro, ai valori che ne hanno fissato le regole e che possono aver avuto un'influenza sul processo civile.

Il presupposto della specialità del diritto del lavoro, come del processo del lavoro, è nella disparità sociale, o economica, o di forza, a seconda delle interpretazioni, fra le due parti contrattuali: non tanto all'atto della conclusione del contratto – anche se il maggior potere d'imposizione del datore di lavoro potrà, ad esempio, indurre a scegliere un tipo contrattuale rispetto ad un altro: oggi, il contratto a termine finale e, in genere, un contratto flessibile, anziché il contratto a tempo indeterminato – quanto nel corso del rapporto, in cui il *metus* del lavoratore subordinato (del licenziamento, di una sanzione disciplinare, di una ritorsione) può indurlo ad essere acquiescente ad atti del datore di lavoro ed addirittura spingerlo a rinunzie o transazioni su suoi diritti. Il complesso *iter* che ha portato alla legge n. 533 del 1973 dà ragione dell'anticipazione, che la discussione su di essa ha fatto, dei problemi che la novella dell'articolo 111 della Costituzione, comma 1, pone al processo in generale: i valori e gli scopi della legge innanzitutto; e il metodo e le tecniche del processo da seguire per realizzare adeguatamente proprio quei valori e quegli scopi.

Il bilancio di più di un trentennio di processo del lavoro è oggi spesso inficiato

* Clara Enrico è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Genova.

dal giudizio pesantemente negativo sulla sua durata ⁽¹⁾; è indubbio tuttavia che i principi cardine fossero innovativi e auspicati e giudicati positivamente, se nel corso degli anni ancora una volta il diritto del lavoro è stato pioniere ⁽²⁾ di una strada che si è allargata fino al livello costituzionale. Ma la situazione attuale sui tempi (circa 4-5 anni per i due gradi di giudizio) ha condizionato gli interventi, con soluzioni tampone e non strutturali. I tentati rimedi sono stati infatti insufficienti: il legislatore, ponendosi il problema delle ragioni della crisi della giustizia in materia di lavoro, si è affannato, «al fine di ridurre il contenzioso», come detto chiaramente nel *Libro Bianco* sul lavoro ⁽³⁾, a trovare soluzioni non radicali, ma di supporto ed ampliamento dei mezzi tecnico-giuridici di soluzione delle controversie di lavoro.

2. È la deflazione giudiziale la motivazione che ha condotto al correttivo della ripresa dell'arbitrato; che peraltro, essendo volontario, ha pochissime speranze di vitalità: sia perché le posizioni diverse delle parti del rapporto di lavoro difficilmente convergono su una soluzione extragiudiziale (ben diverso è il caso degli arbitrati nei campi del diritto commerciale e del diritto della navigazione, ove i richiedenti l'arbitrato sono sì opposti nel caso concreto, ma omogenei); sia anche perché la lunghezza della giurisdizione ordinaria può essere preferita dalla parte del rapporto di lavoro che abbia interesse a ritardare la decisione; sia, infine, per il costo della struttura arbitrale (e in effetti l'arbitrato in campo commerciale e civile in genere è richiesto solo per questioni economicamente rilevanti) ⁽⁴⁾.

Anche il semplice tentativo obbligatorio di conciliazione imposto dalla legge come condizione di procedibilità della domanda (con il decreto legislativo n. 80 del 1998) non ha potuto frenare l'inflazione del contenzioso: l'esperienza ha dimostrato la frequente inutilità della tentata conciliazione, che è spesso solo un gradino ulteriore nel meccanismo del processo, poiché le parti preferiscono ricorrere direttamente al giudice e, semmai, arrivare ad una conciliazione durante la causa ⁽⁵⁾. Né ha avuto grande attenzione la possibilità di utilizzare l'elevazione del valore della controversia, se l'articolo 440 c.p.c. si limita a dichiarare la inappellabilità (o inimpugnabilità) delle cause di valore inferiore a 25,82 euro ⁽⁶⁾,

⁽¹⁾ Il riconoscimento è purtroppo sotto gli occhi di tutti e gli stessi giudici del lavoro ne convengono: cfr. L. DE ANGELIS, *Modificazioni della tutela sostanziale e giurisdizione del lavoro: profili attuali*, in *Il futuro del diritto del lavoro*, in *QL*, 2003, n. 8, 28.

⁽²⁾ Si veda il bel saggio di L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo – Diritto civile*, in *DLRI*, 1990, 11 ss.

⁽³⁾ Del 2001; opera comunque coraggiosa, e inizio di un percorso di innovazione di Marco Biagi, il cui assassinio, pochi mesi dopo, ha impedito concretizzazione e necessarie revisioni al suo Autore. Sul tema del processo del lavoro ricordo un vecchio scritto di M. BIAGI, *Sindacati e giudici di fronte al nuovo processo del lavoro*, in *Il Mulino*, 1975, 120 ss.

⁽⁴⁾ Ciò al contrario degli altri Paesi europei, in cui le ADR (*alternative dispute resolutions*) sono assai diffuse, in modi e forme diverse (come le *astreintes* in Francia). In generale vedi M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, vol. I, 63 ss.

⁽⁵⁾ Il tentativo obbligatorio di conciliazione figurava già in un disegno di legge del Cnel del 1992 (riportato in *RGL*, 1994, I, 281, con opinioni di Martone e Smuraglia); sul tema si veda S. HERNANDEZ, *Le alternative al processo*, in *DL*, 1993, I, 499 ss.

⁽⁶⁾ Strumento, fra gli altri, proposto da G. IANNIRUBERTO, *La crisi della giustizia del lavoro: riflessioni e proposte minime*, in *FI*, 1995, V, 135.

mentre la competenza per materia, inderogabile, si sostituisce alla competenza per valore ⁽⁷⁾, essendo condizione sufficiente, per qualificare una controversia di lavoro, il fatto che sia in connessione con un rapporto di lavoro.

L'altro strumento utilizzato per la riduzione del contenzioso è la certificazione dei contratti: più in generale, questo è in ordine di tempo l'ultimo istituto normativo volto a ridurre l'eccessivo carico di casi e la conseguente lentezza del processo.

Ma prima occorre fare un cenno al fatto che questo inesauribile ampliarsi del ricorso al giudice del lavoro non è certo senza responsabilità del legislatore: i momenti topici della crisi della giustizia del lavoro sono stati marcati da interventi dirompenti di atti normativi.

Il primo colpo è stato inferto dalla legge n. 210 del 1985, con la quale le controversie di lavoro dell'ente Ferrovie dello Stato passavano al giudice del lavoro: questo scatenò un amplissimo contenzioso, che era invece molto ridotto davanti al TAR, particolarmente sul computo del lavoro straordinario e il riconoscimento della qualifica per svolgimento di mansioni superiori (articolo 2103 c.c.).

Un ulteriore fatto incidente è stata la devoluzione al giudice del lavoro delle controversie del pubblico impiego; e poi norme di tutela specifiche, come l'accumularsi dei procedimenti per il riconoscimento dell'invalidità civile; le controversie previdenziali; la vastissima e caotica richiesta di danni morali, biologici, esistenziali – o per *mobbing* – oltre i danni patrimoniali, al lavoratore: con un decadimento, inevitabile, anche della qualità delle decisioni.

Una quantità inaudita di cause di serie si è perciò accumulata negli uffici giudiziari; che certo non è stata alleggerita, poi, da taluni interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione ⁽⁸⁾, nonché dall'inerzia e dal mancato interesse alla convenienza di una transazione da parte di aziende ed enti «a capitale pubblico», per la mancanza di responsabilità patrimoniale personale, o anche per i limiti di ordine esterno posti alla loro azione, coinvolgendo in un enorme contenzioso anche l'avvocatura dello Stato ⁽⁹⁾.

La certificazione dei contratti avrebbe in astratto molte possibilità di mettere rigore nella individuazione del modello contrattuale voluto dalle parti: ma fatica ad affermarsi, per vari elementi incidenti. Nonostante che la certificazione si collochi proprio a presidio della volontà negoziale delle parti – d'altronde in concordanza con i più recenti indirizzi giurisprudenziali e il ritorno alla rilevanza del *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto (e alla capacità delle parti di approntare la conciliazione dei loro opposti interessi in uno dei tanti schemi contrattuali previsti ed ammessi dal decreto n. 276 del 2003) – ci sono state molte critiche a questa procedura, prevista proprio per la deflazione del contenzioso e comunque a carattere sperimentale ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ R. FOGLIA, *Il processo del lavoro di primo grado*, Giuffrè, Milano, 1995, 150.

⁽⁸⁾ Vedi G. PERA, *Bilanciamento e prospettive del contenzioso del lavoro*, in *RIDL*, 1994, I, 193.

⁽⁹⁾ G. IANNIRUBERTO, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ Contro la certificazione – in quanto atto di natura amministrativa – è anche possibile il ricorso davanti al TAR, ma solo per violazione del procedimento o per eccesso di potere (il che è di difficile riscontro, visto il semplice compito di qualificare il contenuto del rapporto voluto dalle parti).

Non si può escludere che, a causa della posizione di debolezza del lavoratore (al fine di ottenere un lavoro, comunque esso sia) si abbia simulazione anche davanti all'organo di certificazione (G. SUPPIEJ,

L'istituto della certificazione, pur recente (le prime elaborazioni risalgono al 1998), ha sollevato critiche da parte della dottrina, che ne ha spesso messo in evidenza la debolezza dell'efficacia e la scarsa possibilità di incidere davvero sulla mole del contenzioso.

Il breve periodo intercorso dal decreto legislativo n. 276 del 2003 non consente una sicurezza di analisi ⁽¹¹⁾: vi sono indubbiamente dei difficili momenti attuativi di un sistema che, peraltro, ha ancora da mettersi in moto realmente (i casi davanti alle Direzioni provinciali del lavoro sono finora poche centinaia, le sedi universitarie sono partite da non molto tempo). Fra questi un dato concreto, e cioè la scarsa volontà dei lavoratori e dei loro rappresentanti di rivolgersi alla Commissione di certificazione anziché alla giurisdizione ordinaria, che dà maggiore sicurezza per il futuro e, con la compensazione delle spese in caso di soccombenza, non costituisce una grossa «spesa» per il lavoratore. Ed anche il fatto che, essendo Inps e Inail rappresentati nella Commissione presso le Direzioni provinciali del lavoro, difficilmente un datore di lavoro vorrà sottoporre un contratto da lui stipulato ad un esame, che lo porrebbe sotto gli occhi degli istituti delegati al controllo e quindi alla sanzione di possibili omissioni nel rapporto futuro.

Tuttavia, l'utilità della certificazione, se si vuole considerarne l'aspetto positivo e pragmatico, sta, in primo luogo, nel potere di vincolare, pur solo fino ad una eventuale sentenza per erronea certificazione, i terzi e in particolare gli enti previdenziali, dando una discreta sicurezza alle parti e in particolare al datore di lavoro su eventuali controlli; ed anche, in secondo luogo, nella più certa applicazione della complessità del decreto n. 276 del 2003, in cui la scelta fra numerosi strumenti contrattuali è ovviamente sottoposta a requisiti ed obiettivi specifici, che una Commissione può aiutare a meglio configurare e sortire quell'effetto deflattivo del contenzioso, che la legge espressamente pone come obiettivo. C'è ancora da aggiungere che alla Commissione più discussa, perché più profondamente innovativa, quella universitaria, va riconosciuto un certo ruolo di terzietà, fondato sia sulla sede istituzionale sia sul prestigio e l'autonomia del docente che la presiede: ma solo la verifica in concreto del potenziale positivo impatto di questo strumento di ausilio alla definizione del testo contrattuale potrà dare conto della possibilità di creare minori attriti fra le parti contraenti, palesi o taciuti, che spesso sono causa di richieste giudiziali.

Questa è la certificazione nella sua possibilità di esplicazioni positive e di strumento di anticipata chiarificazione del voluto, al fine di ridurre le controversie successive; senza dimenticare l'insegnamento di un Maestro per il quale «l'esigenza di conciliare le liti in materia di lavoro, senza ricorrere al giudice, è viva più che mai» ⁽¹²⁾.

La conciliazione delle controversie di lavoro, in *DL*, 2004, 826): in questo, come in casi di effettivo errore qualificativo, o di difformità involontaria del rapporto dal contratto certificato, è necessaria la possibilità di impugnazione davanti al giudice. Resta però come conseguenza – data la retroattività, precisata dalla legge, dell'accertamento giudiziale – il minor valore attribuito alla certificazione come prevenzione delle liti (ancora G. SUPPIEI, *op. loc. ult. cit.*).

⁽¹¹⁾ Per un aggiornamento sulla pur breve esistenza della certificazione vedi M. TIRABOSCHI, *L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative*, in *q. Rivista*, 2005, 519 ss.

⁽¹²⁾ G. SUPPIEI, *op. cit.*, 284.

3. Un discorso a parte merita il diverso compito affidato alle Commissioni di certificazione dall'articolo 82 del decreto n. 276 del 2003, che prevede che «Le sedi di certificazione di cui all'articolo 76, comma 1, lett. a) del presente decreto legislativo sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse».

La novella dell'articolo 2113, nella legge sul processo del lavoro, ha più una genesi di adattamento della norma agli istituti esistenti (i sindacati di fatto, i contratti collettivi di diritto comune) che un'aura innovativa (se non proprio nell'eccezionale rilevanza data ai sindacati ed ai contratti collettivi attuali): tanto che la lettura dell'articolo 2113, *mutatis mutandis*, e con l'allungamento da 3 a 6 mesi dopo la cessazione del rapporto per l'impugnazione della rinunzia o della transazione, è del tutto simile a quella della disposizione originaria.

Per la verità una innovazione è portata dall'ampliamento dell'efficacia soggettiva della norma ai rapporti di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c.: e cioè «i rapporti di agenzia, rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale».

Per l'articolo 409 tutto il rito del lavoro si applica a tale categoria di lavoratori (detti parasubordinati); ma questa estensione non deve meravigliare se ricondotta al principio della parità sostanziale, che l'ordinamento italiano intende garantire, ove lo sbilanciamento economico fra le parti possa lederla. Altri ordinamenti, d'altronde (in Francia con i *contrats de dépendance*, in Germania con la figura dell'*Arbeitnehmerähnliche Person*) dimostrano la «tendenza a modulare la disciplina dei rapporti calibrandola sui principi del diritto del lavoro piuttosto che del diritto comune dei contratti, ogni qualvolta il lavoratore indipendente versi in uno stato di "subordinazione imperfetta"»⁽¹³⁾.

I tre soli casi di validità dell'atto di rinunzia o della transazione, con il richiamo alla conciliazione di cui agli articoli 185, 410 e 411 c.p.c., sono ipotesi discusse, e certo discutibili (si pensi alle associazioni sindacali, sempre rimaste associazioni non riconosciute), ma indubbiamente estremamente utili, questo sì, e impiegate assai spesso per definire situazioni ed impedire la degenerazione in *quérelles* e in nuovo peso giudiziale.

Nel decreto legislativo n. 276 del 2003, articolo 82, la possibilità di certificare le rinunzie e le transazioni di cui all'articolo 2113 c.c., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse è, come è noto, concessa solo ad una delle sedi di certificazione, quella degli Enti bilaterali.

La scelta di questa unica sede di certificazione è senza dubbio dovuta alla presenza in essa delle organizzazioni sindacali dell'una e dell'altra parte, così come la «sede sindacale» per l'articolo 2113, per una valutazione comune di garanzia per le parti.

Tuttavia molte perplessità permangono sul reale significato dell'espressione «certificare le rinunzie e le transazioni»: cui occorre dare un senso diverso da quello dell'articolo 68 dello stesso decreto, per il quale i diritti derivanti dalle disposizioni relative al «lavoro a progetto» e al «lavoro occasionale» possono essere

⁽¹³⁾ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, Milano, 1996, 208 ss., qui 213.

oggetto di rinunzie e transazioni in sede di certificazione del rapporto di lavoro (*qualunque* delle sedi di certificazione).

Inoltre, è ancora in discussione l'interpretazione da attribuire alla frase «certificare le rinunzie e le transazioni», di cui all'articolo 82. Una prima tesi è quella di interpretare la norma nel suo mero valore letterale⁽¹⁴⁾, attribuendo alla Commissione di certificazione la decisione sulla qualificazione dell'atto di disposizione fatto dal lavoratore, per la chiarezza sulla essenza della manifestazione di volontà; il che comporterebbe la non applicabilità degli effetti delle eccezioni previste all'ultimo comma dell'articolo 2113, e dunque l'atto resterebbe impugnabile nell'ambito di sei mesi dalla cessazione del rapporto, come previsto dallo stesso articolo.

Questo potrebbe rendere più lungo e tortuoso il percorso della certificazione (cui viene unanimemente riconosciuta la natura di atto amministrativo), poiché le parti, per evitare una impugnazione eventuale, potrebbero essere indotte a porre in essere la rinunzia o la transazione solo o anche in uno dei modi concessi dall'ultimo comma dell'articolo 2113, antecedentemente o dopo la certificazione: con grave diminuzione del valore di quest'ultima⁽¹⁵⁾.

Altra diversa interpretazione, «ragionevole»⁽¹⁶⁾, ma non testuale, è quella proposta⁽¹⁷⁾ al fine di intendere la norma come compito aggiunto di certificazione, e cioè come ampliamento dell'eccezione prevista dall'ultimo comma dell'articolo 2113 c.c., per le commissioni di conciliazione dell'articolo 410 c.p.c., e dunque dando alle rinunzie e alle transazioni la «stabilità ivi prevista». Ma, pur ragionevole, questa non è una possibile esegesi dell'articolo 82, così come è oggi.

Ai fini della «durata ragionevole» del processo del lavoro l'ipotesi della certificazione e dei suoi effetti non ha ancora portato ad un chiaro contributo e necessita certo – come recentemente fatto con il disegno di legge Sacconi (vedi più avanti, al paragrafo 7) – di nuove o rinnovate opzioni legislative.

4. Qual'è, se c'è, la corrispondenza fra il processo del lavoro ed i valori riconosciuti dalla Costituzione, dopo la legge costituzionale n. 2 del 1999? Non presumo certo di poter dare una risposta esauriente; vorrei solo esaminare i principi chiave del concetto di «giusto processo» e compararli al processo del lavoro, così come esso si è evoluto nei trenta e più anni della sua esistenza.

Prima della modifica dell'articolo 111 della Costituzione è dal contributo della Corte Costituzionale che gli indici rilevanti del giusto processo si sono affermati: principalmente da decisioni (redatte dal giudice Andrioli, estremamente sensibile al tema)⁽¹⁸⁾ degli anni Ottanta⁽¹⁹⁾; quando perciò il processo del lavoro adem-

⁽¹⁴⁾ Vedi M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, in *LD*, 2003, 118 ss.

⁽¹⁵⁾ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 735 ss., qui 755.

⁽¹⁶⁾ Così E. GRAGNOLI, *Sub art. 82*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 859.

⁽¹⁷⁾ Da L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 243.

⁽¹⁸⁾ Infatti vedi già il suo scritto *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi romana*, 1964, 451 ss., ora in *Scritti giuridici*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, 17.

piva da almeno dieci anni al compito di realizzare i principi, che proprio in quel tempo trovavano un referente in *common law*, nel concetto del *due process of law* (o della *process clause*, nel V e XIV Emendamento della Costituzione statunitense), che si intravedeva già, secondo la Corte Costituzionale, per implicito e in generale, nell'articolo 24 della Costituzione.

Il nuovo rito del lavoro ha sperimentato, insomma, per primo in Italia, l'immediatezza e la concentrazione del processo, fondate sull'oralità, secondo l'antico insegnamento di Chiovenda, che il codice del 1942 non aveva tenuto in conto⁽²⁰⁾.

Ma un altro esempio e parametro di notevole rilevanza, per il processo in generale, per il processo del lavoro in ispecie, sta nella *Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950⁽²¹⁾.

La giurisprudenza della *Corte Europea per i diritti dell'uomo*, in conseguenza⁽²²⁾, è tutta incentrata sul concetto di giusto processo, in relazione all'articolo 6 della Convenzione Europea: che, col titolo di «Diritto ad un processo equo», fissa le garanzie per una «buona amministrazione della giustizia»⁽²³⁾.

Nel «diritto ad un processo equo» sono indicati i parametri di riferimento: «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge [...]».

Dei vari canoni, che – malgrado la loro elasticità e l'impiego del termine equità – sono abbastanza uniformi al dettato del nostro ordinamento, uno solo ha portato la Corte a trattare molte questioni sottoposte dai cittadini italiani nei confronti dello Stato: il principio, ora considerato indefettibile, della «durata ragionevole» del processo⁽²⁴⁾.

«Durata ragionevole» che, oggi, il processo del lavoro ha smarrito, poiché si è privilegiata, da parte dell'ordinamento, la sicurezza della terzietà e indipendenza del giudice del lavoro, a scapito del valore, che pure è essenziale per la giustizia, di una rapida soluzione delle controversie: premettendo, cioè, la debolezza della posizione del lavoratore (subordinato o quasi) – e in conseguenza garantendogli

⁽¹⁹⁾ Più ampiamente in M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enc dir*, 2001, vol. V, Aggiornamento, 595; e P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 287.

⁽²⁰⁾ Così, A. PROTO PISANI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo – Diritto processuale civile*, in *DLRI*, 1990, 27.

⁽²¹⁾ Vedi V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 455 ss.

⁽²²⁾ Cfr. M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 1991; ID., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: procedure e contenuti*, ES, Napoli, 1999; e M. CHIARVARIO, *Sub art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 153 ss.

⁽²³⁾ Espressione spesso impiegata nelle decisioni della Corte.

⁽²⁴⁾ Le sentenze della Corte non hanno direttamente forza giuridicamente vincolante *erga omnes*: nonostante posizioni diverse in dottrina, l'obbligo che consegue riguarda primariamente il caso considerato, anche se la stessa Corte ha osservato che «è inevitabile che la decisione della Corte avrà effetti che si estendono al di là dei confini di questo specifico caso», ma aggiungendo che la sentenza della Corte non può essa stessa annullare o abrogare disposizioni di legge, avendo un carattere essenzialmente dichiarativo (*Marcks c. Belgio*, sentenza 13 giugno 1979, in *Serie A*, n. 31, § 58).

possibilità d'azione eccezionali e giudizi indipendenti con l'autorità della magistratura – alla necessità di una pronta soluzione.

Non è da oggi, d'altronde, che si reputa illusorio ritenere di poter garantire «ragionevolezza» nella durata intervenendo soltanto sulle norme processuali ⁽²⁵⁾.

5. Poiché, tuttavia, è ben chiaro al legislatore che la giustizia, sia pure perfettamente riguardosa della disparità degli interessi delle parti nel rapporto di lavoro ⁽²⁶⁾, non è tale se non si realizza in tempi brevi, in modo da garantire un rapido riequilibrio di situazioni che l'ordinamento giudica diseguali in senso sociale ed economico, sono state elaborate, a vantaggio di una sola parte, cioè del prestatore di lavoro, vie eccezionali di realizzazione ed applicazione del suo diritto, pur ancora suscettibile di essere sconosciuto, nel caso più grave del rapporto, che è il licenziamento; e si è disciplinato un processo sommario, fondato sul *fumus boni iuris*, nella supposta violazione della libertà sindacale, dell'attività sindacale e dell'esercizio del diritto di sciopero da parte del datore di lavoro nell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori.

La prima di queste eccezionali disposizioni è di diritto sostanziale, e dunque non attiene al processo, pur essendo chiaramente indicativa di una situazione di mancata parità formale delle posizioni dei singoli per mirare ad un equilibrio di sostanza: e consiste nello strumento della reintegrazione nel posto di lavoro (la c.d. «tutela reale») in caso di licenziamento illegittimo, essendo, come è ben noto, la prima sentenza, che abbia accertato l'illegittimità del licenziamento (dice l'articolo 18, comma 6, dello Statuto dei lavoratori), provvisoriamente esecutiva: con la misura coercitiva del pagamento (oltre il risarcimento del danno) della retribuzione dovuta per il periodo dal licenziamento alla sentenza; e della retribuzione nel caso di offerta della prestazione, rifiutata dall'imprenditore.

Anche in questo caso, pur con diverse motivazioni ⁽²⁷⁾, si ritiene che l'attività lavorativa debba in concreto essere ripresa, al di là del ripristino del rapporto sul

⁽²⁵⁾ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, 132 ss.: «Se giudici e avvocati si alleano in un comodo costruire di fiacchezza, è vano che sulla carta i codici restringano i termini e vietino i differimenti, o impongano la concentrazione».

⁽²⁶⁾ Si pensi alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, dei Tribunali del merito ed anche delle pronunce della Corte Costituzionale che, in una lunga evoluzione temporale, hanno sempre considerato, primo fra tutti, il diritto alla retribuzione, stabilito dall'art. 36 Cost., come fonte essenziale per la sopravvivenza economica del lavoratore e della sua famiglia. In ciò non solo guidati dalla considerazione del concetto di «retribuzione familiare» dello stesso art. 36 Cost., ma anche dalla presenza di un concetto analogo in altre disposizioni di legge: così è, ad esempio, nell'art. 2122 c.c., ove l'indennità a causa di morte del prestatore di lavoro deve essere corrisposta al coniuge, ai figli e, *se viventi a carico* del lavoratore, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado: per coniuge e figli senza riguardo alla loro situazione economica (presupponendo perciò la funzione di sostentamento della famiglia della retribuzione); per gli altri soggetti attribuendo un valore alla dipendenza economica dal prestatore di lavoro e dalla sua retribuzione.

⁽²⁷⁾ V'è infatti chi la interpreta come una inibitoria, per cui l'imprenditore è tenuto con il giudizio a cessare il comportamento illecito, ritornando alla situazione precedente; più diffusa è l'opinione per cui dall'invalidità del recesso discende l'obbligo della *restitutio in integrum*. Né si tratta per il datore di lavoro di un semplice *pati*, ma comporta altresì da parte sua una attività, quale ad esempio, impartire le direttive per il lavoro. Si vedano M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *DLRI*, 1987, 433; e M. PEDRAZZOLI, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, in *LD*, 1988, 104. In conseguenza è da ritenersi impossibile l'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione. Il

piano giuridico; salvo, beninteso, che il lavoratore non eserciti la facoltà, riconosciutagli dallo stesso articolo 18, di chiedere, in sostituzione della reintegrazione, l'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto ⁽²⁸⁾ con il mantenimento del licenziamento.

La provvisoria esecutività dell'ordine di reintegrazione nel primo giudizio di merito ha sicuramente realizzato un riequilibrio nella posizione del lavoratore licenziato, recuperando il suo vecchio rapporto rapidamente. Ma ci si è chiesti – tanto più dopo la conferma e l'estensione di efficacia della norma (con la legge n. 108 del 1990) – se questa compressione dei poteri del datore di lavoro comporti una limitazione al principio stabilito nell'articolo 41 della Costituzione, comma 1 (la libertà dell'iniziativa economica privata); obiettandosi, all'opposto, che quella iniziativa economica, per il comma 2 dello stesso articolo 41, non può svolgersi «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Le vicende dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, norma chiave del diritto del lavoro, hanno avuto sviluppi rilevanti per lungo tempo; poi, dopo il referendum abrogativo dei limiti fissati per la sua applicazione del maggio 2000, con esito negativo, e le discussioni giuridiche e politiche si sono attenuate particolarmente per la situazione economica, che richiedeva ben più attenzione al momento dell'occupazione che non a quello del licenziamento individuale.

Il problema non si è estinto, ma l'attenzione su di esso è molto diminuita, soprattutto dopo l'emanazione del decreto legislativo n. 276 del 2003 e la sua sfida a migliorare il mercato del lavoro tramite la liberalizzazione di alcuni istituti (intermediazione privata del lavoro, appalti) e la pluralità di offerta di contratti di lavoro flessibili, in gran parte a termine finale, diretto o indiretto.

La situazione legale non è dunque mutata; e permane tuttora il grave peso della pronta reintegrazione, che, qualunque sia la sentenza definitiva, impone al datore di lavoro un grave esborso (irrecuperabile) o una prosecuzione di rapporto con un soggetto assai poco collaborativo e con l'unica prospettiva, se il giudizio di secondo grado invertirà la decisione, di considerare nuovamente la possibilità di licenziare evitando ogni possibile illegittimità del suo atto.

D'altronde, pur nella rapidità della reintegrazione, resta irrisolto il problema della sua efficacia soggettiva, che vale solo per l'ambito fissato dalla legge n. 108 del 1990 sui licenziamenti individuali, all'articolo 1: ne deriva che non per tutti i lavoratori c'è una veloce soluzione.

Ben più rilevante per il diritto processuale, e per quello del lavoro in specie, è l'impatto che ha determinato il procedimento per la repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro, previsto all'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori.

Norma innovativa dello Statuto, per riconoscimento degli studiosi questa è la disposizione che dà effettività a tutta la legge; dal punto di vista processuale è «un vero e proprio uragano improvviso»; si può dire che «l'art. 28 ha comportato

pagamento della retribuzione, però, il cui obbligo permane al di là della sentenza, può costituire una coazione indiretta. Vedi, in critico avviso, A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 36 ss.

⁽²⁸⁾ È questa una soluzione spesso adottata dal lavoratore (la «facoltà» attribuitagli dalla norma è da intendersi quale diritto potestativo nei confronti del datore di lavoro), che la preferisce ad una reintegrazione che, presso il datore di lavoro che ha chiamato in causa contro il suo licenziamento, potrebbe riservargli un trattamento non gradevole dal punto di vista ambientale.

la riscoperta della importanza centrale della tutela sommaria nel sistema della tutela giurisdizionale complessivamente intesa»⁽²⁹⁾.

L'uso intenso fatto di questa disposizione di legge ne ha sicuramente dimostrato la rapidità d'effetti; ma in temi precisi, e poco rilevanti nella posizione di debolezza del lavoratore subordinato: che gode della tutela approntata dall'articolo 28 solo indirettamente, quando sia colpito un suo diritto di riflesso al comportamento datoriale rivolto primariamente contro il sindacato di appartenenza (al quale, quindi, il lavoratore poteva in ogni caso appoggiarsi per superare la sua «debolezza» contrattuale). La norma lascia, comunque, non risolti in modo altrettanto felice i diritti più rigorosamente individuali, i più esposti al potere di imposizione del datore di lavoro.

Ma la rilevanza della riscoperta di un sistema di tutela sommaria, pronta ed incisiva, nell'ambito delle garanzie del sistema giurisdizionale è intatta, nonostante i limitati diritti considerati: poiché una volta introdotto lo strumento più veloce ed adeguato a garantire l'effettività delle libertà e attività sindacali nel contesto del diritto del lavoro, esso può costituire il punto di riferimento per la tutela di altri diritti di libertà. Ne è probante esempio l'impiego sempre più esteso del procedimento *ex* articolo 700 c.p.c. per diritti ai quali non sia applicabile l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, in particolare – nella previsione della ormai lunga attesa del giudizio, dianzi ricordata, in materia di licenziamento individuale: per ottenere, con la prova del *periculum in mora*, una immediata reintegrazione nell'impresa, prima che essa possa subire, nel tempo necessario per il procedimento *ex* articolo 18 dello Statuto, modifiche nell'organizzazione tali da rendere difficile il reinserimento del lavoratore nel suo posto di lavoro.

6. Il giudizio di equità, nel nostro Paese, ha avuto un'applicazione tutt'altro che irrilevante con l'istituto dei collegi dei Probiviri: che avevano come guida, nelle loro decisioni, non norme scritte, ma bisogni sociali da tradurre in disposizioni, al fine di «creare quel diritto del lavoro che non esiste nel codice»⁽³⁰⁾.

Nel costante dissidio degli interessi di imprenditore e lavoratore, insomma, un «criterio di pura equità», quando non vi fossero prove certe né per la domanda, né per l'eccezione, significava, nella giurisprudenza dei Probiviri, trovare un punto di equilibrio fra gli interessi opposti.

La strada del diritto del lavoro moderno ha scelto, come si sa, un equilibrio diverso – il *favor* per il lavoratore subordinato – garantito da una messe di disposizioni legali, *in primis* dalla Costituzione; ed ha attribuito al giudice il compito di vagliare nelle singole controversie le ragioni e i torti secondo il dettato delle norme, del contratto collettivo, del contratto individuale.

In conseguenza, l'equità è stata ricondotta – e, pur come fonte minoritaria degli usi aziendali, fortemente diminuita – all'interno dell'ordinamento, come criterio integrativo, solo quando una norma la richiami⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Le due espressioni sono di A. PROTO PISANI, *op. cit.*, 29 e 30.

⁽³⁰⁾ F. CARNELUTTI, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in *RDComm*, 1918, I, 33.

⁽³¹⁾ Così in effetti è nel processo del lavoro, ove l'art. 432 c.p.c., con la rubrica «Valutazione equitativa delle prestazioni», sancisce «Quando sia certo il diritto ma non sia possibile determinare la somma

Strumento essenziale per una nuova lettura di valori già considerati dall'ordinamento, o per introdurne di nuovi, l'equità dovrebbe operare sul loro bilanciamento, impedendo qualsiasi giudizio arbitrario⁽³²⁾.

Naturalmente, la grande quantità di principi giuridici in esse contenuti fa della Costituzione e della giurisprudenza costituzionale il fulcro dell'esame dell'impiego di un criterio che è molto concreto, ma sfugge ad ogni generalizzazione. Sicché l'equità non può essere costretta «in un unico concetto dogmaticamente ed attualmente valido»⁽³³⁾; e dunque l'enorme rilievo, che nella materia del lavoro ha il giudizio, certo attagliato al caso concreto, ma fondato su criteri e disposizioni che debbono essere rigidamente legali a garanzia delle parti, non lascia molto spazio all'evolutive e mutevole concetto di equità.

Ciò non toglie, beninteso, che valga per l'interpretazione del contratto (sia individuale, sia collettivo), la norma dell'articolo 1371 c.c. come «regola finale», e cioè la realizzazione dell'equo contemperamento degli interessi delle parti: il che, se da un lato è stato considerato un imprevedibile esito della controversia per il potere discrezionale attribuito al giudice, dall'altro va visto per quello che è, un elemento pressoché trascurabile fra i criteri interpretativi⁽³⁴⁾.

«L'equo contemperamento», di cui all'articolo 1371, è, in materia di lavoro, non perfettamente congruente con i principi costituzionali di solidarietà e utilità sociale, di retribuzione proporzionata e sufficiente, di uguaglianza sostanziale⁽³⁵⁾; o, per meglio dire, lo è nel senso che, se ad una prima lettura paiono divergere, in realtà sono proprio i principi inseriti nella Costituzione che prevalgono, divenendo, quell'«equo contemperamento», il mezzo per accordare le norme sul contratto all'evoluzione sociale di cui quei concetti costituzionali sono portatori.

Tuttavia è indubbio che l'equità gioca un ruolo molto ridotto nell'interpretazione del contratto di lavoro, poiché la fonte eteronoma è in materia assolutamente prevalente, tesa ad attuare, al di là del soddisfacimento dell'interesse delle parti, l'interesse pubblico⁽³⁶⁾.

Non è però da ritenere che la giurisprudenza in materia di lavoro ignori l'impiego di questo strumento, in tutti i casi di poteri del datore di lavoro almeno parzialmente discrezionali; ma l'impiego delle clausole generali diminuisce la portata della mera valutazione equitativa come parametro di valutazione, nell'intervento giudiziale, su precetti elastici e indeterminati⁽³⁷⁾, sfumando la demarcazione fra i concetti; e dall'altra parte la disciplina legale e collettiva ha posto tali e tanti limiti esterni ai poteri datoriali da ridurre in buona parte la necessità di uso dello strumento equitativo⁽³⁸⁾.

dovuta, il giudice la liquida con valutazione equitativa»: che corrisponde alla lettera dell'art. 1226 c.c. sulla valutazione equitativa del danno nell'inadempimento delle obbligazioni.

⁽³²⁾ Come scrive Salvatore Romano, «il terreno proprio della valutazione equitativa è quello della misura» (S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Morano, Napoli, 1964, vol. I, 105).

⁽³³⁾ C.M. DE MARINI, *Il giudizio d'equità nel processo civile*, Cedam, Padova, 1959, 172.

⁽³⁴⁾ Cfr. M. COSTANZA, *Interpretazione del contratto*, in *RDC*, 1995, 345 ss.

⁽³⁵⁾ I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1997, 104.

⁽³⁶⁾ Vedi S. MAGRINI, voce *Lavoro (contratto individuale di)*, in *Enc dir*, 1973, vol. XXIII, 406.

⁽³⁷⁾ Cfr. P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini, 1990, 54.

⁽³⁸⁾ Vedi N. PICARDI, *L'equità integrativa nel nuovo processo del lavoro*, in *RDP*, 1976, 469; U. ROMAGNOLI, *L'equità nei conflitti di lavoro*, in *PD*, 1974, 51; e C. ZOLI, *Liquidazione equitativa del diritto del lavoratore*, in *GC*, 1983, I, 1274.

Per tornare al processo, e dunque all'impiego dell'equità nei giudizi in materia di lavoro, occorre rilevare che, più spesso che a questo concetto residuale di interpretazione, il giudice fa ricorso ad un consolidato orientamento giurisprudenziale; o all'accettazione della normativa collettiva ⁽³⁹⁾; oggi anche a valutazioni di mercato.

Si cerca insomma di ancorare a regole più generali ed astratte una valutazione, che l'equità porterebbe al peculiare contratto cui si riferisce.

7. Terreno disuniforme in Europa, il processo attrae l'attenzione del Consiglio d'Europa: che, pur nella generalità del suo assunto, e nella semplice analisi dei questionari raccolti, cerca di fornire qualche indicazione sul cammino da percorrere per migliorare l'efficienza della giustizia.

La Commissione Europea a ciò costituita nel 2002, *The European Commission for the Efficiency of Justice*, dà, con il rapporto del 2006 ⁽⁴⁰⁾, la disamina di due punti di interesse per il processo del lavoro: il paragrafo 7 (*Fair trial within a reasonable time*) e il paragrafo 13 (ADR, ovvero *alternative dispute resolution*). Dal paragrafo 7, se pur nella genericità dei casi esaminati, si rileva che l'Italia detiene il non onorevole primato della durata per il processo di 1° e 2° grado in materia di licenziamenti (grafico 21): circa 800 giorni, mentre in Olanda sono addirittura solo 20-25; in Spagna 200-220; e persino in Francia, che pure ha uno svolgimento processuale simile a quello italiano, la durata massima tocca i 540 giorni, neppure i due terzi della nostra.

Tanto più dunque ci riguarda una possibile implementazione dell'efficienza nei giudizi tramite ADR (paragrafo 13), ovvero arbitrato, conciliazione e mediazione. Il Rapporto, tuttavia, non è in grado di fornire dati, che possano offrire qualche esempio e una via di maggiore e pronta efficacia di questi strumenti; si limita infatti a rilevare la difficoltà di elaborazione di dati assolutamente non coerenti, visto il numero e i tipi di procedimenti impiegati nei vari Paesi. E qui non si parla della materia del lavoro.

Molto più fervono le discussioni in Italia, dove all'insostenibilità della durata del processo vengono dedicate da tempo attività, considerazioni e proposte: attualmente le discussioni riguardano i due disegni di legge di riforma del processo del lavoro proposti dai senatori Salvi e Treu ed altri (XV legislatura, n. 1047) e dal senatore Sacconi ed altri (XV legislatura, n. 1163) ⁽⁴¹⁾.

In entrambi, pur in maniera diversa, si attua l'impiego di quel «bilanciamento mobile» ⁽⁴²⁾ fra la durata ragionevole del processo e altri valori, tutti costituzionalmente garantiti, che possa rendere ridotti il più possibile i costi e i danni –

⁽³⁹⁾ Se ne veda un esempio recente nella disciplina del lavoro a tempo parziale, nella l. n. 61/2000, quando non sia previsto l'orario ridotto nel contratto individuale: spetterà al giudice determinarlo, facendo riferimento al contratto collettivo e, in mancanza, con giudizio equitativo, tenendo conto delle esigenze delle parti.

⁽⁴⁰⁾ THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (a cura di), *European Judicial System, Council of Europe*, 2006, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*.

⁽⁴¹⁾ I disegni di legge richiamati nel testo sono entrambi pubblicati in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*; vedi la *Presentazione del tema* in apertura della presente *Sezione*.

⁽⁴²⁾ G. VIDIRI, *Il principio di non contestazione e la ragionevole durata del processo*, in *RIDL*, 2006, 60.

non solo economici – derivanti da una tardiva risposta giudiziale, d'altronde sanzionata anche in ambito europeo ⁽⁴³⁾.

Riconosciuti al processo del lavoro i pregi che esso indubbiamente ha, e che gli sono stati attribuiti nella legge n. 533 del 1973 (i principi di immediatezza e concentrazione, fondati sull'oralità), le difficoltà di cambiamento per il giurista derivano principalmente da dati palesi: dallo stretto rapporto norma inderogabile-giudice; dalla effettiva efficienza, ed anche celerità, di regole procedurali (l'impiego dell'articolo 700 c.p.c.; la provvisoria esecuzione nell'articolo 18 e l'articolo 28 dello Statuto, seppure di tutela solo indiretta per il lavoratore); dalla possibilità, di conseguenza, di usare in aggiunta solo rimedi esterni: che sono al momento identificati in certificazione, conciliazione e arbitrato.

I due disegni di legge tengono presente questa situazione e avvertono la necessità dell'impiego di un metodo di revisione: che il disegno di legge Salvi-Treu individua in una manutenzione dell'esistente e in norme di carattere processuale, sulla patologia del rapporto; mentre nel progetto Sacconi è la fisiologia del contratto la chiave innovativa, con l'accertamento delle volontà nella certificazione. L'ampliamento di ruolo e l'insistenza sull'istituto della certificazione non sono qui intesi come mezzo alternativo di soluzione delle controversie, ma agiscono nello stesso senso, accertando le volontà e la realtà del contratto, così contribuendo ad una parziale deflazione del contenzioso. Nei Paesi europei ci sono esempi dell'uno e dell'altro percorso: dunque le strade sono tutte percorribili; ma si tratta di porle di fronte alla capacità ricettiva del sistema nazionale.

Esperimenti, come è noto, sono già stati fatti: il tentativo di conciliazione obbligatorio, la stessa certificazione. Il primo non è riuscito, al di là dei casi che probabilmente comunque sarebbero stati conciliati; la seconda, dopo un'ondata di rigetto immediata, probabilmente a difesa dell'esistente, stenta ad affermarsi; causa ne è un fattore agiuridico, la difficoltà di accettazione sociale, in Italia, di vie diverse dal processo davanti al giudice, o il superamento di esso, per la necessità di una pronta soluzione.

La mancanza di conoscenza diretta di sistemi diversi – i collegi dei Provirvi durati troppo poco, e troppo lontani nel tempo – ci impediscono di procedere su nuove strade, o su vecchie rivisitate, su cui urgentemente dovremmo incamminarci.

Permane la diffidenza aprioristica per regole diverse, sia giudiziarie, sia extragiudiziarie: che resiste da più di mezzo secolo alle sollecitazioni (ed anche alle condanne) di organismi internazionali (come quelle della Corte Europea per i diritti dell'uomo di Strasburgo); ed anche all'esempio di Paesi vicini.

Si pensi alla istituzione dei *Conseils de Prud'hommes*, in Francia, organismi paritari di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro distribuiti su tutto il territorio, che affiancano un'azione di conciliazione (*Chambre de conciliation*), ad un processo vero e proprio (*Chambre de décision*), in caso di fallimento della conciliazione, fornendo il giudizio di primo grado alle controversie individuali di lavoro. Ma il riconoscimento di questo singolare istituto (che giunge a sentenza,

⁽⁴³⁾ La Cassazione, come è noto, ha riconosciuto la diretta vincolatività per il giudice interno delle decisioni della Corte Europea dei diritti dell'uomo, con un *revirement* rispetto a precedenti posizioni (vedi Cass., sez. un., 26 gennaio 2004 n. 1339).

nonostante la pariteticità, nel 90 per cento dei casi e solo nel 10 per cento circa con l'aiuto di un *juge départiteur* togato) è dovuto alla lunga storia di esso, che ha origine da una richiesta delle aziende tessili lionesi e da una legge concessa da Napoleone fin dall'inizio dell'Ottocento.

Una storia che manca, alle nostre spalle, e che comporta un periodo di adattamento e ripensamento: perché è indubbio che non sono di per sé la conciliazione o la transazione, come mezzi risolutivi delle controversie di lavoro, ad esserci estranei e di difficile accettazione (la incertezza della situazione giuridica è comunque negativa sia per le parti, sia per l'intera società), se si pone mente che anche da noi non tutte le cause di lavoro vengono risolte con sentenza, poiché sono molte le conciliazioni che avvengono davanti al giudice.

È dunque la figura del giudice che è per noi la sola garanzia di obiettività e terzietà: questa visione schematica – dovuta anche alla rigida contrapposizione, nell'ottica sindacale, fra datori di lavoro e lavoratori – è certo destinata a ridimensionarsi, man mano che crescerà nelle parti sociali la considerazione della composizione dei loro interessi fuori dalla lite: ne sarà sicuramente incentivo la necessaria gratuità, così come nell'azione giudiziale⁽⁴⁴⁾; e l'effettività della tutela dei diritti nel rapporto di lavoro creerà anche per noi – una volta superata l'*impasse* dell'accettazione di altri mezzi di soluzione delle controversie – un riferimento storico, che ci potrà allontanare dalla ideologia del conflitto ad ogni costo, per fornire alle parti la realizzazione auspicabile dell'insieme dei concetti – assai divergenti ancor oggi – di (relativa) certezza del diritto e insieme della celerità di soluzione delle controversie di lavoro.

Il processo del lavoro e il «giusto processo» – Riassunto. *L'A. si propone di verificare la questione relativa a criticità e prospettive del modello attuale di processo del lavoro alla luce del principio di giusto processo, recepito nell'art. 111, comma 1, Cost., di cui proprio il processo del lavoro costituisce un precedente anticipatore che pure sconta, nella situazione attuale, il problema dei lunghi tempi di soluzione delle controversie. Il legislatore, rispetto a tale problematica, ha individuato soluzioni tampone e non strutturali successivamente passate in rassegna, con particolare riferimento alla promozione di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e con una specifica attenzione al recente istituto della certificazione, senza mancare di rilevare, tuttavia, come la situazione di conteso rispetto a cui tali strumenti sono stati chiamati ad operare si sia parallelamente aggravata in conseguenza di dirompenti atti normativi quali la devoluzione al giudice del lavoro delle controversie in materia di pubblico impiego. L'A. procede quindi all'esame critico sopra delineato alla luce delle articolazioni del principio di «giusto processo» la cui nozione viene arricchita dal riferimento svolto alle fonti sovranazionali e, in particolare, alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Alcuni istituti, anche di diritto sostanziale, come la reintegrazione in caso di licenziamento, e soprattutto processuale, con particolare rilievo accordato all'art. 28 Stat. lav., di repressione della condotta antisindacale, sono specificatamente trattati così come è riservata puntuale considerazione per il ruolo rivestito, nel processo del lavoro, dal giudizio di equità a partire dall'esperienza del giudizio probivirale. A fronte dell'analisi svolta, l'A. formula alcune considerazioni conclusive da una prospettiva de iure condendo che considera contestualmente le sollecitazioni di parte europea, e*

⁽⁴⁴⁾ A. VALLEBONA, *La durata del processo del lavoro: non si può avere la botte piena e la moglie ubriaca*, nota a Cass., sez. un., 4 ottobre 2005 n. 19347 e a Cass. 28 settembre 2005 n. 18923, in *MGL*, 2006, 186. L'alto costo di un arbitrato, come prima ho ricordato, confligge tuttavia con l'affermazione e l'espansione nel campo del lavoro di questo istituto.

segnatamente del Consiglio d'Europa, e il dibattito nazionale rispetto al quale sono esaminate le proposte contenute nei disegni di legge Salvi-Treu e Sacconi.

Employment cases and the right to a «fair trial» (Article in Italian) – Summary. *In this paper the author examines the critical aspects and prospects for the model of employment cases currently in use, in the light of the «fair trial» principle laid down in Article 111(1) of the Constitution. Employment cases are particularly significant in this respect, also in terms of the excessive amount of time required for the courts to hand down a ruling. In this connection the legislator has adopted stop-gap measures of a non-structural kind that are examined in this paper, with particular reference to the promotion of alternative dispute resolution, and to the recent introduction of certification. It is argued that the overall situation in which these measures have been adopted has been radically altered by major changes such as the assignment to the labour courts of cases relating to the public administration. The author then proceeds with the critical examination outlined above in light of the «fair trial» principle, with reference also to the supranational sources, in particular, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The paper also provides an examination of certain particular practices, also of a substantial nature such as reinstatement further to dismissal, and above all of a procedural nature, with specific reference to Article 28 of the Statuto dei lavoratori, the repression of anti-trade union conduct. In addition the paper considers the role in employment cases of equity rulings, starting from the experience of the Conseils de Prud'hommes in France. Finally, the author draws a number of conclusions in a de iure condendo perspective and considers the appeals at a European level, particularly by the Council of Europe, the national debate on these issues, and the Salvi-Treu and Sacconi proposals for reform.*

Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino.

Paola Malanetto

Sommario: **1.** Impostazione del problema e profili metodologici: crisi della giustizia del lavoro, crisi del processo del lavoro, apporto dell'analisi empirica. – **2.** Profili generali: carenza delle piante organiche e deficit di strutture. – **3.** Analisi critica delle proposte di riforma alla luce della esperienza del Tribunale di Torino: il contenzioso previdenziale. – **4.** *Segue:* il contenzioso lavoristico: la c.d. «corsia preferenziale». – **4.1.** Il tentativo obbligatorio di conciliazione e gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. – **4.2.** Termini di decadenza per alcune azioni e forma delle dimissioni. – **5.** Riflessioni conclusive.

1. Il processo del lavoro è finalizzato a dirimere controversie che accedono ad un settore della vita sociale di particolare delicatezza e dinamicità: il mercato del lavoro è una realtà con sempre maggiore rapidità evolutiva, che rende necessario apprestare strumenti giuridici (e tra questi prima di tutto il processo), in grado di stare al passo con le sue mutevoli esigenze.

Ritengo che non sia corretto coinvolgere in un generalizzato giudizio di fallimento la prova che la legge n. 533/1973 ha dato di sé; se infatti è sotto gli occhi di tutti che la giustizia del lavoro è in sofferenza credo che, prima di impostare una riforma, soprattutto di carattere ordinamentale, occorrerebbe effettuare una analisi precisa, talvolta anche impietosa, o coraggiosa che dir si voglia, delle cause del fallimento; occorre una puntuale raccolta di dati e una loro analisi critica, che faccia emergere le reali problematiche; è poi evidente che, se vi sono grosse differenze nell'andamento della giustizia del lavoro tra le diverse parti d'Italia, l'unico soggetto che non ne può essere incolpato è il codice, che è l'unico elemento che certamente ci accomuna tutti. La crisi della giustizia del lavoro è cosa diversa dalla crisi del processo del lavoro, ed accomunare le due questioni è operazione semplificatoria e superficiale a rischio di avallare soluzioni che inducono non voluti peggioramenti della situazione.

Altra questione è se le norme processuali non siano state superate, in alcuni casi, da prassi sostanzialmente difformi (si pensi all'effettività o meno del tentativo di conciliazione, dell'interrogatorio libero, della trattazione orale e della concentrazione istruttoria, alla presenza delle parti in prima udienza, o alla sostituzione

* Paola Malanetto è Giudice del Tribunale di Torino, sezione lavoro. L'A. desidera esprimere il proprio ringraziamento ai Colleghi di sezione e alla Cancelleria dell'ufficio per la straordinaria disponibilità e l'aiuto nella raccolta dei dati.

dell'oralità con scambi di memorie scritte, non previste dal rito del lavoro); è evidente però che, in tal caso, il problema non è certo il codice, ma è capire le ragioni del suo superamento da parte di prassi difformi (magari per il sovraccarico dell'ufficio o la non specializzazione del giudice che cumula in sé competenze disparate ed una mole di lavoro insostenibile, ovvero la stessa non specializzazione del difensore che rende talvolta più faticosa la gestione del processo), posto che qualunque riforma rischia di finire travolta da analoghe prassi disapplicative, se i problemi strutturali non vengono nel frattempo individuati e risolti.

Manco della legittimazione, dato il mio parziale punto di vista, per effettuare un'analisi di carattere generale; credo invece di potermi porre come «testimone» di quello che accade nel mio ufficio di appartenenza (la sezione lavoro del Tribunale di Torino), che ritengo possa dirsi un campione significativo della giustizia del lavoro italiana, almeno dal punto di vista statistico; cercherò di suffragare la mia esposizione con dei dati che, pure in una singola realtà, consentono di evidenziare alcune criticità e per contro (e con ciò salto subito alla principale delle conclusioni), credo che smentiscano l'utilità di una riforma che introduca nel nostro ordinamento l'ennesimo rito speciale tra tanti, e realizzi una sorta di istituzionalizzazione dell'urgenza nel processo del lavoro.

Credo sia fondamentale distinguere la rapidità (che è un valore, e uno degli indici certi di bontà dell'attività giudiziaria) e la fretta, che rischia di andare a solo danno della qualità, aumentando il contenzioso e le riforme nei successivi gradi di giudizio, con connessa incertezza di risultato.

Preciso che i dati sono stati raccolti con la preziosa collaborazione dei colleghi e della cancelleria della sezione; non sono un'esperta di statistica e la raccolta è avvenuta in poco meno di un mese, per cui mi siano concessi margini di errore; l'analisi si basa sostanzialmente sul nostro Sistema informatico di registrazione delle cause di lavoro (d'ora innanzi SIL) e l'esito è attendibile nel suo complesso. Rispetto alla complessiva domanda di giustizia civile pervenuta al Tribunale di Torino nel 2005 la sezione lavoro (sezione V) ha assorbito, secondo i dati della presidenza del Tribunale, il 34 per cento del contenzioso sopravvenuto (nel primo semestre del 2006 il 33 per cento, sostanzialmente allineato con quello del 2005, cfr. tabelle 1 e 2), con ciò attestandosi su livelli percentuali persino superiori a quelli medi nazionali (pari al 28,9 per cento, come ricavo dalla relazione Istat sul contenzioso lavoristico-previdenziale italiano del 16 maggio 2006 relativa agli anni 2000-2004), non dovendosi dimenticare che la composizione di questo 33-34 per cento è tutta spostata verso il contenzioso lavoristico, come si evidenzia di seguito.

Tabella 1 – Flusso cause civili anno 2005.

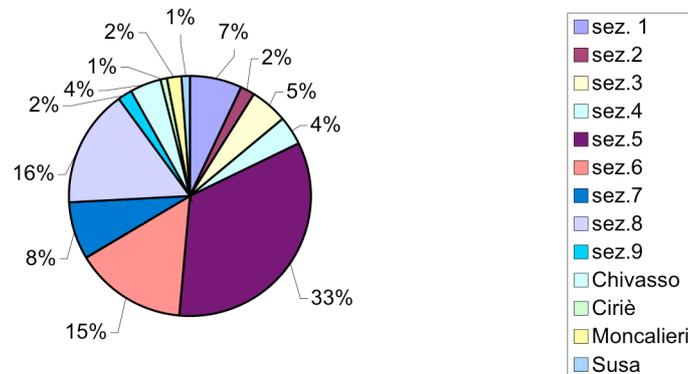
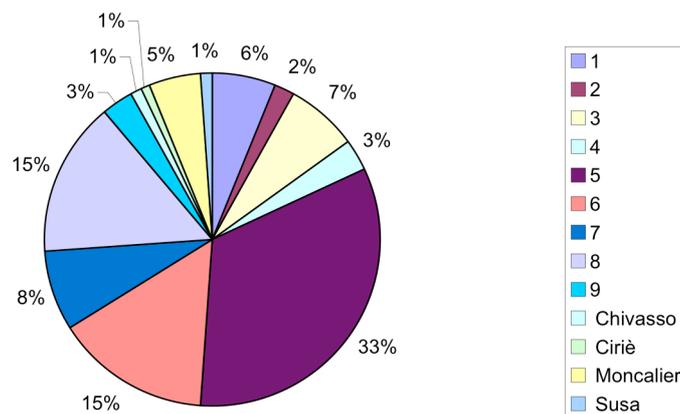


Tabella 2 – Flusso cause civili primo semestre 2006.



2. A fronte di simili dati in ingresso (pari a circa 12.000 cause l'anno) siamo l'irrisorio numero in pianta organica di 13 giudici, più un presidente; non si ricorda un pieno di organico dal 2000; al dicembre 2006 sono in effettivo servizio 12 giudici, compreso il presidente (un posto vacante da anni, una collega in maternità), e nel 2005, siamo arrivati ad essere effettivamente in servizio in 10 compreso il presidente, andando ben al di là di quello che può essere considerato un carico di lavoro sostenibile, anche per garantire la qualità del risultato; abbiamo inutilmente chiesto applicazioni e aumenti di organico e comunque attenzione per una situazione in sofferenza ma non abbiamo avuto alcuna risposta.

Nessuna riforma può supplire la carenza o la cattiva allocazione di risorse e nessuna riforma può dare risultati, se non illusori, a costo zero; è evidente come l'adeguamento delle piante organiche (anche con una redistribuzione territoriale proporzionata al carico di lavoro effettivo o quantomeno con la garanzia della effettiva copertura dell'organico esistente ad esempio attraverso i magistrati

distrettuali, in numero irrisorio rispetto al necessario) è il primo imprescindibile passo per qualsiasi miglioramento strutturale; lo stesso dicasi per gli organici di cancelleria, gli strumenti informatici e la relativa assistenza, la cura delle banche dati del CED, che è strumento preziosissimo di lavoro del giudice (recentemente è stata bloccata la banca dati di merito del CED della Cassazione per mancanza di personale in grado di garantirne l'aggiornamento); in mancanza di risorse il cambio delle regole ingenera solo la confusione che inevitabilmente si accompagna a ogni novità, senza alcun risultato pratico.

Credo di poter dimostrare l'assunto alla luce dei dati del mio ufficio.

Secondo il Ministero della giustizia nel 2005 sono state iscritte in Italia 160.887 nuove cause di lavoro e 282.802 nuove cause previdenziali ⁽¹⁾; nel distretto di Corte d'Appello di Piemonte e Valle d'Aosta il contenzioso previdenziale è tra i più bassi d'Italia (solo l'1,1 per cento delle controversie esaurite nel distretto nel 2004 ha avuto ad oggetto la corresponsione di prestazioni previdenziali) ⁽²⁾.

3. Il Tribunale di Torino non è dunque l'interlocutore adatto per valutazioni sul contenzioso previdenziale, che non caratterizza l'ufficio; rilevo tuttavia come, evidentemente, l'anomalia del contenzioso previdenziale non ha alcun nesso con la regolamentazione del processo del lavoro, ma parte dal vistoso e abnorme dato della domanda e della sua disomogenea distribuzione territoriale, di cui occorre identificare la causa; sarebbe importante capire, nell'enorme contenzioso, qual è la percentuale di soccombenza degli istituti previdenziali e, qualora fosse elevata, comprendere perché la prestazioni non vengano erogate con la stessa efficienza su tutto il territorio e perché in certe aree è pressoché obbligatorio il giudizio per ottenere una prestazione pacificamente dovuta. È tuttavia evidente che, se l'inefficienza si colloca a livello di gestione amministrativa delle prestazioni, l'ingolfamento processuale ne è l'effetto e non la causa, ed è ben poco razionale ignorare la causa per riformare «l'effetto».

Rispetto al disegno di legge n. 1163 (iniziativa senatori Sacconi, Quagliariello, Centaro, Morra, Gentile, Piccone, Novi) ⁽³⁾ resto perplessa di fronte all'articolo 2. Posto che l'unico terzo legittimato a contestare la qualificazione di un rapporto lavorativo certificato sono gli enti previdenziali, rilevo come, quando si discute di omissioni contributive legate ad erronea qualificazione del rapporto, l'ente previdenziale, qualora intenda contestare un contratto certificato, sarà un soggetto processualmente debole nel senso che, se le parti intendono eludere la dovuta contribuzione pur gestendo il rapporto in difformità dalla certificazione, l'ente previdenziale estraneo al rapporto troverà difficilissimo provarne la reale natura; già nelle attuali cause di opposizione a cartella, in rapporti non certificati, non è infrequente che il lavoratore tenti, quando la cartella deriva da ispezione e non da sua denuncia, di supportare la posizione del datore di lavoro piuttosto che

⁽¹⁾ Fonte Ministero di grazia e giustizia, dati pubblicati su *Il Sole 24 Ore*, 22 novembre 2006.

⁽²⁾ Cfr. ISTAT (a cura di), *Le cause di lavoro, previdenza e assistenza in Italia – anni 2000-2004*, Roma, 16 maggio 2006, in www.csm.unimore.it, alla pagina del *Bollettino Adapt*, 2007, n. 27; per un commento generale ai dati qui pubblicati vedi A. BELSITO, *Controversie di lavoro e previdenziali: impressioni sui dati Istat concernenti la litigiosità nel territorio nazionale*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 1213 ss.

⁽³⁾ Pubblicato in www.csm.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*, ove anche il ddl n. 1047 (Salvi-Treu) su cui *infra* nel testo; vedi la *Presentazione del tema* in apertura della presente *Sezione*.

preoccuparsi di guadagnarsi una posizione contributiva conforme a diritto; mi pare dunque distorsivo prevedere addirittura una condanna per lite temeraria a carico dell'ente pubblico (e fermo restando che l'ente pubblico soccombente sopporta comunque le spese di lite); se poi la norma è finalizzata a sanzionare (come mi sembra si ricavi dalla facoltà di rivalsa sul funzionario responsabile della vertenza persa prevista dal comma 2) l'eventuale ispezione mal condotta, il meccanismo sanzionatorio dovrebbe essere posto a monte del giudizio, o a valle dal cattivo risultato processuale, dovendosene l'amministrazione assumere la responsabilità attraverso verifiche interne sulla bontà dell'operato dei propri funzionari (magari abbinata ad una facoltà di transazione in giudizio, quando la stessa difesa dell'istituto prenda atto della non tenuta delle proprie posizioni, evitando quantomeno in parte i costi di lite; oggi si assiste a situazioni anche eclatanti ove l'avvocatura dell'Inps non può transigere neppure di fronte all'evidenza).

Positiva mi pare l'idea di responsabilizzare l'amministrazione, in materia di invalidità, riportando l'accertamento medico legale al suo interno nei casi in contestazione e con finalità anche conciliativa (articolo 9 del disegno Sacconi, articolo 12 del disegno Salvi-Treu)⁽⁴⁾ e anche costringere l'amministrazione, in caso di controversie seriali, ad affrontare la questione in sede amministrativa dettando direttive (articolo 12 del disegno Treu); tuttavia non di rado si assiste a direttive amministrative che deliberatamente confliggono con gli orientamenti giurisprudenziali in corso di formazione. Sul punto l'articolo è generico. L'*incipit* di entrambi gli articoli, riferendosi «all'amministrazione competente», rischia di incagliarsi subito per quelle prestazioni per cui ancora non è chiaro chi sia l'amministrazione competente e puntualmente tutti i convenuti in giudizio eccepiscono il proprio difetto di legittimazione passiva; indubbia la necessità di unificare le competenze, non avendo alcun senso che l'ente pagatore sia diverso da quello competente ad accertare il requisito sanitario. Pare tuttavia che un chiarimento sul punto dovrebbe provenire da fonte di rango legislativo, posto che allo stato sono leggi quelle che articolano, o meglio disarticolano, il panorama della legittimazione passiva nella materia delle invalidità, rischiandosi altrimenti di sommare alla complicazione normativa anche l'ingarbugliarsi delle fonti.

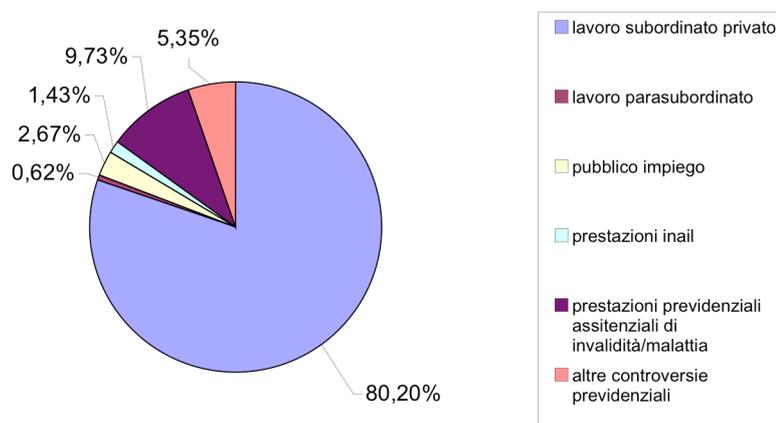
Sono poi frequenti i casi in cui risulta che il requisito sanitario mancava al momento della visita nella fase amministrativa ed è sopravvenuto al momento del deposito del ricorso; non risulta tuttavia che l'amministrazione proceda a nuove verifiche *in limine litis*, verifiche che forse potrebbero rendere superflua la causa con il riconoscimento in sede amministrativa; l'accertamento sanitario con finalità conciliative previsto da entrambi i disegni di legge pare andare in questa direzione e collocarsi interamente nella fase contenziosa amministrativa; mi chiedo allora perché inserirne la disciplina nel codice di procedura civile, pur restando certamente un utile meccanismo deflattivo del contenzioso.

Da anni infine si invoca un testo unico della materia previdenziale per districarsi nel vero e proprio ginepraio normativo (ad esempio in materia di decadenze), che molto più di una riforma processuale potrebbe snellire il contenzioso.

⁽⁴⁾ Cfr. nota che precede.

4. Passando al contenzioso lavoristico del Tribunale di Torino nel 2005 sono state complessivamente iscritte 11.139 cause di lavoro e previdenza (dato che non considera le urgenze e neppure le cause pervenute da altre sezioni), di cui solo 1.680 avevano ad oggetto prestazioni previdenziali/assistenziali (sommando le 1.084 relative al contenzioso tipicamente assistenziale e da invalidità con le «altre», tra le quali rientrano in buona parte opposizioni a cartella, che di fatto sono cause di lavoro) il che significa che, sottraendo dal totale anche le 159 cause intentate contro l'Inail (incidenti sul lavoro o malattie professionali), vi sono state circa 9.300 cause di lavoro; questo Tribunale assorbe da solo circa il 5,78 per cento del contenzioso lavoristico nuovo annuale italiano; mi pare dunque che sia un campione statisticamente significativo su questo fronte ben più che su quello previdenziale/assistenziale (cfr. tabella 3).

Tabella 3 – Distribuzione del contenzioso anno 2005 per tipologia.



Preso atto che il disegno n. 1047 (iniziativa Salvi, Treu, Roilo, Adragna, Bobba, Di Siena, Livi Bacci, Mercatali, Mongiello, Casson, D'Ambrosio, Magistrelli, Manzione, Rubinato) dedica particolare attenzione ad alcune tipologie di cause (tra cui licenziamenti e trasferimenti), evidenzio che nel nostro ufficio già esiste una direttiva tipo quella che si vorrebbe introdurre con l'articolo 8, comma 2, e che è certamente condivisibile, cioè di privilegiare nei tempi di fissazione le cause di licenziamento (distinguendo però, come mi sembrerebbe logico, tra licenziamenti a tutela reale e obbligatoria), trasferimento e impugnativa dei contratti a termine; né vedo quali altre misure organizzative (indicate dall'articolo 8, comma 2) potrebbero essere dettate sul punto; non riesco invece a comprendere la *ratio* comune di queste vertenze con le altre indicate all'articolo 1 del disegno: mi sembrano ben diversi i casi di trasferimento del lavoratore dal trasferimento del ramo d'azienda, ancor più quelli di mutamento delle mansioni o comunque di demansionamento, per non parlare delle controversie in materia di recesso nell'agenzia e nei contratti a progetto.

Ho provato ad estrapolare dati analitici rispetto ad una delle tipologie di cause in questione, di cui condivido l'esigenza di trattazione rapida, cioè i licenziamenti,

considerando solo quelli per giusta causa iscritti a ruolo nel 2005 e nel 2006 (in tutto 163 casi, escluso qualcuno non significativo, essendo stato conciliato ancor prima della prima udienza). Il dato relativo al tempo che intercorre tra il deposito del ricorso e la data della prima udienza è certamente legato al solo andamento dell'ufficio ed alla mole del contenzioso in ingresso, nel senso che non subisce particolare influenza da fattori attinenti il successivo andamento della causa. Ho rilevato, per le cause depositate nel 2005, che, mediamente, tra la data di iscrizione a ruolo e la data di fissazione della prima udienza, trascorrevano 95,7 giorni; nel 2006, essendo entrati in servizio effettivo due giudici in più, ne trascorrono 77,3. Mi pare evidentissimo il miglioramento dovuto solo ad una migliore strutturazione organica. Non si deve poi dimenticare che la media è fatta su tutte le cause di licenziamento per giusta causa senza distinguere tra le ipotesi di tutela reale (che privilegiamo nella fissazione) e le ipotesi di tutela obbligatoria (che, come detto, non consideriamo urgenti) e quindi, nell'ambito di questi tempi, le cause del primo tipo hanno tempi che si avvicinano ai minimi di legge. Ovviamente simili tempistiche vigono per le cause che si considerano necessitare di trattazione rapida; restano fuori cause non meno importanti (si pensi agli incidenti sul lavoro, o a cause risarcitorie che però concernono valori di danno significativo, o ancora a vertenze che vedono coinvolti potenziali debitori, che nelle more hanno il tempo di rendersi definitivamente insolventi).

Resta il dato inconfutabile che l'organico ha una ricaduta immediata sulla bontà del servizio; per contro temo che negli uffici sovraccarichi non si otterrebbero tempistiche inferiori a quelle sopra indicate, neppure con procedure tutte d'urgenza, mentre in una realtà più fortunata come la nostra, l'istituzionalizzazione di una nuova procedura urgente per una notevole mole di vertenze (con una ingiustificata parificazione tra licenziamenti in regime di tutela reale e obbligatoria, per non parlare addirittura di agenzia e contratto a progetto ove, o si contesta la natura del rapporto, e allora la domanda è di licenziamento, o la domanda di fatto è risarcitoria, e spesso di importo neppure particolarmente elevato), avrebbe riflessi seriamente penalizzanti sulla qualità del risultato; né si può dimenticare che la continua moltiplicazione dei riti (nel vigente processo civile ne sono stati contati più di venti) ingenera problematiche che non solo non snelliscono ma aggravano il processo con questioni preliminari di rito, oltre a tracciare un solco tra pochi privilegiati *ex lege* ed altri decisamente penalizzati (che nel caso di specie sarebbero i soggetti che rivendicano le proprie retribuzioni, che godono oltretutto di copertura costituzionale; paradossalmente un soggetto licenziato dopo un brevissimo rapporto lavorativo in regime di tutela obbligatoria, che di fatto avanza una pretesa risarcitoria di qualche mese di retribuzione, finirebbe ad esempio privilegiato rispetto ad un soggetto in arretrato con il pagamento del TFR, magari accompagnato dall'omessa consegna delle buste paga e quindi impossibilitato ad azionare la procedura monitoria, di valore complessivo magari 10 volte superiore).

Mi sembra che non si possa dimenticare la recentissima esperienza del rito societario, pubblicizzato come una punta di eccellenza e modernità della giustizia civile, ed imperniato su una sorta di istituzionalizzazione del provvedimento d'urgenza destinato alla stabilità, che, a due anni dalla sua entrata in vigore, pare scontentare tutti gli operatori del diritto, avendo indotto paradossalmente un

pesantissimo allungamento della durata dei processi, tanto che già se ne invoca la riforma.

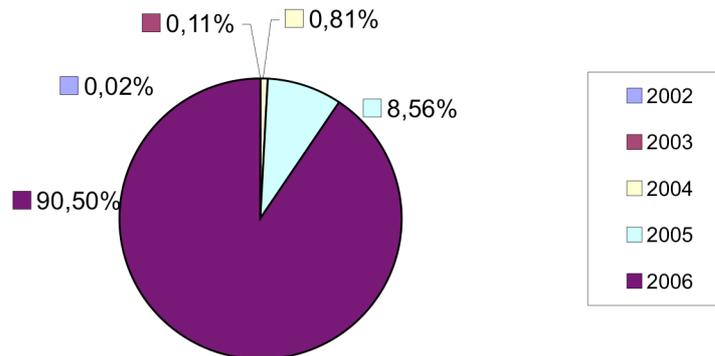
Non può inoltre ignorarsi che, nel nostro ordinamento, esiste un procedimento cautelare uniforme, applicabile anche al processo del lavoro, il cui provvedimento finale quando di carattere anticipatorio, se soddisfa in qualche modo entrambe le parti, è suscettibile di diventare definitivo; è allora chiaro che questa procedura, ove sussista un effettivo specifico pericolo nell'immediato, garantisce una corsia giustamente privilegiata alla vertenza; se però l'accertamento d'urgenza viene generalizzato a tutte le cause che vedo contemplate nel disegno Salvi-Treu, credo che, posto il numero delle stesse, ed essendo evidente che oltre un certo numero di vertenze non può essere smaltito contemporaneamente, i tempi di fissazione finirebbero per arrivare tutti a coincidere con quelli che ho ricavato prima dall'analisi dell'applicazione di un regime ordinario, se non addirittura per peggiorare. Lo stato di permanente urgenza scardina l'organizzazione del lavoro tanto del giudice che delle difese; il giudice, esposto ad una notevole mole di contenzioso imprevedibile, non potrà che lasciare «vuoti di agenda» che rischiano o di restare tali in momenti casuali di basso contenzioso, o di essere congestionati in altri momenti, penalizzando l'ottimizzazione del suo tempo di lavoro, con certo allungamento dei tempi complessivi delle cause. Il convenuto chiamato a difendersi d'urgenza rischia una difesa frettolosa e quindi meno accurata, che può pesare sulla possibilità di fornire elementi utili per un accertamento il più possibile corrispondente alla realtà; non si può neppure ignorare che non tutte le cause sono fondate ed è fondamentale garantire una effettiva parità tra le parti (sempre dalla Relazione Istat del maggio 2006 ricavo che, nel 2004, si sono conclusi con sentenza di accoglimento il 57,1 per cento dei procedimenti di primo grado e il 50,2 per cento di quelli d'appello, conseguentemente i restanti sono risultati infondati); lo stesso ricorrente rischia di vedere la sua posizione valutata con maggiore superficialità, e quindi erroneamente, posto che in cause come quelle di licenziamento e trasferimento l'onere della prova grava per lo più sul datore di lavoro, paradossalmente, potrebbe verificarsi che i convenuti che non sarebbero in condizione di fornire una prova piena in un giudizio a cognizione ordinaria riescano a costruire quantomeno una parvenza di *fumus boni iuris*, a tutto danno del ricorrente. Appare poi inevitabile un ulteriore aggravamento della situazione in secondo grado: sembra, infatti, controproducente immaginare un sistema in cui l'accertamento in primo grado è sommario e si demanda, per il suo approfondimento, alla Corte d'Appello, con il risultato che l'istruttoria verrà condotta da un collegio (e quindi impegnerà tre giudici e non uno) e a maggior distanza dai fatti; oltre tutto, leggendo l'articolato del disegno Salvi-Treu, ricavo che, dopo una procedura urgente in primo grado, l'appello segue un regime ordinario (nelle forme del ricorso ordinario di primo grado), per cui una valutazione non sommaria arriverà in secondo grado dopo un tempo certamente ben più ampio di quello attuale; mi chiedo allora se lo scopo sia ottenere un risultato pur che sia o ottenere un risultato valido; né migliora la situazione se si costringe in primo grado ad una quasi istituzionalizzata doppia trattazione di buona parte delle vertenze (prima sommaria, magari con reclamo, e poi di merito), con il fisiologico rischio che la doppia trattazione si traduca anche in un

doppio risultato, e quindi in maggiore incertezza dello stesso, ingeneri problematiche processuali.

Mi sembra che complessivamente il disegno Salvi-Treu prenda ampia ispirazione dai lavori della Commissione Foglia ma con un allargamento del catalogo delle urgenze; inoltre nei lavori di quella Commissione si prendeva in considerazione anche la problematica degli organici, pensando a misure per scorporare ed azzerare i ruoli con molto arretrato e per garantire l'effettiva copertura d'organico negli uffici del lavoro, misure che il nuovo disegno di legge ignora del tutto.

Evidenzio come, a prescindere dalla tipologia di cause, i tempi medi complessivi di durata dei processi del lavoro innanzi al Tribunale di Torino ⁽⁵⁾ siano stati i seguenti: anno 2003, 189 giorni; anno 2004, 162 giorni; anno 2005, 174 giorni; all'11 dicembre 2006 avevamo pendenti (intendendo per tali le cause in cui non è ancora stato pronunciato il dispositivo) una causa del 2002, 5 cause del 2003, 36 cause del 2004, 382 del 2005 e per il resto (cioè il 90 per cento) lavoriamo sull'anno corrente (cfr. tabella 4). Mi sembra che nuovamente questi dati dimostrino che occorre puntare ad una gestione rapida «ordinaria» e pure possibile delle cause di lavoro piuttosto che a una gestione «frettolosa».

Tabella 4 – Distribuzione contenzioso pendente all'11 dicembre 2006 per anno di iscrizione a ruolo.



Rispetto all'andamento del nostro ufficio, le criticità si manifestano nelle residue cause degli anni 2002-2004; da un'analisi specifica delle stesse, intervistando gli intestatari dei fascicoli, ho sommariamente rilevato, senza pretesa di esaustività, quanto segue: la vertenza del 2002 non ha alcun significato statistico, in quanto trattasi di causa definita con accordo transattivo e pagamento rateale in cui il giudice sta facendo il «notaio dell'esecuzione dei pagamenti»; delle cause del 2003 2 hanno avuto significativi tempi di sospensione per vacanza del ruolo (e qui torniamo a problemi di organico), una ha subito una interruzione a procedimento iniziato per interdizione di una parte; delle 36 pendenti del 2004 6 hanno

⁽⁵⁾ Calcolati secondo la formula in uso al servizio statistico giustizia Istat così espressa: P_i (=pendenza iniziale al primo gennaio) + P_f (= pendenza finale al 31 dicembre): S (= cause sopravvenute) + E (= cause esaurite) x 365.

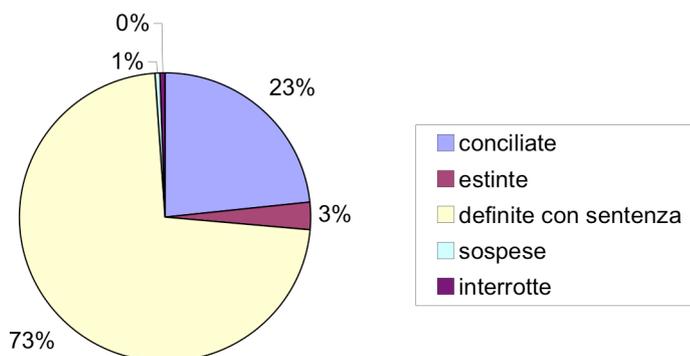
avuto da 6 mesi a un anno di fermo per mancanza del giudice, 4 attendono la definizione di questioni di legittimità costituzionale o di giurisdizione e competenza, 4 hanno avuto sospensioni o per mancanza del tentativo di conciliazione o su istanza concorde della parti, 5 hanno avuto CTU complesse, con oltre un anno per il loro espletamento e plurime richieste di proroga da parte del CTU, una decina ha richiesto oltre 10 udienze istruttorie per la molteplicità di testimoni sentiti e talvolta l'esigenza di espletare prove delegate nonché difficoltà di reperire i testimoni, una è stata interrotta per morte della parte e poi riassunta. Diverse vertenze residue del 2005 hanno subito plurimi rinvii per astensione degli avvocati dalle udienze. Alcune vertenze presentano tempi lunghissimi di instaurazione del contraddittorio (si arriva sino a 7 o 8 mesi per perfezionare una notificazione valida al fine della dichiarazione di contumacia, e da più parti da tempo si invoca una riforma del sistema delle notificazioni che non le renda un percorso ad ostacoli che finisce per agevolare chi si vuole rendere irreperibile, piuttosto che garantire il diritto di difesa; mi pare inaccettabile che si possa esercitare attività d'impresa con relativa iscrizione alla camera di commercio senza che i dati ivi indicati forniscano alcuna garanzia di reperibilità dell'imprenditore).

Rispetto a questi dati mi sembra di poter dire che esiste un nucleo di cause di durata incompressibile ove le esigenze tecniche non consentono di velocizzare il giudizio: se una consulenza deve ricostruire la contabilità aziendale di alcuni anni per calcolare provvigioni non è compatibile con nessuna esigenza di celerità; le questioni di giurisdizione, competenza e costituzionalità, l'interruzione e la sospensione sono previste dalla legge, e inevitabilmente aggravano il giudizio; lo stesso dicasi per il procedimento *ex* articolo 420-*bis* c.p.c., del quale l'articolo 22 del disegno Salvi-Treu disporrebbe opportunamente l'abrogazione. Pur essendo certamente presto per valutare gli effetti della neonata disposizione rilevo come, nella mia esperienza, entrambe le parti cerchino di sostenere in discussione che la norma non è applicabile al caso di specie, o preferiscano limitare la domanda alla questione interpretativa, inducendo una sostanziale inutilità di ogni successivo accertamento; l'esperienza delle analoghe sentenze interpretative previste in materia di pubblico impiego dall'articolo 64 del decreto legislativo n. 165/2001 è fallimentare; ho avuto solo due cause riassunte dopo la sentenza interpretativa della Suprema Corte a distanza di anni dall'originaria introduzione del giudizio e finite conciliate, mi sento di dire, sostanzialmente per disperazione. Rilevo poi come, in un ordinamento ove il precedente non è vincolante, e ove non è prevista una comunicazione automatica a tutti gli uffici delle eventuali sentenze interpretative rese dalla Cassazione, il senso deflattivo di quel meccanismo rischia di essere azzerato o rimesso alla «buona volontà» delle parti. D'altra parte correttamente anche il Foro evidenzia come la sospensione più o meno automatica per il solo fatto che analoga vertenza pende innanzi alla Suprema Corte priverebbe il difensore della singola causa della possibilità di esprimere la sua specifica posizione prima di una decisione della Cassazione per sollecitare un'interpretazione a sé favorevole e rischierebbe di esporlo al rischio di confrontarsi, in posizione di debolezza perché già pregiudicata da una pronuncia della Suprema Corte, con una interpretazione sulla quale non ha avuto modo di interloquire con argomenti diversi da quelli espressi nella vertenza decisa dal giudice di legitti-

mità prima che l'orientamento di legittimità si formasse. Per precisione si evidenzia che nel disegno Salvi-Treu si prevede l'abrogazione degli articoli 420-*bis* c.p.c. e 146 disp. att. c.p.c., tralasciando però la modifica contestualmente inserita nell'articolo 360, n. 3, c.p.c. (e quindi 369, n. 4, c.p.c.), che oggi vede tra i motivi di ricorso per cassazione la violazione di accordi e contratti collettivi nazionali e fa dell'Italia un abnorme *unicum* europeo, che di fatto sul punto contempla tre gradi di giudizio di merito.

4.1. È un dato normativo che nel processo del lavoro il momento dell'instaurazione del giudizio è allontanato dall'obbligatorio tentativo di conciliazione presso la Dpl; presso la nostra cancelleria risultano a SIL registrate 5.424 conciliazioni nel 2005 e 2.863 nel primo semestre del 2006, avvenute in sede di Dpl o sindacale. Non me la sento di unirmi al coro dell'inutilità dell'istituto; certo è che la Dpl non è in condizione materiale di trattare tutte le vertenze nei 60 giorni di legge e quindi molte sfuggono al filtro, e per quelle la sua preventiva obbligatorietà diventa solo un inutile tempo di attesa; guardando ai dati del mio ufficio, nel primo semestre del 2006, risultano a SIL 1.739 cause conciliate in giudizio, e complessivamente le conciliazioni rappresentano il 23 per cento delle cause definite in quel semestre (cfr. tabella 5); ne ricavo che, da una parte, lo svolgimento effettivo del tentativo di conciliazione è fattore di efficienza, e dall'altra evidentemente arriva innanzi al giudice una gran mole di vertenze suscettibili ancora di chiusura concordata. È poi certo che il tentativo di conciliazione ha tanto più efficacia quanto più avviene in tempi ravvicinati rispetto all'instaurazione del giudizio; una ragione della sua appetibilità è il risparmio di costi di transazione, che tuttavia non deve essere compensato da un aumento dei costi di assistenza legale, che ovviamente lievitano in caso di soluzioni «privatizzate», e sono tanto maggiori quanto più si complicano le formalità del tentativo di conciliazione (con memorie, repliche, atti che devono essere allegati al ricorso a pena di inammissibilità e che rischiano di creare un «processo di conciliazione» nel processo); il successo della transazione alle volte risiede proprio in una sua gestione «informale» che prescinde dall'accertamento di torti o ragioni e non comporta rischio di successivo pregiudizio, anche se ovviamente non può fare a meno della conoscenza degli atti di causa; pare poi, alla luce del dato relativo del minor numero di cause instaurate, che il tentativo di conciliazione funzioni meglio nel pubblico impiego; ciò è probabilmente favorito dal fatto che la procedura è in quel caso più analitica ed obbliga le parti ad una maggior consapevolezza, ed è auspicabile che questo punto di forza venga inserito anche nel tentativo di conciliazione delle vertenze private; non bisogna però dimenticare che il datore di lavoro pubblico, ancorché certamente legato da vincoli di bilancio, ha una concezione molto meno personalistica del rapporto e quindi non ha inibizioni di «principio» alla transazione, che sono invece spesso l'ostacolo insuperabile nel privato.

Tabella 5 – Modalità di definizione delle vertenze nel primo semestre del 2006.



L'incentivo della riduzione del debito contributivo e fiscale sulle somme riconosciute in transazione prevista da entrambi i disegni di legge (articolo 10, comma 9, del disegno Salvi-Treu e articolo 6 del disegno Sacconi), infine, rischia di rendere appetibili cause strumentali finalizzate al solo risparmio contributivo.

4.2. Mi sembra condivisibile la soluzione di sottoporre a termini decadenziali, purché ragionevoli, le impugnative dei licenziamenti anche nulli o inefficaci e la contestazione della scadenza dei contratti a termine; mi pare scarsamente comprensibile l'atteggiamento di chi aspetta anni ad instaurare il giudizio salvo poi invocare una definizione rapida della vertenza; resta evidentemente delicato il punto della prova di decorrenza di tale termine con il rischio, nel caso del licenziamento verbale, che il datore di lavoro si procuri testimonianze compiacenti per comprovare l'intervenuta decadenza retrodatandolo.

La norma che prescrive un onere di forma per la validità delle dimissioni (disegno Sacconi) di fatto ne realizza la revocabilità *ad nutum*, e senza la deduzione di alcun vizio della volontà, essendo sufficiente al lavoratore rifiutarsi di confermarle per iscritto per poter continuare a invocare la persistenza del rapporto; è meno «punitiva» per il datore di lavoro la soluzione della forma *ad probationem* con il correttivo della raccomandata prevista dall'articolo 7 del disegno Salvi-Treu che, dal punto di vista probatorio, argina le anche troppo facili false testimonianze sul punto. Restano casi non infrequenti di soggetti che semplicemente smettono di presentarsi al lavoro e magari contemporaneamente sono irrimediabili. Meno comprensibile mi pare la previsione di una sanzione pecuniaria per l'inottemperanza all'ordine di reintegra che sia irripetibile a fronte dell'acclarato errore della decisione resa in primo grado; credo sarebbe l'unico caso nell'ordinamento di sanzione da atto legittimo accertato giudizialmente.

Trovo in parte superflua e in parte incomprensibile la previsione dell'articolo 1, comma 1, del disegno Sacconi; superflua mi pare nella parte in cui si afferma che il controllo giudiziale non può estendersi al sindacato di merito sulle valutazioni tecnico-organizzative del datore di lavoro, posto che si tratta di un principio che

la Cassazione afferma da almeno 25 anni (rinvegno precedenti tutti conformi almeno da inizio anni Ottanta); incomprensibile mi pare nella parte in cui afferma che il giudice non può discostarsi dalle valutazioni espresse dalle parti in sede di certificazione, salva la difformità tra il programma certificato e le modalità di svolgimento del rapporto; fisiologicamente ci sarà contenzioso se si dedurrà una difformità tra l'accordo certificato e le modalità effettive della prestazione, come oggi c'è se si contesta che la veste formale contrattuale data dalle parti non corrisponde alla realtà; difficile poi da conciliare una impossibilità del giudice (che deve per forza scegliere una delle due posizioni) di discostarsi dalle valutazioni espresse dalle parti (che per ipotesi potrebbero non essere concordi); occorrerebbe infine coordinare la norma con l'articolo 80 del decreto legislativo n. 276/2003, che consente alle parti di impugnare la certificazione per vizio della volontà formata in quella sede; bizzarro poi che ci si preoccupi di ricordare al giudice che non può fare l'imprenditore e poi si richieda che faccia l'economista o il sociologo per valutare, ai sensi del comma 3 dell'articolo 1, le condizioni del mercato del lavoro locale (con quali parametri? e a carico di chi, posto che in una situazione di crisi occupazionale è indubbio che la sofferenza grava tanto sulle aziende che sui lavoratori?), per definire le conseguenze del licenziamento.

Mi pare infine una contraddizione in termini cercare di tipizzare le clausole generali, che hanno proprio per loro natura lo scopo di consentire, nell'ordinamento, di valutare situazioni imprevedibili, e come tali non tipizzabili.

Il disegno Sacconi dedica ampio spazio alla certificazione; non mi avventuro in valutazioni di merito ma mi permetto di osservare che è un istituto il cui costo, in termini di gestione, organizzazione e a questo punto produzione normativa, non è bilanciato dall'efficacia; pur lavorando, come visto, per il 90 per cento su vertenze del 2006, avendo più volte affrontato in causa rapporti contrattuali disciplinati secondo le nuove tipologie previste dalla Legge Biagi, e sapendo che in Torino è stata istituita una commissione di certificazione, non mi risulta sia mai capitato che in giudizio sia stata prodotta una certificazione; temo ciò avvenga non perché i contratti certificati non producono contenzioso ma semplicemente perché la certificazione ha scarsissima applicazione allo stato.

5. Anche se mi rendo conto di guardare la giustizia del lavoro da un osservatorio privilegiato e certamente eccentrico rispetto a buona parte della realtà nazionale, perché ancora non arreso all'arretrato insostenibile, ritengo che i nostri dati dimostrino che non occorre una riforma di carattere ordinamentale che manchi a monte della consapevolezza delle ragioni della crisi e dell'efficacia degli strumenti approntati per affrontarla, e a valle delle necessarie risorse; richiamo nuovamente la fallimentare esperienza del rito societario (figlio di una stagione di moltiplicazione dei riti civili che ha dato ben scarsi se non negativi risultati e suscita unanime critica da parte dei tecnici), perché sarebbe triste trovarsi dopo due anni a discutere della «riforma della riforma» senza che si sia nelle more realizzato alcun miglioramento effettivo nel servizio reso ai cittadini, che dovrebbe essere l'obiettivo unico di una riforma; con ciò non plaudo all'immobilismo e non dico che le riforme siano da temere; penso che talvolta, piuttosto che affermare questioni di principio, sia utile effettuare interventi specifici e mirati,

con una tecnica normativa rigorosa, per la soluzione di problemi altrettanto concreti e concretamente valutati.

Evidenzio, ad esempio, due criticità processuali che recentemente si stanno prepotentemente ponendo ai giudici del lavoro di primo grado, e che sono legate a recenti modifiche normative: il coordinamento con il rito societario e la gestione delle cause per concorsi pubblici interni.

Quanto al primo aspetto il contenzioso di lavoro nelle cooperative, posto che la parte attinente al rapporto lavorativo strettamente inteso, secondo le recenti indicazioni della Suprema Corte (per altro del tutto conformi a principi costituzionali, non fosse altro quello di uguaglianza) è devoluta al giudice del lavoro, spesso si intreccia con delibere societarie di esclusione e si creano veri e propri corti circuiti tra due riti che si ignorano reciprocamente e che hanno entrambi vocazione tendenzialmente attrattiva di ogni vertenza; sarebbe dunque opportuna una norma che regolamenti la trattazione di cause connesse (ovviamente per i casi di connessione «forte», quali ad esempio la pregiudizialità) soggette a questi riti. Rilevo la tendenza delle difese, tanto dei datori di lavoro che dei lavoratori, a cercare di «guadagnarsi» l'accesso al rito del lavoro e questo mi fa pensare che, a dispetto della modernità del rito societario, tra i due il rito più «competitivo», intendendo per tale quello che garantisce meglio il risultato, sia ancora quello del lavoro.

Sempre prendendo atto delle indicazioni provenienti dalla Suprema Corte sembra consolidarsi l'orientamento che attribuisce al giudice del lavoro la giurisdizione sui concorsi pubblici interni che non comportino passaggi di categoria; il giudice ordinario è sul punto sfornito di adeguati strumenti processuali, posto che tali vicende possono ingenerare un contenzioso che coinvolge centinaia di persone sparse su tutto il territorio nazionale, ciascuna delle quali può teoricamente scegliere tra i fori di cui all'articolo 413 c.p.c., attivandosi oltretutto in tempi diversissimi (la contestazione degli esiti di queste procedure innanzi al giudice ordinario non è soggetta ad alcun termine di decadenza, salva ovviamente la prescrizione), con il rischio di interminabili questioni di competenza e corretta instaurazione del contraddittorio. Si profila la possibilità che occorra oltre un anno per la semplice integrazione del contraddittorio, dovendosi poi iniziare a discutere di quale sia il giudice competente, essendone nelle more stati aditi più di uno (con evidenti conseguenze sull'effettività della decisione, che arriverà quando certamente gli effetti della procedura in seno all'amministrazione si saranno consolidati in modo irreversibile), ovvero l'ulteriore possibilità che più giudici, all'insaputa uno dell'altro, o magari semplicemente in tempi diversi perché aditi uno nell'immediatezza e uno nei limiti della prescrizione, riscrivano graduatorie tra loro in conflitto, analizzando singolarmente la posizione dei ricorrenti. Sul punto parrebbe utile una presa di posizione del legislatore o in punto giurisdizione o, se si ritiene di attribuirle definitivamente al giudice del lavoro, prevedendo adeguati meccanismi processuali (non ultima una decadenza anche sostanziale).

Infine, posto che i due disegni di legge in alcuni punti prendono formalmente atto di orientamenti giurisprudenziali ormai in via di consolidamento (ad esempio quello in punto onere della prova del requisito dimensionale aziendale), sarebbe opportuno che si chiarisse *ex lege* l'applicabilità al rito del lavoro della sentenza con motivazione contestuale prevista dall'articolo 281-*sexies* c.p.c., che è stata

una indubbia ottima innovazione; molti uffici indicano questo strumento come il principale fattore di recupero di efficienza, avendo la stessa *ratio* di semplificazione e celerità propria del rito del lavoro; la Suprema Corte già lo ha più volte affermato, ma le pronunce della Cassazione sul punto evidenziano come non manchino difese che sollevano la questione di applicabilità al rito del lavoro.

Crisi della giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo: l'apporto dell'analisi empirica. Il caso del Tribunale di Torino – Riassunto. *L'A., muovendo dalla constatata differenza di piani tra crisi della giustizia del lavoro e crisi del processo del lavoro, affronta il tema delle prospettive di riforma del processo a partire dalla necessaria raccolta di dati e dalla loro analisi critica, con particolare riferimento alla situazione dell'organico dei magistrati e al constatato deficit di strutture e strumenti di lavoro. A fronte di questa precisazione, volta ad un corretto inquadramento del problema, l'A. utilizza il metodo di confronto tra dato normativo e dato reale, valutando le proposte di riforma contenute nei disegni di legge Salvi-Treu e Sacconi alla luce dell'esperienza del Tribunale di Torino in funzione di giudice del lavoro. Sono quindi passati in rassegna e specificatamente approfonditi i temi del contenzioso previdenziale e, con riferimento al tema del contenzioso lavoristico, le questioni relative alla opportunità di introdurre regimi di «corsia preferenziale» per alcune tipologie di controversie, il rapporto attuale e di prospettiva tra processo e strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, il problema di prevedere termini di decadenza per determinate azioni e la questione, affrontata in entrambi i disegni di legge, della forma delle dimissioni. All'esito dell'analisi svolta e riprendendo le considerazioni di apertura, l'A. ribadisce l'opportunità di una attenta valutazione preventiva di ogni riforma, suffragando tale impostazione anche alla luce dei recenti problemi attuativi e di coordinamento derivanti dalla introduzione del rito societario; sottolinea inoltre l'opportunità di mantenere ogni ipotesi di riforma aderente agli orientamenti evolutivi della giurisprudenza di legittimità, secondo una linea che comunque appare caratterizzare entrambi i disegni di legge precedentemente analizzati.*

The crisis in employment cases and prospects for reform: the contribution of empirical analysis. The case of the Turin Tribunal (Article in Italian) – Summary. *This paper starts from the distinction between the crisis of labour law and the crisis of employment cases. The author examines the prospects for reform starting from the need for data collection and critical analysis, with a particular focus on the number of judges and the lack of facilities for them to carry out their duties. In order to provide an adequate definition of the problem, the author makes a comparison between legal provisions and day-to-day practice, with an assessment of the Salvi-Treu and the Sacconi reform proposals in the light of employment cases in the Turin Tribunal. The paper also provides an overview of social insurance cases, and considers the need for «fast track» procedures for certain types of employment cases. The paper also examines the prospects for alternative dispute resolution, the introduction of a statute of limitations for certain actions, and dismissal procedures, dealt with by both the legislative proposals. In concluding the paper, the author returns to the initial considerations, and underlines the need for a careful examination of the proposals for reform, also in the light of recent problems of implementation and coordination relating to the use of company law procedures. In addition he argues for the need for any reform proposal to take account of existing case law, which appears to be the case for both the reform proposals analysed.*

Spese di lite, abuso del ricorso alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo

Maria Rita Iorio

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Il regime delle spese di lite. – 3. Qualche riflessione sui contenuti dei due progetti di legge.

1. I due progetti di riforma del processo del lavoro oggetto di dibattito ⁽¹⁾ inducono l'interprete, prima ancora di muovere ad un esame specifico delle singole norme in essi contenute, ad una generale riflessione circa la opportunità di procedere ad una ennesima revisione delle regole di procedura che lo disciplinano. Entrambi i disegni di legge prospettano una riforma volta a favorire la celerità dei giudizi ed entrambi hanno l'ambizioso intento di incidere sull'imponente contenzioso e sulla conflittualità in materia di rapporti di lavoro, partendo dal presupposto che l'attuale processo non risponde più alle principali esigenze di oralità e celerità che lo avrebbero dovuto caratterizzare ⁽²⁾.

In questa sede si ritiene, tuttavia, che il modello processuale avviato dalla legge n. 533 del 1973, non abbia bisogno di incisive modificazioni. Si dibatte da più di un decennio del progressivo aggravarsi della crisi del processo del lavoro nonché della perdita di effettività del diritto del lavoro nella società civile che porta come conseguenza ad un uso spesso distorto della tutela giurisdizionale. Ed è proprio questo il profilo sul quale occorre che tutti gli attori processuali riflettano (magistrati, avvocati, parti, studiosi, forze istituzionali). Se attualmente siamo tutti corresponsabili di un abuso di giurisdizione, al contempo siamo tutti vittime di un abuso di riformismo ⁽³⁾, dimenticando che i cosiddetti mali della giustizia del

* Maria Rita Iorio è Avvocato del Foro di Roma e Ricercatore Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi».

⁽¹⁾ Il riferimento è ai ddl n. 1047 (Salvi-Treu) e n. 1163 (Sacconi), entrambi pubblicati in www.csm.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*; vedi la *Presentazione del tema* in apertura della presente *Sezione*.

⁽²⁾ Sui temi delle *Alternative Dispute Resolutions* (di seguito ADR) come possibile strumento di riduzione del contenzioso e mezzi di deflazione processuale, e quindi di riduzione dei tempi processuali, vedi T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, in *q. Rivista*, 2003, n. 1; M. MAGNANI, *Conciliazione e arbitrato in Italia alla luce dei recenti interventi legislativi*, in G. LOY (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2000.

⁽³⁾ Non va dimenticato, infatti, che l'art. 11, comma 4, lett. g), l. 15 marzo 1997, n. 59, ha conferito al Governo la delega per disporre la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti con la introduzione dell'art. 417 c.p.c., relativo alla difesa delle pubbliche amministrazioni. Conseguentemente l'art. 68 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (come modifi-

lavoro non dipendono tanto dalle regole che disciplinano il processo ma dall'esorbitante numero di cause che ogni anno investono i rapporti di lavoro, in quanto il diritto del lavoro italiano è ancora ampiamente basato su una impostazione repressiva che incentiva un modello conflittuale di confronto tra le parti, amplificando a dismisura la litigiosità⁽⁴⁾. La cosiddetta durata ragionevole del processo del lavoro, che era stato uno dei principali obiettivi del legislatore del 1973, si è ormai «perduta» ed «adagiata» sulla durata irragionevole del processo ordinario civile⁽⁵⁾. Ed è quindi opportuno chiedersi se ciò sia causato da regole processuali divenute, con il passare del tempo, inadatte o se non sia dovuto piuttosto a mutamenti non solo della realtà economico-produttivo-sindacale, ma anche all'adozione di determinate strategie difensive⁽⁶⁾.

Si potrebbe forse incominciare con il razionalizzare gli strumenti che l'ordinamento già offre. In tal senso occorrerebbe ad esempio utilizzare con più accortezza la duplicazione di tutela attualmente esistente tra il procedimento di repressione della condotta antisindacale *ex* articolo 28 dello Statuto dei lavoratori e il procedimento *ex* articolo 700 c.p.c., di cui spesso si abusa, tematica già denunciata da parte della dottrina. Così come occorrerebbe che i giudici del lavoro procedessero con più accortezza all'ammissione delle prove testimoniali⁽⁷⁾. Queste sono delle anomalie che contribuiscono ad alimentare una giurisdizione «appesantita» ed «ingolfata» e che presuppongono a monte una autoanalisi e una

cato prima dagli artt. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e 18 del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, e poi confluito nell'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, decreti ai quali si deve anche l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione, l'arbitrato, artt. 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c. e il giudizio incidentale di interpretazione dei contratti quali strumenti inizialmente ritenuti adatti a deflazionare il ricorso al giudizio, tesi a diminuire il lavoro dei giudici togati in costante ritardo nella trattazione delle cause private) devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelli concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte ancorché vengano in considerazione atti amministrativi presupposti. Così come da ultimo con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, recante modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato a norma dell'art. 1, comma 2, della l. 14 maggio 2005, n. 80, il legislatore è intervenuto nuovamente sul processo del lavoro modificando l'art. 360 c.p.c. e introducendo l'art. 420-*bis* c.p.c.

⁽⁴⁾ Si veda in generale sulla tematica delle riforme nel diritto del lavoro L. MARIUCCI, *Il riformismo nel diritto del lavoro*, in *q. Rivista*, 2003, n. 3.

⁽⁵⁾ La crisi della giustizia si esprime attraverso la eccessiva durata del processo in palese contrasto con l'art. 111 Cost., che ha sancito la durata ragionevole del processo oltre che esporre l'Italia alle censure ripetute ed ormai costanti della Corte di Giustizia di Strasburgo. In media un processo del lavoro si protrae per due anni in primo grado e tre in appello, per le cause previdenziali ed assistenziali la durata è maggiore. Dal 1990 in poi i tempi si sono allungati del 50%. Tuttavia è possibile riscontrare una disomogeneità tra i vari Tribunali del Paese e tra i vari distretti di Corte di Appello.

⁽⁶⁾ M. RUSCIANO, *Quale diritto del lavoro per il futuro?*, in *LI*, 1996, n. 9, 5 ss.

⁽⁷⁾ La necessità di rimeditare il procedimento previsto dall'art. 28 Stat. lav. è un tema ricorrente nelle analisi di A. PROTO PISANI, *Il processo del lavoro a diciotto anni dalla sua riforma*, in *FI*, 1992, V, secondo cui andrebbe rimeditato come un generale strumento di tutela sommaria non cautelare. Si veda, inoltre, P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, VII; ID., *Ipertrafia e crisi del sistema giuslavoristico*, in *RIDL*, 1993, III; ID., *Modificazioni del diritto del lavoro e crisi della tutela processuale. Atti del convegno organizzato dalla Fondazione Malagugini*, Milano, 16 aprile 1993, in AA.VV., *Modificazioni del diritto del lavoro e crisi della tutela processuale*, F. Angeli, Milano, 1993.

autoriflessione da parte dell'avvocatura e della magistratura sul ruolo e la competenza del giudice e dell'avvocato nel processo del lavoro.

Occorrerebbe inoltre procedere con maggiore oculatezza alla revisione dell'Ordinamento giudiziario e degli Uffici giudiziari in particolare. Poco opportuna si è rivelata, infatti, la riforma che abolendo l'Ufficio e la figura del Pretore in funzione di giudice del lavoro ha trasferito la competenza ai Tribunali in primo grado e alle Corti di Appello in secondo grado. Ciò ha comportato che, mentre prima si passava dai Pretori ai singoli Tribunali in appello (nel Lazio ad esempio questi ultimi erano sette, compresi Cassino e Civitavecchia), oggi la Corte di Appello di Roma è investita in secondo grado delle cause dell'intera Regione. La situazione non è migliore negli altri distretti di Corte di Appello d'Italia.

La scarsa specializzazione del giudice del lavoro è un'ulteriore problematica denunciata da tempo e avvalorata da preoccupanti circolari del Consiglio Superiore della Magistratura tese a ridimensionare la spinta alla specializzazione professionale del magistrato (ad esempio la circolare P 8473/2001): tale circolare ha infatti sostanzialmente «compresso» la regola (articolo 38), contenuta nel decreto legislativo n. 51 del 1998, secondo la quale hanno preferenza assoluta per i posti di magistrato di appello, nelle sezioni lavoro, i giudici che abbiano svolto in via esclusiva funzioni di lavoro per almeno due anni nell'ultimo quinquennio.

2. Altro profilo sul quale si dovrebbe riflettere costruttivamente è quello legato al regime delle spese di lite. Per affrontare questa delicata tematica in riferimento al rito del lavoro occorre muovere da una premessa fondamentale. Sappiamo che la nostra Costituzione prevede alcune garanzie minime della persona che incidono sul processo e sull'organizzazione giudiziaria in modo tale che le norme processuali e tutto il modello processuale debbono risultare conformi alle tutele costituzionali ⁽⁸⁾. Secondo la dottrina che si è occupata di individuare il cosiddetto modello costituzionale di processo i presupposti essenziali cui esso deve rispondere sono essenzialmente: il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo; la pari dignità sociale e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge; nonché la effettività della tutela giurisdizionale. Seguendo questa impostazione il principio fondamentale su cui si fondano tutte le garanzie minime presenti nella Costituzione è proprio la effettività della tutela giurisdizionale che costituisce la condizione base del modello costituzionale di processo ⁽⁹⁾. L'accertamento di tale effettività presuppone una verifica di natura soggettiva e una verifica di natura oggettiva. L'accertamento soggettivo tende a verificare che il modello costituzionale di processo garantisca: la possibilità a tutti i cittadini di nazionalità italiana e straniera di agire in giudizio a condizioni paritarie; la tutela giurisdizionale sempre consentita; la difesa quale diritto inviolabile; la predisposizione a favore dei non abbienti di idonei mezzi per agire in giudizio e per difendersi; la garanzia del giudice naturale ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *RTDPC*, 1994, 1063 ss.

⁽⁹⁾ L.P. COMOGLIO, *op. cit.*

⁽¹⁰⁾ F. PANARIELLO, *Il difficile servizio della giustizia del lavoro*, in *RTDPC*, 1998, 1.

L'accertamento oggettivo è volto a verificare che nel processo: la funzione giurisdizionale sia esercitata, di norma, da magistrati ordinari; che la magistratura sia autonoma ed imparziale; che il giudice sia soggetto soltanto alla legge. Se questi canoni sono quelli che garantiscono il modello costituzionale base di processo è altresì verosimile che esso non può subire deroghe *in peius*. Tuttavia è possibile che subisca delle modifiche nel senso di integrazioni migliorative. Se dunque il modello costituzionale di processo deve garantire la possibilità di tutti i cittadini di adire il giudice è pur vero che la dottrina è concorde nel ritenere che nella nostra Costituzione non vi sia il riconoscimento di un diritto autonomo alla giustizia gratuita⁽¹⁾. Si tratta in realtà di un diritto strumentale, volto a garantire il cosiddetto accesso al giudice, che si estrinseca nella predisposizione di strumenti atti ad eliminare l'onere iniziale della anticipazione delle spese di lite, al superamento di condizioni economiche precarie soggettive, al superamento della durata irragionevolmente lunga del processo. I rimedi sono costituiti dal gratuito patrocinio per i non abbienti a carico dello Stato e da soluzioni volte a ridurre i tempi del processo, come i riti abbreviati nel processo penale, oppure da soluzioni quali gli istituti della conciliazione e arbitrato nel rito del lavoro che dovrebbero escludere a monte, anche secondo gli ultimi progetti di riforma, l'accesso al giudice. Istituti, questi, sui quali si tornerà nel prosieguo.

Il regime delle spese di lite tuttavia, nel processo del lavoro, rimane tuttora un tema di non facile approccio proprio per le implicazioni legate al principio di gratuità del processo di cui si diceva poc' anzi. Ma appare oggi necessario, sempre nell'ottica di razionalizzazione degli strumenti che il codice di procedura civile offre, rivedere alcune prassi e orientamenti che attualmente contribuiscono ad appesantire notevolmente il gravame della giustizia del lavoro in maniera da preconstituire ulteriori validi elementi di deflazione processuale e di più consapevole accesso al giudice partendo dalla osservazione oggettiva di ciò che oggi generalmente avviene⁽²⁾.

Per le cause di lavoro in senso stretto i giudici, nella stragrande maggioranza, sono soliti procedere alla compensazione delle spese quando soccombente sia il lavoratore. La Corte di Cassazione, d'altro canto, a tale proposito ha costantemente indicato come discrezionale la facoltà del giudice di ricorrere alla compensazione. Sappiamo che l'atteggiamento della compensazione delle spese di lite è legato al principio costituzionale della effettività della tutela che rappresenta la condizione base del modello costituzionale di processo, da sempre fatta prevalere su esigenze di razionalizzazione dello stesso: la *ratio* di tutto ciò risiede nel non far gravare sulla parte ritenuta più debole le spese di lite dopo una sentenza sfavorevole. Se questa è dunque la *ratio* occorre tanto più oggi domandarsi, alla luce dei radicali mutamenti della realtà socio-economico-sindacale, se il lavoratore possa essere definito ancora il soggetto sempre e comunque più debole. Basti pensare a tutti quei casi, non sporadici, di filoni di controversie o alle cosiddette cause di massa, promosse spesso in maniera ardita, attraverso cui vengono presentati tanti ricorsi quanti sono gli interessati ed in cui spesso si assiste ad una analogia se non ad una identità di posizioni sostanziali. In questi casi la compen-

⁽¹⁾ L.P. COMOGLIO, *op. cit.*

⁽²⁾ F. PANARIELLO, *op. cit.*

szazione delle spese non ha ragione di continuare a sussistere anzi alimenta il contenzioso, poiché è proprio questa prassi che ha consentito che si radicesse nel nostro ordinamento la regola non scritta secondo cui è comunque sempre meglio tentare una causa, poiché ciò che si rischia è al massimo la compensazione delle spese di lite. Il principio, e prima ancora la cultura, del cosiddetto rischio di lite nel nostro processo del lavoro non esiste, rischio che invece costituirebbe un utile deterrente, come accade ad esempio nel processo inglese, rispetto alla instaurazione di liti pretestuose; manca cioè nel nostro sistema processuale quella giusta riflessione preventiva sulla reale opportunità di adire il giudice.

Quanto alle controversie previdenziali è noto come la sentenza del 13 aprile 1994, n. 134, della Corte Costituzionale, abbia dichiarato illegittimo l'articolo 4 del decreto legislativo n. 384 del 1992, nella parte in cui aveva abrogato l'articolo 152 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile. La Corte ha ribadito il carattere strumentale dell'esonero dalle spese di soccombenza rispetto alla effettiva possibilità di tutela del diritto alla prestazione previdenziale ed assistenziale garantito dall'articolo 38 della Costituzione⁽¹³⁾. Questo principio è frutto di una evoluzione delle pronunce della Corte, che nel 1973 aveva affermato che il rischio del processo (cioè del rimborso delle spese di lite), appariva troppo gravoso, potendo, infatti, distogliere dal far valere una fondata pretesa⁽¹⁴⁾. La Corte faceva riferimento ad una pretesa che si riteneva fondata ponendo così l'accento sulla serietà della domanda giudiziaria. Questo principio è stato ribadito nella sentenza n. 60 del 1979⁽¹⁵⁾. Nel 1987 la Corte, pur ribadendo il carattere strumentale del principio faceva salva la possibilità per il legislatore di definire in modo più restrittivo l'area dei beneficiari dell'esonero escludendo i lavoratori c.d. abbienti. Alla luce di questa evoluzione giurisprudenziale è evidente che la sentenza del 1994 sopra citata ha taciato di incostituzionalità non l'intento di introdurre limitazioni, ma il metodo adoperato. Quindi è possibile e lecito ritenere che la distinzione tra abbienti e non abbienti possa tranquillamente essere posta in essere dai giudici, sempre in materia previdenziale, specie in appello, in modo tale da condannare al rimborso delle spese di lite, *ex* articolo 152 delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile, il lavoratore abiente che abbia perso il giudizio⁽¹⁶⁾.

3. Circa i due progetti di legge oggetto di dibattito si ritiene in questa sede non condivisibile la introduzione del procedimento sommario non cautelare di cui agli articoli 1-3 del progetto di riforma Salvi-Treu, né utile come strumento deflattivo del processo⁽¹⁷⁾. Innanzitutto non appare chiara la formulazione letterale

⁽¹³⁾ C. Cost. 13 aprile 1994 n. 134, in *GCost*, 1994, V, 3153 ss., con nota di A. GIORGIS, *La sentenza n. 134 del 1994: una conferma dell'esistenza di limiti costituzionali alla riduzione dello stato sociale*; in *FI*, 1994, II.

⁽¹⁴⁾ C. Cost. 1° marzo 1973 n. 23, in *GCost*, 1973, 260; in *FI*, 1973, I; in *GC*, 1973, I; in *MGL*, 1973, 127; in *DL*, 1973, II, con nota di A. MARTONE, *Esonero dalle spese processuali del lavoratore soccombente nei confronti dell'INAIL e costituzionalità del principio*.

⁽¹⁵⁾ In *GCost*, 1979.

⁽¹⁶⁾ C. Cost. 16 aprile 1987 n. 135, in *GCost*, 1987, I; in *GC*, 1987, I.

⁽¹⁷⁾ L'attuale progetto di riforma del processo del lavoro sottoscritto tra gli altri dai Senatori Salvi e Treu risente fortemente dei contenuti della relazione della c.d. Commissione Foglia, presentata nel 2001 e

dell'articolo 2. Sembrerebbe necessario ai fini di ottenere l'ordinanza, la prova del *fumus bonis iuris*, laddove si parla di procedimento in via sommaria, nonché l'urgenza, laddove si parla di «scopo urgente del procedimento» (articolo 2, comma 2). In questo caso ci troveremmo ad avere un inutile duplicato dell'articolo 700 c.p.c. Qualora invece si dovesse prescindere dal requisito dell'urgenza, questa riforma si sostanzierebbe in un ampliamento dello stesso articolo 700 c.p.c., poiché non sarebbe più necessario tale requisito per le cause di licenziamento, trasferimento e contratto a termine. In tal caso ci troveremmo di fronte ad un ulteriore aggravio del lavoro dei giudici (sempre gli stessi) e ad un ampliamento di contenzioso.

Circa l'articolo 4 del progetto Salvi-Treu si ritiene che possa presentare profili di incostituzionalità.

Tale articolo appare sbilanciato e contrario al datore di lavoro ma soprattutto non garantisce il diritto ad un giusto processo. Nel secondo comma infatti si sostiene che il giudice, con la sentenza di condanna alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, determina la somma dovuta dal datore di lavoro per l'eventuale ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di quattro retribuzioni globali di fatto giornaliere nonché per ogni ritardo, tenuto conto delle dimensioni e della organizzazione produttiva. È una disposizione che appare non solo inopportuna, ma esageratamente penalizzante per il datore di lavoro come il successivo comma terzo, in cui si afferma che le somme corrisposte o ancora da corrispondere alla lavoratrice o lavoratore sono irripetibili dal datore in caso di riforma del provvedimento con cui è stata ordinata la reintegrazione. In tal caso, continua il terzo comma, il lavoratore o lavoratrice trattiene solo la somma corrispondente alla retribuzione per il periodo intercorso tra il provvedimento di condanna alla reintegrazione ed il provvedimento di riforma. Nel caso descritto il lavoratore ha meritato il licenziamento e non si comprende la ragione per la quale le somme non debbano essere ripetibili. Non è comprensibile la ragione per cui un datore di lavoro debba vedersi dichiarare la legittimità del licenziamento e nonostante tutto non possa vedersi restituire le retribuzioni maturate dal licenziamento alla sentenza (che superano sempre i tre-quattro anni), salvo il periodo effettivamente lavorato dal lavoratore.

Non pare, inoltre, comprensibile l'abrogazione, all'articolo 22 del progetto in esame, dell'articolo 420-*bis* c.p.c. Quest'ultima norma, frutto della riforma del 2006⁽¹⁸⁾, tratta dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi. Essa fissa disposizioni di garanzia per entrambe le parti, in quanto se, in ipotesi, per la risoluzione di una controversia ai sensi dell'articolo 409 c.p.c., è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità e l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, il giudice decide sulla questione con sentenza. Tale sentenza è impugnabile con ricorso per Cassazione entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della stessa ed il processo sarà sospeso dalla data del deposito del ricorso. Se è vero, dunque, che la sentenza di

pubblicata in *MGL*, 2001: per comprenderne meglio i contenuti si rinvia a R. FOGLIA (a cura di), *Il processo del lavoro privato e pubblico di primo grado*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁽¹⁸⁾ Vedi nota n. 3.

primo grado è esecutiva e quindi questa norma può dare l'impressione di allungare ingiustificatamente i tempi processuali, vista la sospensione del processo che comporta, è pur vero che una sentenza emessa da un giudice di primo grado che comporti anche la pronuncia su una questione pregiudiziale potrebbe risultare viziata e tale da inficiare l'intero processo. Il vaglio della Cassazione appare quanto mai necessario.

Si concorda, invece, con il quarto comma dell'articolo 7 del progetto Salvi-Treu, in cui si afferma che le dimissioni del lavoratore debbano essere rassegnate per iscritto. Così facendo si risolverebbero molti dubbi in ordine alla prova del licenziamento medesimo.

Appare evidente poi come entrambi i progetti di legge ruotino intorno agli istituti della conciliazione e arbitrato che vengono rivisti e riformulati in un'ottica di prevenzione processuale⁽¹⁹⁾.

Circa la conciliazione non si ritiene utile insistere per la riformulazione di un tentativo di conciliazione obbligatorio almeno nel privato. Tutti gli operatori pratici hanno potuto constatare il fallimento e l'inutilità dell'attuale articolo 410 c.p.c. Pertanto non si concorda con nessuna delle clausole introdotte dall'articolo 13 del progetto Salvi-Treu che continua a puntare sull'obbligatorietà del tentativo di conciliazione. Né con la formulazione dell'articolo 5 del progetto Sacconi che lo rende facoltativo. Le norme dei due progetti di legge appaiono poi costruite in maniera macchinosa e tali da rendere più problematica la tutela dei lavoratori. Nel progetto Sacconi, ad esempio, si rileva, allo stato, una estrema difficoltà pratica di formare le commissioni di conciliazione e di individuare i soggetti competenti. Le soluzioni prospettate non sembrano idonee alla risoluzione di tali problematiche. Quanto ai termini previsti per rendere il tentativo di conciliazione più efficace, questi non sono perentori, né potrebbero esserlo, in quanto le commissioni provinciali, almeno nei grandi centri, hanno oltre un anno di ritardo nel fissare le udienze. In caso di superamento del termine fissato per l'udienza ci si domanda cosa potrebbe accadere. Attualmente nel 90 per cento dei casi le parti non si presentano. I termini qui indicati sarebbero alla fine da intendersi come perentori solo per le parti ed in tal modo essi costituirebbero un ulteriore aggravio per la parte resistente costretta entro quei termini a presentare memorie. Il tutto appare quindi tale da rendere piuttosto problematica la tutela delle parti.

Ciò che invece potrebbe essere fatto è rafforzare il tentativo di conciliazione *ex* articolo 416 c.p.c. innanzi al giudice quale unico strumento efficace, poiché si ritiene che la conciliazione debba essere condotta da colui che ha effettivamente un potere decisionale e questi non può che essere il giudice. Non è vero che il tentativo di conciliazione innanzi al giudice, come qualcuno potrebbe obiettare, dilata i tempi del processo, esso è anzi, *a contrario*, garanzia di una conciliazione equa. Ovviamente occorrerebbe che tutti i giudici del lavoro applicassero l'istituto calandosi nel ruolo di veri conciliatori, cosa che non sempre accade. Spesso il giudice è poco incline a trovare una mediazione tra le parti che sia soddisfacente per entrambe. Sarebbe forse opportuno allora prevedere dei corsi di formazione e aggiornamento del magistrato che ne formassero l'educazione alla vera

⁽¹⁹⁾ M. GRANDI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *DLRI*, 2000, 367 ss.

conciliazione e ad esempio si potrebbe introdurre una clausola normativa che vincolasse alla verbalizzazione obbligatoria di quanto avviene in sede di tentativo di conciliazione ai fini della determinazione e attribuzione successiva delle spese di lite.

A tal fine, un istituto del diritto processuale civile inglese, legato proprio al regime delle spese di lite, pensato per deflazionare l'accesso al giudice, denominato «*payment into court*»⁽²⁰⁾, potrebbe essere trasposto nel nostro ordinamento opportunamente adattato al rito del lavoro.

Come rafforzativo della fase conciliativa l'istituto si articolerebbe nel modo seguente: una volta che il lavoratore deposita in cancelleria il proprio ricorso introduttivo con ciò avviando la fase processuale, il datore di lavoro sarebbe tenuto a formulare una ragionevole offerta transattiva comprensiva delle spese del giudizio; offerta, questa, da comunicare al lavoratore per iscritto in busta chiusa e al contempo da depositare in cancelleria unitamente al fascicolo di parte, opportunamente vidimata. In sede di tentativo di conciliazione *ex* articolo 416 c.p.c., innanzi al giudice, se il lavoratore accetta l'offerta il giudizio si estingue. Sia che l'offerta venga accettata, sia che venga rifiutata, il giudice è tenuto a verbalizzare l'accaduto. Qualora l'offerta non venga accettata e si prosegue l'azione, nel caso in cui la sentenza stabilisca una somma totale inferiore a quella depositata, il lavoratore che ha rifiutato l'offerta sarà tenuto al pagamento di tutte le spese del giudizio. Il giudice non deve conoscere l'ammontare dell'offerta contenuto nella busta che aprirà solo dopo la sentenza, ai soli fini della liquidazione delle spese, nel caso in cui in sede conciliativa non sia stata accettata. Il fine dell'istituto è anche quello di deflazionare e di scoraggiare temerarie ed eccessive richieste di somme.

Circa l'arbitrato si ritiene che già l'articolo 808-*ter* c.p.c., in materia di arbitrato irrituale, sia una buona norma e preveda già quanto basta; occorrerebbe forse potenziare e valorizzare il ruolo dell'avvocato nell'assistenza delle parti⁽²¹⁾. Non si ritiene opportuna l'introduzione di liste di arbitri precostituite o camere arbitrali come prospettato nel progetto Sacconi. Giusta appare invece l'introduzione del secondo comma dell'articolo 3 del progetto Sacconi, modificativo dell'articolo 806 c.p.c., in materia di arbitrato irrituale, secondo la quale i contratti collettivi nazionali di lavoro possono prevedere clausole compromissorie che

⁽²⁰⁾ *Payment into court*: nel rito processuale civile inglese consiste nel pagamento di una somma effettuata dal convenuto presso l'ufficio giudiziario davanti al quale è in corso il giudizio relativo ad un credito o ad un'azione di risarcimento; disciplinato dall'*Ordinance 22* delle *Rules of the Supreme Court*, scopo di questa procedura è quello di scoraggiare la richiesta di esorbitanti somme di denaro quali risarcimento. Così, la parte che abbia ammesso la propria responsabilità, ma che contesti l'ammontare del risarcimento dovuto, può, prima del *trial*, fare un'offerta versando una certa somma presso l'ufficio giudiziario cui è in corso il giudizio. Se l'attore accetta l'offerta il convenuto sarà tenuto al pagamento delle spese del giudizio; se, invece, la rifiuta e prosegue l'azione ed il giudice stabilisce un risarcimento inferiore alla somma depositata, sarà tenuto al pagamento di tutte le spese del giudizio a partire dalla data del *payment into court*, generalmente piuttosto elevate, e tali da ridurre notevolmente l'ammontare del risarcimento stesso. L'aspetto curioso della procedura è che il giudice ignora l'ammontare depositato *cosicché*, solo dopo avere determinato autonomamente il risarcimento dovuto, procede ad emettere l'*order for costs*, che graverà sull'una o l'altra parte a seconda che il *payment into court* sia inferiore o superiore alla somma da lui determinata.

⁽²¹⁾ Sull'arbitrato, cfr. G. GIUGNI, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RDL*, 1958, I, 73 ss.

comportino la devoluzione delle controversie al collegio arbitrale. Non si condivide tuttavia la prescritta forma di adesione tacita dei soggetti interessati alla procedura. L'adesione a garanzia di chi sottoscrive deve essere sempre espressa. Per potenziare questa norma, in questo comma, andrebbero previsti degli incentivi ai sindacati affinché siano invogliati ad introdurre clausole compromissorie nel Ccnl. Tuttavia si ritiene che, sino a quando il sistema di relazioni industriali nel suo complesso sia improntato a modelli di contrapposizione netta tra le parti, istituti come l'arbitrato irrituale, non possano trovare possibilità di attecchimento reale, né possano servire all'ambizioso intento di impedire l'accesso al giudice.

Circa, infine, la risoluzione del contenzioso sulle clausole generali occorrerebbe forse fissare dei criteri di interpretazione delle stesse precostituiti dalle parti in sede di stipula del contratto ed il recente istituto della certificazione dei contratti, introdotto dalla riforma Biagi ⁽²²⁾, potrebbe rappresentare una valida soluzione. Impedire al giudice attraverso una norma scritta, come prevede il progetto Sacconi all'articolo 1, di non interpretare la clausola generale ai fini della certezza del diritto non serve, poiché spesso il giudice di fatto entra nel merito, interpreta e decide ma ovviamente non potrà farlo risultare in sentenza pena la riforma o cassazione della stessa.

Spese di lite, abuso del ricorso alla giustizia del lavoro e prospettive di riforma del processo –

Riassunto. *L'A. muove dalla constatazione che se l'attuale processo del lavoro non risponde alle principali esigenze di oralità e celerità si deve non solo alle regole che disciplinano il processo, bensì anche dall'esorbitante numero di cause che investono i rapporti di lavoro. Esemplificativa di tale profilo è la questione relativa al regime delle spese di lite. A fronte dei dettami costituzionali che informano il modello di processo vigente si rileva, infatti, una attuazione patologica nella realtà quotidiana. La disciplina delle spese di lite è, infatti, improntata al principio volto a evitare che tali spese gravino, in caso di soccombenza, sulla parte ritenuta più debole. Tuttavia, si chiede l'A., se sia corretto, alla luce dei radicali mutamenti della realtà socio-economico-produttiva sindacale, identificare sempre il lavoratore come soggetto più debole (si pensi agli arditissimi filoni di controversie o alle cause di massa proposte) con la conseguenza che, escludendo a favore del lavoratore il cosiddetto rischio di lite, viene a mancare, nel processo del lavoro, quella opportuna riflessione sulla reale necessità di adire al giudice. Muovendo quindi da tali riflessioni, l'A. passa in esame le proposte di riforma del rito del lavoro e rileva, in particolare, le criticità della proposta, formulata nel disegno di legge Salvi-Treu, di introdurre un nuovo procedimento cautelare che duplicherebbe inutilmente lo strumento di cui all'art. 700 c.p.c., là dove sarebbe più opportuno, in un progetto riformatore, rafforzare il tentativo di conciliazione innanzi al giudice ex art. 416 c.p.c., uno strumento che potrebbe essere rilevante ed equo per entrambe le parti. Un modello, in questo senso, che l'A. analizza nella parte conclusiva della trattazione, potrebbe essere dato, per le sue caratteristiche esportabili nel rito del lavoro italiano, dall'istituto del diritto processuale inglese denominato «payment into court».*

Legal costs, the abuse of employment cases, and prospects for procedural reform (Article in Italian) – Summary. *The author starts from the observation that at present the procedures in employment cases do not meet the need for the oral presentation of evidence and rapid dispute*

⁽²²⁾ M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, relazione al Convegno di diritto del lavoro Aidlass, Pesaro, 24-25 maggio 2002, in *LD*, n. 1; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002.

resolution. This is due not only to the rules governing employment cases but also to the exorbitant number of cases in the employment field. By way of example the author considers the rules for assigning legal costs in employment cases. In connection with the constitutional norms shaping procedures in employment cases, it is argued that these provisions are applied in an anomalous manner in day-to-day practice. The rules governing the assignment of legal costs are based on the principle that such costs should not be a burden on the weaker party, even when the case is unsuccessful. However, in the light of major socio-economic changes and trade union development, the author raises the question as to whether it is appropriate always to consider the employee as the weaker party, also bearing in mind the effect of class actions. Protecting the employee from the risks arising from legal action removes any incentive to reflect carefully as to whether legal action is the best option. Based on these considerations, the author examines recent proposals for the reform of employment cases and highlights in particular the critical aspects of the Salvi-Treu proposals to introduce a new procedure that would be an unnecessary duplication of the measures provided in Article 700 of the Code of Civil Procedure. Rather, any reform proposal should aim to strengthen conciliation procedures, under the auspices of the court, pursuant to Article 416 of the Code of Civil Procedure, an instrument that would be advantageous and fair for both parties. Such a model, examined by the author in her conclusions, could be introduced in Italy, adopting the English procedure of «payment into court».

L'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro

Antonio Belsito

Sommario: **1.** Poteri istruttori *ex* articolo 421 c.p.c. – **2.** Irregolarità degli atti. – **3.** Divieto dell'intervento diretto del giudice. – **4.** Piste probatorie. – **5.** I poteri istruttori del giudice nel processo penale ed in quello civile. – **6.** Utilizzo improprio di tali poteri. – **7.** Poteri istruttori in appello. – **8.** Considerazioni conclusive.

1. L'attuale processo del lavoro, in vigore dal 1973 ⁽¹⁾, prevede all'articolo 421 c.p.c. la possibilità che il giudice intervenga in qualsiasi momento nell'attività istruttoria espletata su richiesta delle parti al fine di sanare eventuali irregolarità degli atti e, se necessario, di integrarla.

In particolare, il giudice può disporre di ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile.

Una prima lettura dell'articolo 421 c.p.c. non coordinata con quanto previsto dall'intera normativa del processo del lavoro potrebbe lasciare intendere che per l'esercizio di tali poteri istruttori da parte del giudice sia concessa così tanta discrezionalità da non sussistere alcun limite.

Ma ciò sarebbe in evidente contrasto con la *ratio* dell'intero processo del lavoro che seppur improntato ai principi chiovendiani dell'oralità, concentrazione ed immediatezza, resta sempre un giudizio civile promosso da una parte che, anche ai fini dell'attività istruttoria da espletarsi, è tenuta a pena di decadenza a formulare le richieste nel proprio ricorso così come il convenuto deve farlo con la sua comparsa di costituzione da depositare dieci giorni prima dell'udienza ⁽²⁾.

Ciò lascia intendere che l'attività istruttoria del Magistrato dovrebbe essere di mero completamento a quella richiesta dalle parti, non essendogli consentito sostituirsi per le incombenze poste, a pena di decadenza, a carico delle stesse.

La giurisprudenza, soprattutto di legittimità, è intervenuta a più riprese per delimitare l'esercizio dei poteri di cui all'articolo 421 c.p.c.

* Antonio Belsito è Avvocato lavorista del Foro di Trani e Docente presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Bari.

⁽¹⁾ L. 11 agosto 1973, n. 533. Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza di assistenza obbligatorie.

⁽²⁾ Impulso processuale: nel processo civile di lavoro l'onere dell'impulso è innanzitutto a carico delle parti e ciò sia in primo che in secondo grado. Soltanto residualmente è consentito al giudice di merito di intervenire con i suoi poteri (nel giudizio di Cassazione invece l'impulso processuale è soltanto di ufficio).

Tuttavia, nella pratica, spesso il Magistrato del lavoro di fatto sopperisce alle negligenze delle parti che «*dimenticano*» le proprie richieste ponendo così in discussione anche la sua stessa garanzia di imparzialità.

Il giudice del lavoro, secondo quanto previsto dall'articolo 421 c.p.c. può disporre *d'ufficio*, in qualsiasi fase, l'espletamento di ogni mezzo di prova nei limiti stabiliti dal codice di procedura civile, «[...] anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile [...]» compresa la prova testimoniale (articoli 2721, 2726, 2729, 2735), fatta eccezione del giuramento decisorio ⁽³⁾.

Il giudice può sempre ordinare la comparizione delle parti per interrogarle liberamente, disporre l'accesso sul luogo di lavoro ed anche ascoltare i testimoni sul medesimo posto, qualora ne ravvisi l'utilità.

Inoltre, può autorizzare la sostituzione della verbalizzazione da parte del cancelliere con la registrazione sul nastro (articolo 422 c.p.c.), e nominare in qualsiasi momento un consulente tecnico, se la natura della controversia lo richieda (ad esempio: al fine di verificare o elaborare conteggi analitici relativi alla richiesta di emolumenti o differenze retributive).

Egli può inoltre concedere un termine al Ctu (consulente tecnico d'ufficio) per elaborare e depositare la relazione scritta sulle attività tecniche svolte per il cui espletamento l'articolo 424 c.p.c. prevede un termine improrogabile non superiore a 20 giorni, termine che nella pratica viene di fatto ampiamente disatteso essendo le parti spesso costrette a pazientare anche per molti mesi.

Può disporre d'ufficio la richiesta di informazioni ed osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti che ai sensi degli articoli 421, comma 1, e 425 c.p.c. «non hanno un'autonoma valenza probatoria ma forniscono chiarimenti ed elementi di valutazione in ordine a dati fattuali già acquisiti al processo» ⁽⁴⁾.

Tali informazioni possono essere rese anche nel luogo di lavoro, ove sia stato disposto l'accesso *ex* articolo 421, comma 3.

Il giudice può, altresì, richiedere alle OO.SS. il testo dei contratti collettivi di lavoro di categoria necessari alla verifica delle disposizioni normative ed economiche, se ed in quanto applicabili alla controversia in corso.

Per quanto concerne le prove testimoniali sono superabili i limiti stabiliti dal codice civile agli articoli 2721 (*limiti di valore*), 2726 (*prova del pagamento e della remissione*), 2729 (*presunzioni semplici*), 2735 (*confessione stragiudiziale*), ad eccezione del giuramento decisorio, mentre non lo sono i limiti fissati dall'articolo 2725, 2731 (*capacità richiesta per la confessione*), 2737 (*capacità delle parti*), 2739 (*giuramento*) ⁽⁵⁾. Ulteriore limite che il giudice può superare nella acquisizione delle prove testimoniali è quello previsto dall'articolo 1417 c.c. in tema di simulazione ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Cass. 5 aprile 2005 n. 7011.

⁽⁴⁾ Cass. 15 febbraio 2005 n. 3004.

⁽⁵⁾ Cfr. L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del Lavoro*, Jovene, Napoli, 1989.

⁽⁶⁾ Cass. 28 ottobre 1989 n. 4525.

2. Sempre il primo comma dell'articolo 421 c.p.c. riconosce altresì al giudice l'onere di indicare in ogni momento alle parti le irregolarità degli atti e dei documenti che potrebbero essere sanate previa concessione di un termine per provvedervi (salvo gli eventuali diritti quesiti), intendendo per tali irregolarità le nullità sanabili, come può essere a titolo puramente esemplificativo il mancato deposito di una procura generale alle liti per atto notarile, seppur richiamata nei suoi estremi nell'atto di parte.

Tuttavia, qualora l'altra parte abbia preventivamente eccepito tale irregolarità nel tempo utile per consentire all'interessato di porvi rimedio non potrà trovare applicazione la possibilità di cui al primo comma dell'articolo 421 c.p.c.

Nel rito del lavoro se la parte abbia, con l'atto introduttivo del giudizio, proposto capitoli di prova testimoniale, specificamente indicando di volersi avvalere del relativo mezzo in ordine alle circostanze di fatto ivi allegate, ma non indicando le generalità delle persone da interrogare, tale omissione non determinerà decadenza dalla relativa istanza istruttoria, ma concreterà una mera irregolarità, che abilita il giudice all'esercizio del potere-dovere di cui all'articolo 421, comma 1, c.p.c. Per cui, in sede di pronuncia dei provvedimenti istruttori di cui all'articolo 420 dello stesso codice, il giudice, ove ritenga l'esperienza del detto mezzo pertinente e rilevante ai fini del decidere, deve indicare alla parte istante la riscontrata irregolarità che allo stato non consente l'ammissione della prova, assegnandole un termine perentorio per porvi rimedio secondo quanto previsto dalla norma da ultimo citata, pena la decadenza in caso di mancata ottemperanza. L'articolo 244 c.p.c. attribuisce al giudice un potere discrezionale circa l'assegnazione di un termine per formulare o integrare le indicazioni relative alle persone da interrogare (o ai fatti sui quali debbano essere interrogate); una volta che il giudice abbia esercitato tale potere, definisce il termine come perentorio, precludendo così la possibilità di concedere ulteriori dilazioni.

L'inosservanza del nuovo termine concesso, preclusivo ad ulteriori dilazioni comporterà la decadenza dalla prova, rilevabile anche d'ufficio e non sanabile nemmeno sull'accordo delle parti (7).

3. Spesso l'uso di tali poteri vanifica le «regole processuali» e sostanzialmente non tiene più conto di preclusioni o decadenze, lasciando ampi spazi discrezionali al Magistrato, che col suo intervento sopperisce sostanzialmente alle negligenze delle parti.

A tal proposito è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, chiarendo che l'attribuzione al giudice dei poteri istruttori incontra dei *limiti*, dovendosi rispettare l'onere di deduzione in giudizio esclusivamente a carico delle parti di fatti costitutivi, impeditivi o estintivi del diritto.

Va quindi rispettato il *divieto dell'intervento diretto del giudice*, qualora la parte non abbia tempestivamente allegato i predetti fatti mentre i poteri istruttori del giudice, però, non devono estendersi al punto tale da costituire un vero e proprio rimedio alle irrituali richieste delle parti.

Non si pone invece alcuna questione di preclusione o decadenza processuale a carico della parte, quando la prova «nuova» viene disposta di ufficio al solo

(7) Cass. 21 agosto 2004 n. 16529.

scopo di *approfondimento* ritenuto indispensabile di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo.

Il giudice ha il potere di disporre l'assunzione dei mezzi di prova anche al di fuori di quelli offerti dalle parti.

Questa disposizione non esorbita dall'ambito probatorio e non pregiudica il *principio della disponibilità* dell'oggetto del processo, ma non investe neppure il tema delle c.d. prove atipiche, né la regola principale del giudizio basato sull'onere della prova.

Tuttavia, il giudice nell'esercizio dei suoi poteri è vincolato da un rigoroso limite preclusivo della possibilità di disporre prove d'ufficio in ordine a fatti *non allegati* dalle parti ⁽⁸⁾.

Secondo la dottrina l'esercizio del potere di ufficio è del tutto discrezionale e pertanto sottratto al sindacato di legittimità ⁽⁹⁾.

4. L'orientamento giurisprudenziale più prudente – che si condivide – consente al giudice di poter intervenire, disponendo *d'ufficio* i mezzi di prova rivenienti dall'esposizione dei fatti, ma *non di sostituirsi alla parte* che non abbia allegato fatti rilevanti e non abbia neanche implicitamente dedotto dei mezzi di prova. In questi casi, infatti, non è consentito, al giudice nemmeno di incamminarsi sulle cosiddette «*piste probatorie*».

«Nel rito del lavoro, l'attribuzione al giudice di poteri istruttori d'ufficio, ai sensi dell'art. 421, comma 2, c.p.c., incontra un duplice limite, poiché, da una parte, deve rispettare il principio della domanda e dell'onere di deduzione in giudizio dei fatti costitutivi, impeditivi o estintivi del diritto controverso e, dall'altra, deve rispettare il divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice, sicché – in sostanza – la norma dispensa la parte dall'onere della formale richiesta della prova e dagli oneri relativi alle modalità di formulazione dell'oggetto della prova, ma richiede pur sempre che, dall'esposizione dei fatti compiuta dalle parti o dall'assunzione degli altri mezzi di prova, siano dedotti, sia pure implicitamente, quei fatti e quei mezzi di prova idonei a sorreggere le ragioni della parte e a decidere la controversia, e cioè che sussistano significative *piste probatorie* emergenti dagli atti di causa» ⁽¹⁰⁾.

Deve pertanto ritenersi escluso l'esercizio dei poteri *ex* articolo 421 c.p.c. quando i fatti dedotti dal ricorrente siano sforniti di un minimo supporto probatorio e per la loro genericità non facciamo desumere quale sia stata l'attività concretamente svolta.

In conclusione, qualora il materiale probatorio già acquisito sia tale da non offrire significative piste di indagine il giudice non è tenuto ad attivare i suoi poteri ufficiosi ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. A. CARRATO, A. DI FILIPPO, *Il processo del lavoro*, in *Il Sole 24 Ore*, 2001, 144-145.

⁽⁹⁾ Cfr. R. FOGLIA, *Il processo del lavoro privato e pubblico di primo grado*, Giuffrè, Milano, 2001, 359.

⁽¹⁰⁾ Cass. 6 luglio 2000 n. 9034 (deduzione implicita della parte di mezzi di prova: c.d. «*piste probatorie*»).

⁽¹¹⁾ App. Roma 15 luglio 2005.

5. I poteri istruttori del giudice nel processo civile ordinario sono regolati da diverse disposizioni del codice di procedura civile. In particolare l'articolo 183, comma 8 (così come modificato dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, ed entrato in vigore il 1° marzo 2006) contempla la possibilità che il giudice disponga di ufficio mezzi di prova con l'ordinanza di cui al precedente comma.

Egli concederà un termine perentorio per il deposito di memoria.

Anche in questo caso, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità, il provvedimento con il quale il giudice ai sensi dell'articolo 184 c.p.c. e dell'articolo 111 della Costituzione («giusto processo») esplicita le ragioni per le quali reputa di far ricorso all'uso dei poteri istruttori (ovvero ritenga di non farvi ricorso), può essere sottoposto al sindacato di legittimità per vizio di motivazione qualora non sia sorretto da congrua e logica spiegazione per non aver fatto espletare i mezzi istruttori relativi al punto della controversia che, se esaurientemente istruito, avrebbe potuto condurre ad una diversa decisione ⁽¹²⁾.

Nel processo penale l'articolo 507 c.p.p. prevede l'ammissione di nuove prove da parte del giudice, il quale, però, a differenza di quanto accade nel giudizio civile e in quello del lavoro, soltanto *terminata l'acquisizione delle prove*, qualora risulti assolutamente necessaria, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova.

Il giudice ha l'obbligo, a pena di nullità della sentenza, di acquisire anche d'ufficio *ex* articolo 507 c.p.p. i mezzi di prova indispensabili per la decisione, non essendo rimessa alla sua discrezionalità la scelta tra disporre i necessari accertamenti ed il proscioglimento dell'imputato. Pertanto il giudice deve motivare specificamente in ordine al mancato esercizio dei poteri di integrazione probatoria e l'assenza di una adeguata motivazione censurabile in sede di legittimità determina una violazione di legge dalla quale deriva la nullità della sentenza ⁽¹³⁾.

Nel giudizio civile pertanto ed in quello di lavoro l'esercizio dei poteri istruttori ha una funzione di mera *integrazione* dell'iniziativa probatoria delle parti ma non certo suppletiva, caratteristica precipua del processo penale dove l'articolo 507 c.p.p. concede al giudice un ampio potere-dovere che deve essere esercitato dal giudice, a pena di nullità della sentenza, quando risulti *assolutamente necessario* anche con riferimento ai testimoni del P.M. preventivamente ammessi, ma non citati per l'inerzia della parte ⁽¹⁴⁾.

Nel giudizio penale l'esigenza di accertare la verità impone al giudice, quando lo ritenga assolutamente necessario, di disporre attività istruttoria suppletiva a quella non richiesta dalle parti.

Nel procedimento penale il giudice, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 507 c.p.p., può disporre l'espletamento di nuovi mezzi di prova anche nel caso in cui non vi sia stata precedente acquisizione quando anche le parti avrebbero potuto chiederla, purché l'iniziativa probatoria sia assolutamente necessaria ai fini dell'assunzione di una prova decisiva sempre nell'*ambito delle prospettazioni* delle parti, non potendo il giudice autonomamente coltivare ipotesi alternative

⁽¹²⁾ Cass. 2 marzo 2006 n. 4611.

⁽¹³⁾ Cass. pen. 11 ottobre 2005 n. 38674.

⁽¹⁴⁾ Cass. pen. 20 aprile 2001 n. 23436.

giacché in tal caso si violerebbe il principio fondamentale di terzietà della giurisdizione⁽¹⁵⁾.

Quando il giudice fa uso dei propri poteri istruttori (oppure non li utilizza nonostante la necessità) deve motivare la sua decisione e tale motivazione sarà sindacabile in sede di legittimità.

Si precisa che nel processo del lavoro la motivazione, ai fini della sindacabilità, deve essere richiesta espressamente dalla parte al momento della decisione del Magistrato e ciò perché in questo giudizio (a differenza di quello penale) non è sindacabile la decisione *ex* articolo 421 c.p.c., perché esercizio di un potere discrezionale.

6. Il Magistrato non può disporre «d'ufficio» *l'intera attività istruttoria mai richiesta* neanche indirettamente da una delle parti, ad esempio ordinando alla ditta convenuta la produzione di tanti documenti per poi scegliere nominativi di testimoni ricavati dalla narrativa del ricorso introduttivo e disporre una consulenza tecnica d'ufficio (Ctu) senza che mai il ricorrente abbia prodotto una dettagliata relazione tecnica di parte (*elemento essenziale a fondamento di una domanda ex articolo 414 nn. 3 e 4 c.p.c.*)⁽¹⁶⁾.

Il giudice del lavoro non può disporre CtU se ad esempio il ricorrente nel chiedere le differenze retributive non produca conteggi analitici e relativi riferimenti tecnici ma soprattutto non può disporlo senza che vi siano elementi tali da far ritenere almeno indirettamente che il ricorrente intendesse farne richiesta.

L'adozione di simile metodo desta non poche perplessità, poiché l'uso eccessivo dei poteri di cui all'articolo 421 c.p.c. in spregio alla stessa normativa e ai costanti insegnamenti della Suprema Corte⁽¹⁷⁾ crea non pochi dubbi sull'imparzialità del giudicante ed inevitabilmente la decisione risulterà condizionata dalla impostazione unilaterale prospettata dal ricorrente negligente.

Come già accennato, il giudice del lavoro non è chiamato a sopperire alle negligenze delle parti che sono tenute a pena di decadenza (altrimenti a che serve stabilire un termine «a pena di decadenza»?) a formulare le proprie richieste istruttorie a sostegno delle loro tesi nei perentori termini di legge, ma può soltanto integrare il quadro probatorio delineato dalle parti colmando eventuali lacune delle risultanze di causa⁽¹⁸⁾.

I poteri istruttori del giudice *ex* articolo 421 c.p.c. – pur diretti alla ricerca della verità, in considerazione della particolare natura dei diritti controversi – non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, né tradursi in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale⁽¹⁹⁾.

La nuova prova disposta di ufficio deve essere *soltanto l'approfondimento*, ritenuto indispensabile, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo⁽²⁰⁾.

⁽¹⁵⁾ Cass., sez. un., pen. 17 ottobre 2006 n. 41281.

⁽¹⁶⁾ Si veda quanto accaduto nel giudizio di primo grado istruito integralmente «di ufficio» senza richiesta delle parti in Trib. Taranto 18 maggio 2006 n. 4231.

⁽¹⁷⁾ Cass. 17 giugno 2004 n. 11353.

⁽¹⁸⁾ Cass. 10 gennaio 2006 n. 154.

⁽¹⁹⁾ Cass. 8 agosto 2002 n. 12002.

⁽²⁰⁾ Cass. 23 maggio 2003 n. 8220.

Insomma si tratta di stabilire fino a che punto possa «*spingersi*» il Magistrato nell'esercitare i poteri *ex* articolo 421 c.p.c. e se possa superare preclusioni e decadenze nelle quali siano incorse le parti con il pericolo che la imparzialità del giudice non sia più garantita.

Secondo un orientamento giurisprudenziale del 1996 «l'esercizio del potere istruttorio di ufficio rientra nella discrezionalità del giudice il cui mancato esercizio non sarebbe sindacabile in sede di legittimità [...]».

Ma, aderendo al recente orientamento della giurisprudenza di legittimità, se la parte dovesse richiedere la motivazione sull'esercizio del potere discrezionale, il giudice dovrà dar conto delle proprie scelte, ⁽²¹⁾ ed in questo caso la decisione sarebbe sindacabile in sede di legittimità ⁽²²⁾.

7. Il giudicante può far uso di tali poteri istruttori anche in grado di appello, secondo quanto stabilito dall'articolo 437 c.p.c., ove reputi insufficienti le prove già acquisite esercitando il potere-dovere di provvedere di ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale probatorio e idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi dei diritti in contestazione, sempreché tali fatti siano stati puntualmente allegati nell'atto introduttivo non verificandosi così alcun superamento di eventuali preclusioni o decadenze processuali ⁽²³⁾.

Nel processo del lavoro, l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio in grado d'appello presuppone la ricorrenza di alcune circostanze:

- *l'insussistenza di colpevole inerzia* della parte interessata, con conseguente preclusione per inottemperanza ad oneri procedurali;
- *l'opportunità di integrare* un quadro probatorio tempestivamente delineato dalle parti;
- *l'indispensabilità dell'iniziativa officiosa*, volta non a superare gli effetti inerenti ad una tardiva richiesta istruttoria o a supplire ad una carenza probatoria totale sui fatti costitutivi della domanda, ma solo a colmare eventuali lacune delle risultanze di causa ⁽²⁴⁾.

L'articolo 437, comma 2, c.p.c. attribuisce al giudice di appello incisivi poteri istruttori in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova, ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della controversia, indipendentemente dal verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti e pur in assenza di una specifica richiesta delle parti in causa. Ne consegue che, allorquando le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, anche il giudice di appello, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, ma ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati da tale materiale ed idonei a superare l'incertezza dei fatti costitutivi dei diritti in contestazione ⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ Cfr. G. IANNIRUBERTO, *Il processo del lavoro rinnovato*, Cedam, Padova, 2001, 160, in riferimento a Cass. 22 agosto 1997 n. 7881.

⁽²²⁾ Si veda avanti Cass. n. 4611/2006, cit.

⁽²³⁾ Cass. 10 gennaio 2005 n. 278.

⁽²⁴⁾ Cass. 10 gennaio 2006 n. 154.

⁽²⁵⁾ Cass. 20 aprile 2005 n. 8202.

Infine, *nel giudizio di rinvio*, con riferimento al rito del lavoro, i limiti all'ammissione delle prove concernono l'attività delle parti e non si estendono ai poteri del giudice, che potrà comunque far riferimento soltanto al materiale probatorio ritualmente acquisito nella fase processuale antecedente al giudizio di cassazione⁽²⁶⁾.

8. Soltanto nel processo penale il giudice esercita i suoi poteri istruttori anche in forma suppletiva, mentre nel giudizio di lavoro così come in quello civile il giudice può limitarsi ad integrare l'attività istruttoria già espletata avendo cura, qualora gli venga richiesto, di motivare la sua decisione, che in questo caso potrebbe essere oggetto anche di sindacato di legittimità.

L'utilizzo di quanto disposto dall'articolo 421 c.p.c. deve però rigorosamente essere contenuto nei limiti stabiliti sia dalla *ratio* della stessa normativa del processo del lavoro sia dai costanti insegnamenti della giurisprudenza di legittimità che, peraltro, ha fatto propri autorevoli pareri dottrinali.

Inoltre, i poteri di cui all'articolo 421 c.p.c. devono essere utilizzati in forma prudenziale poiché ci sarebbe il rischio fondato di ledere la effettiva imparzialità dello stesso giudice.

Nel processo del lavoro non sussiste il principio di dover a tutti i costi accertare la verità come nel processo penale: in questo caso la controversia può anche avere un esito negativo soltanto perché la parte non è stata adeguatamente diligente e ciò senza che possa sperare di essere «aiutata» dallo stesso Magistrato, il quale non deve neanche avviarsi in *piste probatorie* se dall'attività istruttoria non siano emersi elementi idonei a rendere verosimile quanto dedotto da una delle parti.

Tuttavia, stante le interpretazioni non sempre univoche ed a volte troppo «elastiche» nel concreto esercizio del potere istruttorio del giudice, sarà opportuno che nei progetti di riforma del processo del lavoro vengano previste regole più puntuali (e soprattutto chiare!) che non consentano più al giudice di agire in assoluta libertà secondo il proprio potere discrezionale.

L'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro – Riassunto. *L'A muove nella propria analisi da una ricognizione della disciplina vigente in materia di poteri istruttori del giudice del lavoro ex art. 421 c.p.c., con particolare riferimento alla disciplina relativa alle irregolarità e alle opportunità di sanatoria nel corso del giudizio, per soffermarsi, poi, sui profili relativi alla concreta modalità operativa di tale disciplina e rilevare come l'uso di tali ampi poteri determini sovente un intervento di fatto del Magistrato tale da sopperire, sostanzialmente, alle negligenze delle parti. A fronte di tale rilievo generale l'A. si ricostruisce l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità con riferimento alla distinzione tra divieto di intervento diretto del giudice, acquisizione di prove nuove su iniziativa del giudice a scopo di approfondimento, principio generale di disponibilità dell'oggetto del processo soffermandosi in particolare sul problema della necessaria sussistenza, come presupposto per l'esercizio del potere istruttorio del giudice esercitato d'ufficio, quanto meno di c.d. piste probatorie emergenti dagli atti di causa. L'A. prose-*

⁽²⁶⁾ Cass. 13 febbraio 2006 n. 3047: «Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non configurabile l'ipotesi eccezionale di una modificazione dei termini della controversia determinata dalla sentenza rescindente, e pertanto aveva ritenuto inammissibile la richiesta di produzione di nuovi documenti, non esercitabili i poteri istruttori di parte e neppure i poteri di ufficio, in quanto le relative richieste erano volte inammissibilmente non alla migliore valutazione di elementi istruttori già acquisiti, ma alla acquisizione di prove su fatti nuovi».

gue quindi nella propria analisi attraverso una comparazione, quanto ai limiti e presupposti di esercizio dei poteri istruttori attribuiti al giudice, tra rito del lavoro, rito civile ordinario e rito penale per soffermarsi sull'esame di singole ipotesi di utilizzo improprio da parte del giudice del lavoro dei propri poteri istruttori e successivamente sulla considerazione specifica della tematica in esame con riferimento al giudizio di appello. L'A. conclude rilevando come a fronte delle interpretazioni spesso equivoche del dato legale e della prassi di ricorso ai poteri istruttori del giudice in maniera eccessivamente «elastica» si riscontrino, da una prospettiva de iure condendo, l'opportunità di un intervento riformatore dell'attuale quadro normativo volto a chiarire limiti e presupposti dei poteri attribuiti in funzione istruttoria al giudice del lavoro.

The exercise of judicial powers in employment cases (Article in Italian) – Summary. *The author begins with an overview of existing provisions relating to the exercise of judicial powers in employment cases pursuant to Article 421 of the Code of Civil Procedure, with particular reference to the norms concerning procedural irregularities and the provisions for dispute resolution in the early stages of the case. The author then considers the practical applications of these provisions and highlights the fact that the use of these extensive powers often results in an intervention on the part of the judge that tends to make up for the failure of the parties to take appropriate measures. Against this background the author provides an outline of the nature of prevailing case law with reference to the distinction between the prohibition of direct intervention on the part of the judge, the acquisition of fresh evidence at the initiative of the judge in order to provide an in-depth understanding of the case, and the general principle of the allocation of cases, focusing in particular on the need to identify sources of evidence among the documents submitted to the court as a precondition for the exercise of judicial powers. The author then continues the analysis with a survey of the limits and conditions for the exercise of judicial powers in employment cases, civil cases, and criminal cases. He then goes on to examine various kinds of improper use by judges of their judicial powers and various issues relating to the appeal phase. In conclusion the author considers the interpretation of legal provisions that are often equivocal, and the use of judicial powers that may at times be considered to be excessive, and argues that in a de jure condendo perspective there appears to be a need for reform of the current legal framework in order to clarify the limits and conditions relating to the powers assigned to judges in employment cases.*

Ruolo e ideologia del processo del lavoro: commento alle recenti proposte di riforma

Marco Crippa

Sommario: **1.** Ruolo e ideologia del processo del lavoro. – **2.** Il disegno di legge Salvi-Treu. – **3.** Il disegno di legge Sacconi. – **4.** Conclusioni.

1. Occuparsi delle norme relative al processo del lavoro significa trattare con la fase patologica di un rapporto contrattuale. Significa disciplinare un conflitto che, per le ragioni storiche connesse alla nascita e alla evoluzione del diritto del lavoro, è stato avvicinato (e spesso confuso) con il conflitto sociale, ideologicamente inteso, tra le diverse classi. Specchio del conflitto di classe, il processo, per la visione più ideologica, avrebbe quindi lo scopo di ripristinare la situazione giuridica violata, restituendo alla parte debole quella quota di diritti sottratti dal comportamento datoriale.

D'altra parte, la funzione delle norme del diritto del lavoro di temperare (non senza ragione) i differenti poteri dei due soggetti coinvolti ha influenzato anche l'architettura del processo, cosicché, le attuali norme processuali non dispiegano i propri effetti solo nel processo stesso, ma proseguono l'opera iniziata dal diritto sostanziale. Ne sono, in un certo senso, il braccio operativo. Anche nel processo si ritrovano quelle disposizioni di *favor* per la posizione giuridica più debole (come accadeva, per esempio, quando l'immediata esecutività della sentenza di primo grado era prevista esclusivamente a favore del lavoratore), cercando di riequilibrare la disparità determinata dalle posizioni sociali od economiche dei contraenti. Disparità economica e sociale figlia di un determinato modello di società in un determinato momento storico.

Se diritto sostanziale e processuale sono uniti dalla stessa funzione sociale di riequilibrio delle posizioni delle parti e se in tale funzione essi si completano, risulta difficile pretendere di modificare la norma processuale senza incidere anche sulle norme sostanziali. E ciò risulterà ancor più arduo quando si vuole assegnare alla nuova norma processuale una funzione *ulteriore* che non si esaurisce nelle ristrette necessità processuali di rapidità e certezza del giudizio.

Le due proposte di legge in commento ⁽¹⁾ dimostrano alcuni obbiettivi simili e

* *Marco Crippa è responsabile delle Risorse Umane in A Novo Italia S.p.A.*

⁽¹⁾ Il riferimento è ai ddl n. 1047 (Salvi-Treu) e n. 1163 (Sacconi), entrambi pubblicati in www.csmb.unimo.it, indice A-Z, voce *Processo del lavoro*; vedi la *Presentazione del tema* in apertura della presente *Sezione*.

altri differenti, ma soprattutto, si muovono da premesse e fondamenti antitetici. Gli obbiettivi simili sono quelli dichiarati nei comunicati alla presidenza che accompagnano i disegni di legge. Qui si fa ampia menzione della necessità di ridurre il contenzioso, alla necessità di velocizzare i procedimenti, all'obbiettivo di valorizzare e incentivare i mezzi non tradizionali di risoluzione delle controversie, quali la conciliazione e l'arbitrato. Ma qui le analogie delle due proposte si esauriscono. Differenti (anzi opposti, come vedremo) sono i fondamenti ideologici dei due disegni di legge.

La proposta n. 1047 (Salvi-Treu), sebbene dichiari apertamente di voler snellire e rendere rapido il processo, trova invece nel «valore fondamentale della *tutela* contro ogni licenziamento ingiustificato» la sua principale ragione d'essere.

La proposta n. 1163 (Sacconi) nasce invece dalla valorizzazione della *volontà* delle parti nella genesi del contratto di lavoro.

I due punti di vista, che vedremo essere radicalmente diversi, determinano una differente lettura della realtà e quindi la predisposizione di mezzi diversi per la risoluzione dei problemi.

2. L'enfasi posta sull'aspetto della tutela, seppur teoricamente condivisibile, quando portata all'eccesso, conduce alla sindrome paranoide della persecuzione, in cui il soggetto (in questo caso il legislatore) vede, senza ragione, nemici ovunque. Vengono infatti pregiudizialmente intese come nemici della tutela e conservazione del posto di lavoro tutte le vicende per così dire «espulsive» o comunque risolutive del rapporto di lavoro, *ancorché giustificate*. Tale pregiudizio, tutto ideologico, ha determinato la singolare scelta di accomunare nello stesso destino di un procedimento «spiccio» e parziale fattispecie giuridiche tra loro diverse, nonché le complesse questioni legate alla interpretazione del contratto di lavoro. L'ulteriore raccomandazione al giudice di «far presto» complica il lavoro del giudicante e preclude la possibilità per un'analisi approfondita.

Entrando nel dettaglio delle singole disposizioni, rileviamo subito che il primo comma, lettera *a*), dell'articolo 1, creando i presupposti per nuovi procedimenti di urgenza, estende l'applicazione della nuova normativa processuale, oltre che ai licenziamenti e ai contratti a termine, anche alle questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro. Ciò rappresenta una contraddizione con gli scopi generali della normativa, in quanto, se da una parte il nuovo procedimento di urgenza dovrebbe essere agile e di breve durata, dall'altra, molto spesso, la qualificazione di un rapporto di lavoro, anche in ragione delle nuove tipologie di contratto introdotte dalla Legge Biagi e dalle recenti tendenze della Cassazione che enfatizzano il ruolo e la volontà delle parti, implica una ricerca e un'istruttoria molto elaborata, la quale, non di rado, comprende gli aspetti documentali della vicenda contrattuale, l'audizione delle parti, nonché l'interrogatorio di testimoni. Imporre in ogni caso, *ope legis*, che tali casi debbano essere trattati con urgenza e che *l'urgenza sia il criterio ispiratore dell'operato del giudice* (comma 2, articolo 2 del disegno di legge), vuol dire, imporre, di fatto, una cognizione sommaria che espone a rischi di decisioni scorrette e non pienamente consapevoli dei fatti di causa. Invece, il giudicante scrupoloso non potrà fare a meno di utilizzare i mezzi istruttori più ampi per la corretta conoscenza dei fatti, vanificando però, in tal modo, le intenzioni del legislatore sulla rapidità del processo.

Non sfuggono al legislatore neppure i casi di risoluzione dei contratti a progetto. La successiva lettera *b*) reca un maldestro tentativo di limitare l'ambito di applicabilità del procedimento di urgenza alle causali di cessazione del contratto a progetto o delle collaborazioni coordinate e continuative diverse da quelle previste dall'articolo 67 della Legge Biagi. Ricordiamo che l'articolo 67 trova nella conclusione del progetto la naturale cessazione del contratto, oppure, in alternativa, rinvia alle causali previste dal contratto individuale, secondo le modalità stabilite dalle parti. Pertanto, in astratto, i casi di cessazione del contratto diversi da quelli sopra indicati non sarebbero investiti dal nuovo procedimento di urgenza, ma dovrebbero seguire la via ordinaria. Tuttavia sappiamo che la tendenza principe nello strutturare il contenzioso riguardante qualsiasi causa di cessazione del contratto a progetto è quella di lamentare innanzitutto un «licenziamento mascherato» e quindi di ottenere il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato. Per fare ciò, e per avvalersi del nuovo procedimento di urgenza, basterà al ricorrente proporre la causa come *qualificazione del rapporto di lavoro* e in subordine come richiesta di dichiarazione di illegittimità del licenziamento. Il trucco è presto svelato, ma non serviva particolare acume analitico.

I trasferimenti di sede e le cessioni di azienda sono le ulteriori minacce che vengono investite dalla nuova normativa. La volontà di applicare il procedimento di urgenza a questi due istituti manifesta in modo inequivocabile il disfavore degli estensori per questi fenomeni. Notoriamente, l'ambiente sindacale vede con grande sospetto e preoccupazione gli eventi che conducono a divisioni societarie, cessioni o trasferimenti, che in qualche modo riducono la massa critica del numero dei dipendenti dell'impresa e quindi riducono la capacità del sindacato di essere adeguatamente rappresentato in azienda. I fenomeni di scissione, cessione, trasferimento ormai corrispondono a normali esigenze di diversificazione e decentramento organizzativo richieste da un mercato globale e sensibile alle sollecitazioni della concorrenza. Ma in ambiente sindacale vengono invece generalmente intesi come la volontà datoriale di annullare il peso sindacale o comunque come il tentativo di aggirare la disciplina limitativa dei licenziamenti attraverso «false» cessioni ad aziende con meno di quindici dipendenti.

Nel nuovo schema, l'atto giuridico di cessione o trasferimento della proprietà dell'impresa o di parte di essa, rimane soggetto alla cognizione sommaria del giudice che si limiterà ad una analisi allo «stato degli atti» con grave e possibile nocumento per una situazione giuridica invece molto complessa che vede spesso trasferiti, oltre al personale, anche valori economici rilevanti (rapporti di debito e credito), contratti e attività commerciali che coinvolgono terzi ed infine la proprietà di beni anche per valori consistenti. Non si dimentichi infine che processi di acquisizione di rami di azienda corrispondono a investimenti (e quindi a impegni finanziari) effettuati dall'acquirente che potrebbero essere vanificati nello stretto termine di centoventi giorni, sulla base di un processo cognitivo sommario e parziale e magari viziato da preclusioni ideologiche. Infatti, a parere di chi scrive, il fatto stesso di comprendere nel processo di urgenza sempre e comunque i casi di trasferimento e/o cessione di azienda, indica che tali fenomeni agli occhi del legislatore risultano sempre, per definizione, «sospetti» e, solo per il fatto che vengano compiuti, sono quasi certamente lesivi dei diritti dei lavoratori. Tale sospetto troverà terreno fecondo nella mente del giudicante che

tradizionalmente è più sensibile alle istanze del lavoratore che a quelle dell'azienda.

Ma vi sono ulteriori motivi di perplessità. L'attuale normativa sul procedimento di urgenza, incentrata sull'articolo 700 c.p.c., oltre a definire i termini teorici e pratici per la sua applicabilità (*periculum in mora* e *fumus boni juris*), ha carattere eminentemente cautelare e ha determinato una interessante produzione giurisprudenziale di merito, peraltro abbastanza equilibrata, che prevede l'impossibilità che la struttura dei rapporti sostanziali discendenti da un contratto possa essere alterata attraverso un provvedimento di tutela atipica quale è quello ex articolo 700 c.p.c.

In particolare, la giurisprudenza di merito ha affermato che «posto che: a) non è ammissibile la condanna all'adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto un *facere* infungibile; b) attraverso la tutela cautelare atipica non può essere alterata la struttura dei rapporti sostanziali discendenti da un contratto; non sussistono i presupposti per accogliere il reclamo proposto avverso l'ordinanza che aveva rigettato il ricorso con cui un'impresa fornitrice di prodotti destinati alla cosmesi chiedeva di inibire in via d'urgenza l'interruzione delle relazioni commerciali intrattenute con il committente, nonché il conferimento ad altra impresa dell'incarico di provvedere alla fornitura degli stessi prodotti» (2).

L'elaborazione interpretativa dell'articolo 700 c.p.c. ha quindi voluto evitare che in sede di sommaria cognizione si potessero generare effetti distortivi e definitivi in capo a terze parti (come possono essere l'acquirente del ramo di azienda o i clienti e fornitori del ramo di azienda ceduto), tali da stravolgere l'assetto giuridico determinato dalla cessione di ramo. La tutela quindi del lavoratore, in sede cautelare, troverebbe il limite della definitività dei rapporti giuridici con i terzi, nati con il trasferimento di azienda.

L'odierna proposta di legge, invece, con una impostazione teorica opposta, aggira tale limite eliminando il carattere cautelare della tutela, creando casi di urgenza *ope legis*, suscettibili in sé di travalicare ogni assetto giuridico di terzi, anche sulla base di un processo sommario e parziale.

La pericolosità ideologica di tale impostazione risiede nel tentativo di disincentivare sempre e comunque i fenomeni di scorporo e divisione societaria, non tenendo conto che la realtà economica italiana agisce in un mercato globale fortemente esposto alla concorrenza e alla variabilità del contesto, e non tenendo conto, per di più, che la realtà economica italiana è *rappresentata* da piccole e medie aziende (il 99 per cento delle aziende italiane ha meno di 50 dipendenti) che hanno la necessità di nascere, dividersi e trasformarsi secondo le esigenze del mercato medesimo.

Infine, non può non vedersi in questa nuova disciplina il tentativo di arginare la portata innovativa dell'articolo 32 della Legge Biagi, il quale, conferendo alle parti contrattuali maggiori libertà nella individuazione del ramo di azienda oggetto di cessione, è sembrato ad alcuni troppo liberale o liberista e quindi foriero di danni ai diritti dei lavoratori. Se, a livello politico, può risultare ancora impopolare modificare apertamente la Legge Biagi, allora si ricorre a strumenti indiretti, sotterranei, ma quantomeno idonei a depotenziarne gli effetti.

(2) Trib. Roma 12 settembre 2002, in *FI*, 2002, I, 3207 ss.

Un rilevante grado di ambiguità si deve poi rilevare con riferimento all'utilizzo della categoria del «trasferimento» a cui sono ricondotte, a fronte dell'identità terminologica, due fattispecie giuridiche differenti: i trasferimenti intesi come cessione d'azienda e i trasferimenti intesi come mutamento di sede di lavoro. Questi istituti nell'organizzazione del lavoro e dell'impresa assolvono a necessità assolutamente diverse, come diverse sono le conseguenze giuridiche oggettive. Del trasferimento inteso come cessione di azienda abbiamo detto sopra, ma la nuova normativa si applicherebbe anche ai casi di cui all'articolo 2103 c.c. Detto articolo tratta la materia delle mansioni del lavoratore, del divieto della *diminutio* del loro contenuto professionale e infine del mutamento della sede di lavoro, chiamato appunto trasferimento. Ecco che allora con la proposta in commento la nuova protezione legislativa viene estesa non solo alla conservazione del posto di lavoro in quanto tale, ma anche alla conservazione della *sede* originariamente deputata a tale posto di lavoro. La protezione codicistica che condiziona il mutamento di sede alle sole comprovate ragioni organizzative e produttive non è più sufficiente: occorre una protezione anche di carattere processuale, rapida e per quanto possibile dissuasiva contro il datore di lavoro, costituita dal procedimento di urgenza. Qui la posizione processuale dell'azienda si fa, se mai possibile, ancora più difficile. L'articolo 2103 c.c. infatti introduce una sorta di inversione dell'onere della prova dell'esistenza delle ragioni oggettive che giustificano il trasferimento. L'aggettivo «comprovate» costringe, giustamente, il datore a dimostrare innanzitutto l'esistenza delle stesse, ma nella nuova situazione processuale dovrà farlo in regime di cognizione sommaria, nelle ristrettezze procedurali di una istruttoria spiccia e per sua natura lacunosa. In tali casi, chi deve fornire la prova è sempre in posizione di maggiore difficoltà.

Tornando, poi, alle differenze tra i due «trasferimenti», la cessione di ramo di azienda e trasferimento di sede, ancorché, come sopra rilevato, identificati nella terminologia comune con la medesima parola «trasferimento», non solo sono diversi in fatto e in diritto, ma assolvono a esigenze organizzative diverse e traggono la loro esistenza da differenti contesti reali. Se il primo (la cessione) determina il cambio di proprietà aziendale e la nuova titolarità del rapporto di lavoro e corrisponde alla volontà dell'azienda di liberarsi di alcune attività o parti di azienda non più interessanti o importanti per la propria attività, il secondo (il mutamento di sede) assolve a necessità tutte interne all'azienda e prevede la continuità del rapporto di lavoro in capo al medesimo datore. Ma siccome i propugnatori della riforma in commento sono accecati dal furore ideologico, ritengono che ogni mutamento di sede mascheri *sempre* un intento espulsivo e quindi non potendo vietare il trasferimento di sede e comunque non potendo richiedere di più di quanto già richiesto (ripetesi giustamente) dall'articolo 2103 c.c., intervengono nel campo delle tutele processuali, avvertendo il datore che contro ogni fenomeno *latu sensu* «espulsivo», vi sarà decisione immediata e sommaria. E, incredibile a dirsi, anche nei casi di trasferimento (in entrambe le accezioni), laddove quindi non vi è perdita di retribuzione per il lavoratore (sia che muti la sede, sia che venga comprato da altra azienda il lavoratore mantiene sia il contratto che la retribuzione) opera la nuova penale di ottemperanza indicata dall'articolo 4, che, se nel licenziamento ha il significato di copertura economica contro la resistenza dell'azienda sconfitta in giudizio, nei casi di trasferi-

mento si trasforma, da una parte, in eccessiva persecuzione dell'azienda e dall'altra in ingiustificato arricchimento e motivo di discriminazione per il lavoratore ricorrente. Infatti, con tale sistema appare più tutelato il lavoratore illegittimamente trasferito (che comunque ha mantenuto in corso di causa rapporto di lavoro e retribuzione) del lavoratore licenziato che invece essendosi visto risolvere il rapporto di lavoro può soffrire di un «buco» economico, ancorché temporaneo, tra la sentenza e la effettiva reintegra.

Veniamo ora alla famosa penale di ottemperanza dell'articolo 4. Detta penale, prevista per la mancata o ritardata esecuzione della decisione di reintegrazione è sicuramente grave, ma l'inversione dell'onere della prova circa l'avvenuta reintegra tradisce un vero e proprio pregiudizio degli estensori rispetto alla posizione datoriale: secondo i principi generali del diritto il creditore deve provare l'esistenza del credito, in questo caso al ricorrente è già stato riconosciuto il posto di lavoro, è creditore della normale retribuzione a partire dalla reintegra (e anche delle retribuzioni pregresse dalla data del licenziamento) e pare ultroneo, e connotato ideologicamente, l'ulteriore vincolo dato dall'onere della prova circa la reintegra.

Parimenti, risulta privo di giustificazione giuridica il disposto di cui al comma 1 dell'articolo 4, circa la irripetibilità delle somme versate dal datore di lavoro. In primo grado il datore viene condannato alla reintegra, non ottempera subito, paga la penale, ma il secondo grado lo vede vincitore, viene quindi acclarato che l'imposizione della penale proveniva da decisione *contra legem*, quindi tecnicamente tale somma non sarebbe stata dovuta, e, a mente di tale disposizione, quanto versato si trasforma in ingiustificato arricchimento per lo Stato a sua volta divenuto creditore di somme derivanti da sentenze contrarie alle disposizioni di legge. Insomma la mancata ottemperanza ad una decisione giurisdizionale errata si trasforma in sicura perdita economica per l'azienda e in fonte di reddito per lo Stato.

Le esigenze di tutela massima richiamate all'inizio investono anche i casi di risoluzione del rapporto di lavoro in occasione di mancanze disciplinari commesse dal lavoratore. In particolare, l'intenzione di ingabbiare ogni scelta datoriale che abbia come effetto «l'espulsione» del lavoratore è percepibile nelle previsioni sospensive contenute nell'articolo 7 che, nel caso del licenziamento disciplinare, tenta di congelare gli effetti espulsivi almeno sino alla conclusione del procedimento di conciliazione. Qui l'effetto sospensivo è di sessantacinque giorni (venti per l'impugnazione e quarantacinque per la decisione, di più se trattasi di caso di particolare complessità). Ma non vi è chi non veda le conseguenze e i danni «organizzativi» che il datore di lavoro può ricevere dalla forzata permanenza in azienda del lavoratore colpito da licenziamento disciplinare. Posto che la norma prevede la possibilità del ricorso alla sospensione cautelare (che dobbiamo presumere di durata almeno uguale al procedimento di conciliazione, ma la norma non lo dice espressamente, e comunque alcuni contratti collettivi la limitano al solo termine per rendere le giustificazioni) solo nei casi di licenziamento per giusta causa, vi sono diversi casi sanzionati dal licenziamento con preavviso per i quali la permanenza in azienda sarebbe oltremodo gravosa e difficile da gestire. Pensiamo ad esempio ai casi indicati dal Ccnl Metalmeccanici, quali la rissa, l'insubordinazione o le condanne a pene detentive che ledano

no la figura morale del lavoratore. In tutti questi casi, che definirei di «igiene» nell'organizzazione del lavoro e dell'impresa, l'azienda licenzia e paga il preavviso, anche per ovvie ragioni di credibilità nei confronti dei lavoratori che si comportano correttamente. Imporre quindi la permanenza in azienda in attesa di futuri giudizi rappresenta una protezione che supera i limiti di ragionevolezza.

La visione che l'azienda disponga di risorse illimitate e che possa sostenere tutte le conseguenze che attengono al rapporto di lavoro, compresi i fenomeni patologici, porta a caricare il datore di lavoro di costi impropri il cui impatto economico è difficile da valutare, ma il conseguente danno organizzativo è enorme.

Solo chi non conosce i fenomeni sociali che intervengono nell'ambiente di lavoro e quali sono le leve gestionali per una corretta ed efficiente organizzazione delle attività produttive (leve che non posso eludere il concetto di responsabilità personale) può pensare che il rapporto di lavoro possa «navigare solitario» quale variabile indipendente senza alcun legame con l'organizzazione dell'impresa.

Una visione questa che finisce per scaricare sul datore di lavoro qualsiasi conseguenza del rapporto contrattuale e che predilige, prima di ogni altro aspetto, la protezione e la conservazione del posto di lavoro (ma non del lavoro!). Una visione che impone un'idea statica del mondo economico, di sola difesa e di scarsa fiducia nell'avvenire e nella capacità del sistema di auto-regolarsi. Una lettura della realtà che dimostra scarsa fiducia anche nelle possibilità dei lavoratori di mantenere vivo un rapporto di lavoro sulla base delle proprie capacità e impegno. Ne deriva una sempre maggiore deresponsabilizzazione del lavoratore verso le conseguenze del proprio operato e un aggravio di costi sulla collettività.

Seguendo poi l'ordine dell'articolato, non possiamo non notare la poca chiarezza dell'articolo 11, che dispone la destinazione delle somme pagate dall'azienda per ritardata esecuzione dell'ordine di reintegra. Tali somme andrebbero a coprire gli «oneri sostenuti (da chi?) per effetto di decisioni che modificano provvedimenti che hanno riconosciuto la legittimità del licenziamento».

Il successivo Capo III della proposta di legge tratta dei procedimenti di conciliazione e arbitrato. E qui si recupera l'obiettivo di snellimento del procedimento e si nota in modo chiaro l'intenzione di «intercettare» il contenzioso del lavoro e di evitare di congestionare le aule di Tribunale. È noto che un gran numero di cause vengono ormai conciliate in prima udienza e quindi ben venga l'ipotesi che la conciliazione sia sottratta al giudice che si occuperà invece delle vere controversie. La nomina del conciliatore è prevista nel caso in cui il giudice si renda conto, sulla base del proprio calendario, di non poter fissare la comparizione delle parti o la trattazione entro il termine di trenta giorni dal deposito del ricorso. I termini per le notifiche sono alquanto brevi, e destano qualche preoccupazione sulla mancanza di tempo tecnico per redigere una buona difesa, tenuto conto che vengono confermate le preclusioni istruttorie previste dal secondo comma dell'articolo 416 c.p.c.

Il procedimento prosegue spedito sino alla redazione del processo verbale di conciliazione (o di mancata conciliazione), in ogni caso da compiersi entro trenta giorni (dal deposito del ricorso?). Il ruolo attivo del giudice e del conciliatore, la possibilità di fissare nel verbale di mancata conciliazione le questioni non contestate o le possibili soluzioni prospettate ancorché non accettate dalle parti hanno l'evidente scopo di forzare le parti a raggiungere la conciliazione o, quanto

meno, di rendere più semplice e agile il giudizio successivo. Tra l'altro, concedendo ampia libertà al conciliatore nella redazione del verbale di mancata conciliazione, potendo egli aggiungere quanto «ritenga utile» comunicare al giudice per il prosieguo della controversia, presumiamo che il conciliatore fisserà i termini provvisori della tentata conciliazione magari fornendo alcuni elementi sul contegno tenuto dalle parti in sede di tentata conciliazione.

Ottima la soluzione di detassare gli importi derivanti dalla conciliazione. Spesso ci si inventa titoli inesistenti rispetto alla domanda per sottrarre le somme di conciliazione al prelievo fiscale e/o contributivo, allo scopo di ottenere un «netto a pagare» soddisfacente per il lavoratore ricorrente e di costo contenuto per il datore.

3. Se il disegno Salvi-Treu procede cauto e difensivo, la proposta di legge Sacconi gioca d'anticipo. E rischia.

L'obiettivo di questa proposta di legge, come ampiamente illustrato nella relazione introduttiva, è quello di limitare, da una parte, l'insorgere del contenzioso del lavoro e dall'altra nel direzionare la risoluzione delle controversie verso canali alternativi a quello del ricorso alla giustizia ordinaria. Il primo scopo verrebbe raggiunto con l'assistenza alle parti in sede di sottoscrizione e certificazione del contratto di lavoro. Il secondo obiettivo sarebbe centrato con l'attivazione di canali decisionali alternativi che garantiscano rapidità di decisione e, anche, risparmi sui costi di giustizia. Questi canali alternativi sarebbero, ad esempio, la procedura di conciliazione presso la commissione della Dpl, oppure l'arbitrato, rituale o irrituale.

Quindi, sommariamente, lo schema del progetto di legge risulta essere il seguente:

- 1) Assistenza alla formazione della volontà delle parti attraverso la certificazione dei contratti davanti alla commissione della Dpl.
- 2) Ruolo attivo e cognizione piena della commissione qualora venga investita del tentativo di conciliazione. Infatti, le parti devono produrre, prima della comparizione, specifiche memorie che fisseranno l'oggetto della controversia. La commissione, inoltre, in mancanza di accordo delle parti, potrà formulare una proposta di soluzione della quale verrà dato conto nel verbale di mancata conciliazione. Il contegno delle parti durante la conciliazione e le valutazioni espresse avranno certamente un peso sulla decisione del giudice e, comunque, egli ne dovrà tenere conto nella liquidazione delle spese.
- 3) Anche in caso di mancata conciliazione è sempre possibile utilizzare canali ulteriori: può essere utilizzata la commissione stessa per dare vita all'arbitrato (rituale) oppure sarà possibile rivolgersi al Collegio di conciliazione e arbitrato per l'arbitrato irrituale.
- 4) In ogni caso, l'ambito del controllo giudiziale è limitato alla mera verifica dell'esistenza dei presupposti che la legge pone come condizione di legittimità per la stipulazione di un certo tipo di contratto di lavoro. Addirittura, qualora si tratti di contratto di lavoro certificato, il giudice *non può* discostarsi dalle valutazioni (leggi: volontà) delle parti espresse in sede di certificazione.
- 5) Si introduce una forte disincentivazione a proporre cause temerarie o pretestuose in presenza di contratti certificati perché, in ogni caso, le spese di lite

dovranno seguire la soccombenza.

E così il cerchio si chiude.

La strategia è chiara: determinare in modo incontrovertibile la volontà delle parti durante la genesi del contratto, costringere le parti allo «stare ai patti» e quindi ad osservare la volontà contrattualizzata, velocizzare il contenzioso fuori dagli ambiti della giustizia ordinaria, limitare l'opera del giudice all'accertamento del rispetto della volontà manifestata e alla verifica dell'esistenza delle condizioni poste dalla legge per la generazione del contratto di lavoro.

L'approccio è nuovo, ma soprattutto l'idea di fondo è nuova, o quantomeno coraggiosa. Come già anticipato più sopra, assume finalmente importanza rilevante la volontà delle parti. Si recupera quindi la dimensione «privatistica» e «contrattualistica» del diritto del lavoro, ovvero sede di disciplina e regolazione di rapporti economici tra le parti. Non sfugge però agli estensori del progetto di legge la debolezza di uno dei contraenti, ed ecco che la presenza delle commissioni di certificazione in sede di maturazione della volontà contrattuale riequilibra le posizioni delle parti. Poi, però, la responsabilità del rispetto di quanto concordato spetta ai contraenti, sottoposti, in questo senso, al controllo giurisdizionale.

Ci si appresta quindi ad abbandonare quella vecchia ideologia «pubblicistica» che concepiva la protezione della parte debole con i limiti posti alla parte forte, limiti incidenti sia sul piano sostanziale (oppressive condizioni sulle tipologie di contratti di lavoro possibili) sia sul piano processuale.

Con la proposta in esame si recupera invece la libera (ancorché assistita da organismi terzi) volontà dei contraenti, vincolata solo dagli accordi presi. Riecheggia nel progetto di legge, e ne costituisce l'anima, il vecchio principio latino, *pacta sunt servanda*, figlio dell'obbligo morale non solo del rispetto dei patti, ma anche del rispetto della persona dell'altro contraente, nel momento in cui contrae diritti individuali che non sono altro che l'emanazione della propria persona.

Spartiacque con il passato è l'articolo 1 del disegno di legge, che cade come un macigno su quei giudici e su quella dottrina partigiani delle interpretazioni «estensive» ed «evolutive» delle disposizioni di legge, che spesso hanno tracciato in valutazioni di merito sui comportamenti e sulle scelte economiche datoriali, ponendo il giudicante al posto dell'imprenditore, ma non con l'obiettivo del bene dell'impresa ma con quello della protezione senza limiti del lavoratore.

Ci si distacca quindi da quel tipo di corrente interpretativa, per esempio, che per anni ha sostenuto che il contratto di lavoro a termine si potesse concludere solo per esigenze straordinarie dell'impresa, facendo obbligatoriamente coincidere la temporaneità delle necessità con la loro straordinarietà. Oppure, ci si oppone alla recente tendenza di interpretare le causali per la somministrazione a tempo indeterminato come clausole descrittive di attività «residuali» dell'azienda volendo quindi precludere, chissà perché, la somministrazione alle attività normali e istituzionali dell'impresa. E ciò anche se dalla lettera dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003 non emerge nulla in questa direzione. Ma siccome per i sostenitori di tali tesi solo il contratto a tempo indeterminato, sottoscritto direttamente con il datore di lavoro, è l'unico e vero contratto liberamente sottoscrivibile dal lavoratore, risulta necessario, in sua difesa, restringere dall'esterno la possibilità del datore di concludere contratti diversi e quindi oltre ai limiti

espressi dalla legge ci si inventa limiti ulteriori, indotti e interpretati.

Con il nuovo progetto di legge tutto questo scompare: le parti vengono inchiodate e responsabilizzate alla loro volontà dichiarata, e se essa è dichiarata in sede di certificazione, essa non è sindacabile dal giudicante (a condizione certamente che una o entrambe le parti non si siano comportate in modo difforme da quanto sottoscritto).

I commi terzo e quarto dell'articolo 1 sono altrettanto basilari. In essi si cerca di indirizzare l'attività interpretativa del giudice ai concetti di licenziamento (per giusta causa o giustificato motivo) che le parti collettive convengono o converranno. Anche qui la volontà delle parti (in questo caso le parti collettive, sottoscrittrici dei contratti nazionali) assume il valore di criterio guida, anche contro, e il tempo ci dirà sino a che punto, la giurisprudenza sino ad oggi prodotta.

Ma non si può dire che il giudice venga blindato e costretto in angusti sentieri segnati da altri. Infatti, il comma in commento aggiunge autonomamente alcuni criteri che dovrebbero guidare la decisione del giudice: l'anzianità e le condizioni del lavoratore, il comportamento delle parti prima del licenziamento, la situazione del mercato locale (!), ecc. Criteri nuovi, e però non del tutto nuovi e neppure sconosciuti al giudice. Ma qui la novità sta nello scoprirli, nel rivelarli alla luce del sole. In alcuni casi si tratta di criteri che i giudici hanno già presenti e che segretamente già utilizzano, senza poterli dichiarare, in quanto non tipizzati dalla legge. Criteri come «le condizioni dell'attività esercitata dal datore», oppure come «il comportamento delle parti anche prima del licenziamento» aprono spazi immensi alla valutazione e abilità interpretativa del giudice. Il criterio della «situazione del mercato locale» fa uscire il giudice dalla torre d'avorio e lo cala nella realtà.

La nuova disposizione di legge fornisce al giudice elementi di valutazione extra giuridici che, se ben utilizzati, condurranno a decisioni equilibrate, in linea con il contesto economico del momento, proporzionate, nei loro effetti, alle dimensioni economiche dell'impresa. Con questa disposizione, a parere di chi scrive, il legislatore dimostra rispetto e fiducia per le qualità professionali del giudicante, con una mano gli fornisce nuovi strumenti e con l'altra gli indica la nuova via.

Al comma quarto si respira l'aria della Legge Biagi. Il rinvio alla contrattazione collettiva, tanto usato nel decreto n. 276/2003, impone alle parti sociali di attivarsi nella definizione dei concetti generali di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo che serviranno poi al giudice per decidere la causa. L'eventuale decreto ministeriale emesso in caso di ritardo delle parti sociali potrà essere derogato dagli accordi collettivi successivi, ma nel frattempo, sulla scorta dei ritardi delle parti collettive in sede di implementazione della Legge Biagi, è un bene assicurare la possibilità di un intervento legislativo sostitutivo.

Il Capo III contiene norme tecniche per la disciplina della conciliazione e dell'arbitrato. Le commissioni di certificazione possono fungere anche da camere arbitrali, oppure possono svolgere la procedura di conciliazione, che a differenza dell'attuale procedura, permette alla commissione una cognizione piena della controversia. Come detto sopra infatti, le parti hanno l'obbligo di depositare memorie a dettaglio dei termini di causa, che dovranno poi essere allegate al ricorso ordinario qualora il tentativo di conciliazione non abbia avuto esito. Ma la

disponibilità degli atti di causa permette alla commissione di poter «incidere» maggiormente sulle parti e sulla loro disponibilità alla conciliazione. D'altronde se una delle parti ha in origine attivato la procedura di conciliazione (che non è più obbligatoria, ma facoltativa) significa che una qualche volontà conciliativa esiste, e quindi in omaggio alla volontà individuale, la conciliazione deve essere tentata.

Ottima l'idea (come peraltro nel disegno di legge n. 1047) di prevedere una esenzione fiscale del 50 per cento per gli importi corrisposti in sede conciliativa. Sebbene l'articolo 6 si riferisca alla conciliazione presso la commissione della Dpl, dobbiamo ritenere che l'esenzione fiscale sia operante anche in caso di conciliazione conclusa davanti al giudice ordinario?

Occorre invece sollevare alcune perplessità sull'efficacia (e qui sta il rischio a cui si accennava più sopra) dell'impianto della procedura di conciliazione e comunque di tutte le norme che riguardano le commissioni presso la Dpl. Oggi il sistema non funziona ancora correttamente. Non sempre le commissioni convocano le parti entro il termine di legge e il ruolo dei componenti è poco più che notarile, con scarso valore aggiunto. Oltre a nuovi mezzi strutturali e organizzativi sarebbe opportuno prevedere un intervento formativo dei componenti le commissioni. La fiducia nel funzionamento delle commissioni e l'autorità professionale dei loro componenti saranno la condizione per il massiccio utilizzo di tale strumento e per il decongestionamento delle aule giudiziarie.

Un ulteriore elemento di rischio, infine, risiede nella poca propensione dei lavoratori e delle imprese all'utilizzo dello strumento della certificazione, come pure al ricorso agli strumenti alternativi alla giustizia ordinaria. In questo senso la nuova proposta di legge garantisce una pluralità di mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie e fa salvi gli strumenti attuali, quali le sedi conciliative previste dall'attuale contrattazione collettiva, ma autorizza anche le parti a sottoscrivere clausole compromissorie nei contratti certificati. Insomma offrendo una molteplicità di scelte si cerca di far mutare costume alle parti contrattuali.

Solo il tempo e una certa «collaborazione», nonché «convinzione» delle parti sociali potranno dirci se gli obiettivi saranno centrati.

4. Sarà difficile, durante le prossime discussioni nelle commissioni parlamentari, riuscire a ridurre le differenze dei due progetti di legge e generare un disegno unico. Se può essere abbastanza agevole trovare l'accordo su aspetti eminentemente tecnici (come il funzionamento dell'arbitrato, delle commissioni di conciliazione, o sulla detassazione degli importi erogati in sede conciliativa), tuttavia i presupposti ideali da cui i due disegni si muovono non consentono, a parere di chi scrive, ulteriori possibilità di sintesi.

La scelta del disegno di legge Salvi-Treu di centrare l'obiettivo della maggiore velocità del processo del lavoro attraverso l'introduzione di nuovi procedimenti di urgenza, segue quel filone interpretativo nato negli anni Settanta, dopo lo Statuto dei lavoratori, sulla spinta dei cosiddetti Pretori d'assalto. In seguito, la produzione giurisprudenziale ha confermato l'applicabilità dell'articolo 700 c.p.c. anche al processo del lavoro, intendendo il suddetto articolo quale principio generale di tutela della parte che attivando il processo si dovesse trovare a subire danni irreparabili a causa della eccessiva durata del processo stesso. Si accentua-

rono allora mezzi e schemi difensivi coerenti con una certa visione della società costituita da blocchi sociali contrapposti.

Oggi, in un contesto economico e sociale mutato, gli estensori di questo progetto, sembra abbiano preso atto di tre elementi fondamentali che turbano il sistema:

- a) la eccessiva lentezza del processo del lavoro;
- b) le nuove fattispecie contrattuali introdotte dalla Legge Biagi;
- c) le mutevoli vicende economiche e le varianti degli assetti organizzativi dell'impresa che impattano direttamente sui rapporti e sui contratti tra datore e lavoratore.

Come abbiamo ripetuto in più punti, seguendo il medesimo approccio di allora, di fronte a fenomeni sociali ed economici di difficile lettura e controllo, che disegnano scenari incerti, si è ritenuto opportuno predisporre una serie di provvedimenti «difensivi» e «conservativi» che possano costituire un argine all'incertezza. La paura quindi del futuro, unita ad una visione ideologica pessimistica verso i fenomeni sociali ed economici dettati dal mercato ha quindi generato, ancora una volta, una reazione di difesa e di protezione dei diritti acquisiti. Una lotta rinunciataria e di sola retroguardia, che preferisce i diritti acquisiti rispetto alle possibili evoluzioni dei diritti stessi o delle condizioni nei futuri e nuovi assetti sociali ed economici.

La reazione quindi è quella tipica, rinvenibile anche nelle aziende private, di quei *managers* che incerti sul futuro e incapaci di leggere le evoluzioni del mercato o del contesto economico o sociale in cui operano, adottano strategie economiche e organizzative di difesa del proprio settore o della propria quota di mercato, in attesa di capire le evoluzioni future. È ovvio che in tali casi costoro vengono sempre superati da chi invece legge in anticipo il nuovo contesto, anticipa le soluzioni, è primo nelle proposte.

Se davvero la proposta di legge Salvi-Treu ha lo scopo di velocizzare il processo del lavoro, attraverso la promozione del procedimento conciliativo e dell'arbitrato, cercando di dirottare il contenzioso su binari «non giudiziari» e alleggerire il carico di lavoro della magistratura ordinaria, perché definisce «urgenti» *ope legis* alcune fattispecie allo scopo, nemmeno tanto celato, di bloccare qualsiasi cambiamento e trasformazione del contesto lavorativo? Perché costringe il giudicante ad una istruttoria spiccia e limitata proprio sulle questioni più importanti che invece richiedono tempo per analisi approfondite?

La risposta risiede forse nel fatto che dopo un'analisi di carattere tecnico sulla situazione del contenzioso del lavoro, abbia prevalso, negli estensori, la volontà «politica» di attribuire alla riforma del processo un *ulteriore* obiettivo, che travalica gli scopi dichiarati della riforma e che intende incidere sull'assetto sociale ed economico del Paese. Partendo da una interpretazione errata e datata della realtà si persegue lo scopo di aggiungere protezioni e difese per coloro che hanno già un rapporto di lavoro. In questo modo si contraddice l'obiettivo dichiarato di snellire i procedimenti perché sull'altare della protezione massima viene sacrificata la bontà dell'istruttoria, la rapidità del processo e l'accettabilità delle decisioni.

Ma come si è detto, le differenze dei due progetti appartengono soprattutto alla sfera ideale e non a quella tecnico-giuridica.

Il progetto Sacconi pone al centro i soggetti-contraenti e valorizza e tutela la

volontà da loro dichiarata. È l'individuo, la persona che, autrice del proprio destino e ben informata sulla realtà, sceglie volontariamente il tipo di contratto di lavoro e vincola, con l'aiuto della sovrastruttura delle norme, la controparte al rispetto di tale volontà.

Tale enfasi sull'individuo manca nel progetto Salvi-Treu. Anzi, in questo disegno di legge per eccesso di tutela, l'individuo sembra negato in quanto essere pensante.

Indicatore esemplare di tutto ciò sono le nuove norme relative al licenziamento disciplinare. Qui vengono sovvertiti i principi cardine dell'organizzazione del lavoro: la professionalità (e l'unicità) del contributo e la responsabilità personale per l'opera prestata. Tentare di anestetizzare ogni conseguenza proveniente dalla attività del lavoratore e impedire (o anche solo irragionevolmente procrastinare) la risoluzione del rapporto, anche in presenza di mancanze disciplinari significa frustrare il valore e l'importanza dell'apporto individuale (che invece è emanazione della persona stessa). Significa non valutare le differenze dei contributi, significa non valutare le differenze delle persone, significa disgiungere il destino della persona dalla sua opera. La persona, il lavoratore viene così inteso come essere indifferenziato, appartenente ad una massa di esseri senza volto e senza responsabilità.

Ruolo e ideologia del processo del lavoro: commento alle recenti proposte di riforma –

Riassunto. *L'A. si propone un'analisi critica dei due disegni di legge di riforma del processo del lavoro attualmente all'esame in Parlamento, muovendo da una premessa generale sul ruolo e sulla funzione del processo del lavoro nonché sulla matrice ideologica che spesso viene applicata alle relative questioni, di modo che imposta l'analisi successiva individuando i due punti di vista che, a suo avviso, hanno improntato la elaborazione dei disegni di legge in esame: la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, da un lato, la valorizzazione della volontà contrattuale, dall'altro. In tale quadro problematico, l'A. passa quindi in rassegna, separatamente, i due disegni di legge con riferimento ai singoli istituti coinvolti nei progetti riformatori, dall'ottica specifica di evidenziarne da un lato le conseguenze pratico-operative, anche in considerazione delle attuali prassi giudiziarie, e dall'altro i sottintesi concettuali e le opzioni di valore. All'esito della propria analisi, l'A. conclude rilevando come, a fronte delle diversità di presupposti ideali riscontrate nell'esame dei due disegni di legge, risulterà difficile, salvo che per i profili più immediatamente tecnici, raggiungere, nel dibattito politico, la elaborazione di un disegno riformatore comune.*

Comment on recent proposals for the reform of employment cases (Article in Italian) –

Summary. *The author provides a critical review of the two proposals for the reform of employment cases currently before Parliament. The analysis starts from a general overview of the role and function of employment cases, as well as of the ideological stance that is often taken in relation to these employment issues. The author then goes on to identify the two criteria that in his opinion influenced the drafting of the legislative proposals: on the one hand, protection from individual dismissal, and on the other hand, the enforcement of the terms of the employment contract. In this problematic framework the author examines the two main proposals for legislative reform with reference to the various aspects of each proposal, highlighting the practical and operational consequences in the light of current judicial practices, and examining the underlying philosophy and principles. In concluding the analysis the author notes that apart from any technical considerations, considering the diversity of the conceptual basis of each of the reform proposals, it will be difficult political terms to agree on a common platform for reform.*

La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005

Michele Piccari

Sommario: **1.** Le ragioni del passaggio da un sistema previdenziale monista ad un sistema previdenziale misto. – **2.** Fonti istitutive e fonti costitutive. – **3.** Dialettica tra forme pensionistiche complementari collettive ed individuali nel decreto legislativo n. 252/2005. – **4.** I fondi a contribuzione definita ed i fondi a prestazione definita. – **5.** Le forme pensionistiche complementari collettive: i fondi chiusi. – **5.1.** *Segue:* i fondi aperti. – **6.** Profili organizzativi dei fondi chiusi e dei fondi aperti. – **7.** Profili gestionali dei fondi pensione chiusi ed aperti. – **8.** Le forme pensionistiche complementari individuali. – **9.** La forma pensionistica residuale presso l'Inps. – **9.1.** *Segue:* l'istituzione del fondo gestito dall'Inps per l'erogazione del trattamento di fine rapporto. – **10.** Le forme previdenziali preesistenti. – **11.** L'incerta identità della previdenza complementare.

1. Il decreto legislativo n. 252/2005 (di seguito decreto n. 252), che ha riformato la previdenza complementare, rappresenta, al tempo stesso, l'ulteriore evoluzione normativa sviluppatasi nel corso degli ultimi anni, ed anche, almeno nelle intenzioni del legislatore, la definitiva sistemazione giuridica del secondo livello pensionistico ⁽¹⁾.

Prima di procedere all'analisi della disciplina delle varie tipologie di fondo pensione, regolate dal decreto in esame, occorre accennare molto brevemente alle ragioni per cui la previdenza complementare non può essere considerata una mera opzione di politica economica, ma al contrario costituisca una necessità improrogabile al fine di garantire pensioni dignitose alle future generazioni.

L'articolo 1, comma 1, del decreto n. 252, espressamente prevede quale obiettivo delle forme previdenziali complementari quello di assicurare «più elevati livelli di copertura previdenziale».

L'articolo 38, comma 2, della Costituzione, poi, ha stabilito il principio secondo cui le prestazioni previdenziali devono essere *adeguate alle esigenze di vita* dei

* *Michele Piccari è dottorando di ricerca in Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma «La Sapienza».*

⁽¹⁾ Cfr. P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato*, in *DPL*, 1993, n. 35, suppl., III, che, già con riferimento al d.lgs. n. 124/1993, ricorda come il dibattito tra sostenitori «di una autonoma disciplina della materia e quella dei sostenitori di una disciplina direttamente incardinata in quella del più generale sistema pensionistico di base, si è concluso con la netta prevalenza di questa seconda linea». Per una esauriente ricostruzione in chiave anche storica dell'evoluzione della previdenza complementare, sia consentito rinviare a R. VIANELLO, *Previdenza complementare e autonomia collettiva*, Cedam, Padova, 2005.

lavoratori, tra l'altro, anche in caso di vecchiaia.

Evidentemente qualche problema sul fronte dell'adeguatezza ⁽²⁾ delle pensioni deve essere stato all'origine del rinnovato impulso riformatore che è sfociato nell'approvazione del decreto n. 252.

In questo senso, il problema nasce dalle riforme degli anni Novanta, tutte ispirate prevalentemente dall'esigenza di contenimento dell'intervento finanziario pubblico nel settore previdenziale, soprattutto pensionistico, con finalità di «sostenibilità del sistema previdenziale» ⁽³⁾ nel medio e lungo periodo.

In particolare, il vuoto di copertura previdenziale deriva dal passaggio dal sistema di calcolo delle pensioni *retributivo* al sistema di calcolo *contributivo*, introdotto dalla legge n. 335/1995, e dall'abolizione, per le sole pensioni contributive, dell'istituto dell'integrazione al minimo.

Il sistema di calcolo contributivo determina, com'è noto, un tasso di sostituzione ultima retribuzione – pensione che tende di fatto a dimezzare il tenore di vita del lavoratore non appena inizia a percepire la pensione, e questa circostanza da sola rischia di vanificare la garanzia costituzionale di adeguatezza della prestazione pensionistica.

In altre parole, il vero antecedente storico del decreto n. 252, non sarebbe da ricercare nel decreto legislativo n. 124/1993, che pure rappresenta la prima disciplina organica in tema di previdenza complementare ⁽⁴⁾, bensì nella legge n. 335/1995 di riforma del sistema pensionistico nel suo complesso, in quanto la disciplina del decreto n. 252 qui in esame si pone dialetticamente in contrappunto con quest'ultima.

La soluzione del problema è rappresentata dalla cooptazione della previdenza integrativa nel sistema previdenziale «multipilastro» ⁽⁵⁾, con la contestuale marcia di avvicinamento della previdenza complementare stessa dal comma 5 verso il comma 2 dell'articolo 38 della Costituzione ⁽⁶⁾.

⁽²⁾ Sulla nozione di «adeguatezza» e le difficoltà di inquadramento che pone all'interprete, vedi M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, in *RGL*, 2000, I, 523.

⁽³⁾ F. VALLACQUA, *La legge delega sulle pensioni e le prospettive future*, in *LPO*, 2004, n. 6, 964.

⁽⁴⁾ Vedi però R. VIANELLO, *op. cit.*, 8-9, che rileva «l'ingannevole organicità del testo base, cioè del decreto legislativo n. 124/1993, che solo figurativamente può essere definito "codice della previdenza complementare", ma che, in realtà, si compone di una pluralità di norme che traggono la loro origine e natura dai più disparati rami del diritto». Difficoltà simili, prosegue l'Autore, emergono anche a considerare la previdenza complementare come «sistema», almeno se per sistema si intende non solo una «somma delle operazioni di riconduzione di ciascuna norma all'alveo normativo a essa proprio, ma anche come coerente sviluppo, intrinseco ed autonomo (autonomo – si intende – dagli altri ambiti normativi di riferimento), del disegno programmatico sotteso al decreto legislativo n. 124/1993».

⁽⁵⁾ Per tale intendendosi un sistema previdenziale che si fonda su di una pluralità di pilastri: «il primo, generale e obbligatorio è costituito dalla previdenza pubblica che eroga la pensione di base mentre il secondo, volontario e collettivo o addirittura individuale è costituito dalle forme pensionistiche complementari (fondi pensione e forme previdenziali individuali)»; così D. MEZZACAPO, *I principi della previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, II, 665.

⁽⁶⁾ Com'è noto, il dibattito sulla riconducibilità della previdenza complementare al secondo o al quinto comma dell'art. 38 Cost., è quanto mai complesso ed articolato. Sull'evidente «collegamento funzionale istituito tra previdenza di base e neo regolamentati regimi di previdenza complementare», con conseguente «collocazione della previdenza complementare all'interno della complessiva struttura diretta ad attuare la garanzia di cui all'art. 38, comma 2, Cost.», vedi M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, 65; l'Autore peraltro, rileva anche alcuni elementi che depongono in senso

Pertanto, del tutto ambigua appare la formula utilizzata dal legislatore per giustificare le finalità della previdenza complementare («assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale»), che lascerebbe intendere un aumento dei livelli di tutela in assoluto, mentre in realtà lo scopo principale è di colmare le lacune di tutela nella copertura previdenziale derivanti dall'entrata a regime del metodo di calcolo delle pensioni contributivo.

In altre parole, per permettere alle future generazioni di percepire una pensione di livello paragonabile a quello della generazione precedente è necessario colmare il differenziale negativo che si è venuto a creare nel passaggio dalla tecnica di calcolo *retributiva* alla tecnica di calcolo *contributiva*.

In questo senso, quindi, considerata la «pressante necessità di rivedere i meccanismi interni alla previdenza pubblica»⁽⁷⁾, lo sviluppo della previdenza complementare diventa «condizione politica imprescindibile per intervenire sulla spesa previdenziale»⁽⁸⁾.

Ma tale finalità non può certamente essere considerata progressiva, come lascerebbe intendere l'espressione «più elevati livelli» di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto n. 252.

In realtà, l'angolo visuale in cui si pone il legislatore in questa materia è quello di conservazione di un certo livello di tutela, per evitare che un'intera generazione (pensione contributiva) abbia meno di quanto ha avuto la generazione precedente (pensione retributiva).

In definitiva, la costruzione del sistema previdenziale multipilastro è funzionale «se non a impedire, a limitare, la perdita di copertura, ridistribuendola tra una previdenza di base alleggerita ed una complementare ed integrativa via via appe-

contrario all'inclusione della previdenza complementare nel comma 2 dell'art. 38 Cost., e segnatamente la facoltatività sia della istituzione dei fondi pensione sia dell'adesione del lavoratore, elementi che mal si coordinano con il carattere di obbligatorietà ed imperatività della previdenza, appunto, obbligatoria. *Contra*, vedi M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *ADL*, 1998, n. 2, 311; l'Autore ritiene che la previdenza complementare dovrebbe essere inquadrata nell'art. 38 Cost., comma 5, perchè non caratterizzata dalla finalità, propria della previdenza di base della liberazione dal bisogno, essendo piuttosto volta a tutelare un interesse privato a maggiori livelli di copertura previdenziale. Cfr. G. PROIA, *Tutela previdenziale pubblica, consenso del soggetto protetto e previdenza complementare (note a margine ad un recente convegno)*, in *ADL*, 2000, 115. Sul punto, vedi anche T. TREU, *Previdenza privata e stato sociale in Italia*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2004, 9, il quale ricorda come tale contrapposizione possa essere sdrammatizzata sia «ricordando come lo stesso articolo al comma 4 riconosca la possibilità che la funzione pubblica sia svolta anche da organi ed istituti diversamente configurati», sia rilevando come anche i sostenitori delle tesi privatistiche «apprezzano la razionalizzazione introdotta dalle riforme e il superamento delle concezioni corporative che concretano l'attuazione del programma costituzionale disegnato contemporaneamente dall'art. 38, c. 1 e 2, Cost. e quindi la realizzazione di un modello di *Welfare State* più esteso ed equilibrato». In posizione di critica rispetto alla prospettazione come antitesi netta della differenza tra secondo e quinto comma dell'art. 38 Cost. si colloca A. TURSI, *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 262, il quale rileva come «il modo in cui autonomia privata e previdenza sociale interagiscono» non darebbe luogo «né a una piena "funzionalizzazione" dell'autonomia privata con finalità previdenziali [...], né alla irrilevanza della previdenza complementare nel disegno costituzionale di sicurezza sociale». Nello stesso solco si muove R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2005, 33. L'Autore infatti assegna alla previdenza complementare un «compito di cerniera tra la previdenza privata di cui al comma 5° dell'art. 38, Cost. e la previdenza obbligatoria di cui al comma 2° dello stesso articolo».

⁽⁷⁾ G. FERRARO, *Dai fondi pensione alla democrazia economica*, in *RGL*, 2000, 187.

⁽⁸⁾ G. FERRARO, *op. ult. cit.*

santita»⁽⁹⁾.

Esaurita tale premessa, sarà ora possibile procedere ad una breve ricognizione del complesso panorama delle tipologie di fondi pensione disciplinate dal decreto n. 252, così come da ultimo modificato dalla legge n. 296/2006 (Legge Finanziaria 2007).

2. L'analisi delle forme pensionistiche complementari deve necessariamente partire dalla distinzione fondamentale tra fonti istitutive e fonti costitutive.

La previdenza complementare, com'è noto, opera mediante «appositi fondi, la cui denominazione (non utilizzabile da altri soggetti) deve contenere l'indicazione "fondo pensione", sulla base di fonti istitutive di varia natura»⁽¹⁰⁾.

Le fonti istitutive sono quindi, in sostanza, gli «strumenti giuridici»⁽¹¹⁾ (contratti, accordi, regolamenti), attraverso i quali le forme pensionistiche complementari possono essere istituite.

Le fonti costitutive sono rappresentate al contrario dalle norme che regolano l'organizzazione e la struttura interna dei fondi pensione⁽¹²⁾.

L'elenco contenuto nell'articolo 3, del decreto n. 252, costituisce l'insieme delle fonti istitutive di forme di previdenza complementare, ossia gli atti finalizzati all'attivazione di un fondo pensione.

In tal senso, le fonti istitutive dettano una «prima regolazione della iniziativa previdenziale che per loro tramite appunto si istituisce»⁽¹³⁾.

In generale, tale prima regolamentazione riguarda aspetti essenziali quali «identità e programma del fondo pensione, ambito dei soggetti legittimati alla adesione e sue modalità, regime delle contribuzioni»⁽¹⁴⁾.

Come detto, altra cosa rispetto alle *fonti istitutive* sono le *fonti costitutive*, le quali sono gli atti negoziali di cui all'articolo 4 del decreto n. 252, «che organizzano la forma pensionistica con una puntuale disciplina di statuto e la configurano come

⁽⁹⁾ F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, XXV. In questo senso, per ricollegarsi al dibattito circa la collocazione costituzionale della previdenza complementare nel secondo o nel quinto comma dell'art. 38 Cost., è da condividersi, a parere dello scrivente, la tesi che vede nella previdenza complementare un'identità di funzioni con la previdenza pubblica – anzi, e per meglio specificare, «la realizzazione dello stesso fine pubblico (art. 38, c. 2, Cost.) di garantire ai lavoratori un adeguato livello di tutela a compensazione della ridotta copertura delle pensioni pubbliche conseguente alle riforme degli anni Novanta». Così T. TREU, *op. cit.*, 9. Vedi, in questo senso, G. FERRARO, *op. cit.*, 192, il quale dalla interdipendenza funzionale della previdenza complementare rispetto a quella pubblica deriva come naturale conseguenza quella di «privilegiare i fondi collettivi di categoria tanto più allorché si ritenga di utilizzare il trattamento di fine rapporto quale finanziamento prioritario della previdenza complementare». Tale privilegio – peraltro attuale nella vigenza del d.lgs. n. 124/1993 – sembra essere venuto meno, almeno da un punto di vista formale, con l'approvazione del d.lgs. n. 252/2005.

⁽¹⁰⁾ T. TRANQUILLO, V. FERRANTE, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2006, 321.

⁽¹¹⁾ G. ZAMPINI, *La previdenza complementare, fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, Padova, 2004, 87.

⁽¹²⁾ Vedi, sul punto, M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 559. Secondo l'Autore, «sono denominati fonti istitutive i soggetti (le parti collettive – nella vigenza del d.lgs. 124/1993) che provvedono alla costituzione del fondo e alla sua regolamentazione, ma si denominano alla stessa maniera anche i testi normativi (statuti e regolamenti) che disciplinano ciascun fondo pensione».

⁽¹³⁾ M. BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 215-216.

⁽¹⁴⁾ M. BESSONE, *op. ult. cit.*, 216.

soggetto di diritto»⁽¹⁵⁾.

In altri termini, le fonti istitutive determinano, a grandi linee, le caratteristiche di una determinata forma pensionistica complementare, mentre le fonti costitutive ne regolano i profili organizzativi, al fine di renderla operativa. Si pensi, per esempio, alla predisposizione dello statuto, alla specificazione delle norme di organizzazione interna, ecc.

Nessuna confusione può perciò essere fatta tra le due fonti; anzi «quello che emerge con nitidezza è piuttosto il dato della sottordinazione gerarchica delle fonti costitutive e statutarie, rispetto a quelle istitutive»⁽¹⁶⁾.

In altri termini, la distinzione concettuale tra fonti istitutive e fonti costitutive, confortata anche dalla suddivisione degli articoli 3 e 4 del decreto n. 252, rispecchia «un preciso procedimento di formazione del fondo pensione: da un primo momento, in cui si fissano gli elementi e le regole dell'operazione previdenziale, determinando così gli specifici assetti degli interessi delle parti che istituiscono il fondo, si passa ad un secondo momento in cui la forma previdenziale viene concretamente attuata mediante la costituzione del modello organizzativo prescelto»⁽¹⁷⁾.

Non è mancato peraltro chi in dottrina⁽¹⁸⁾ ha invitato a non lasciarsi trarre in inganno dall'espressione «fonti istitutive» come contrapposta a «fonti costitutive».

Infatti, «se si scorre l'insieme delle disposizioni contenute nel decreto n. 124 – (leggi oggi n. 252) –, si ha modo di verificare agevolmente come le cosiddette fonti istitutive siano chiamate a svolgere un ruolo che va ben al di là dell'avvio dei fondi pensione. Ad esse infatti, lo stesso decreto assegna il compito di definire aspetti cruciali della vita dei fondi pensione, quali le modalità e la misura della contribuzione, il trasferimento volontario da un fondo pensione all'altro»⁽¹⁹⁾.

Tale orientamento non è certo privo di fondamento, ma non può condurre alla conclusione secondo cui non vi sarebbe differenza sostanziale tra le due fonti.

L'articolo 3, comma 3, del decreto n. 252, ad esempio, prevede che «le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari stabiliscono le modalità di partecipazione, garantendo la libertà di adesione individuale».

L'articolo 3, comma 1, lettera g), d'altra parte, nel disciplinare l'ipotesi di fondo pensione istituito dagli enti previdenziali dei liberi professionisti, già in questa sede introduce l'obbligo della gestione separata delle risorse finanziarie, con indicazione anche delle modalità di tale gestione.

⁽¹⁵⁾ M. BESSONE, *op. ult. cit.* Cfr., sul punto, P. SANDULLI, *Previdenza complementare*, in *DDPCom*, 246-247, il quale, trattando delle fonti istitutive e costitutive, delinea una distinzione tra una linea «strettamente giuslavoristica» ed una «civiltistica», anche in riferimento all'ormai abrogato art. 12 c.c.

⁽¹⁶⁾ A. TURSI, *op. cit.* Il rapporto, pertanto, tra le due fonti non è di tipo funzionale, ma gerarchico. «La verità – prosegue l'Autore – è che la distinzione tra questi due ordini di fonti risiede nella diversa forza normativa, e più precisamente, nella valenza metanegoziale e propriamente normativa attribuita alle fonti istitutive della previdenza complementare: una valenza – si noti – eccedente la stessa comune efficacia “normativa” dei contratti collettivi di lavoro, giacché operante anche nei confronti di atti negoziali diversi dal contratto di lavoro, quali appunto, le fonti costitutive (e regolamentari) delle associazioni e delle fondazioni pensionistiche».

⁽¹⁷⁾ G. ZAMPINI, *op. cit.*, 154.

⁽¹⁸⁾ A. PANDOLFO, *La previdenza complementare*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2006, 1618.

⁽¹⁹⁾ A. PANDOLFO, *op. ult. cit.*

Questi come altri esempi, dimostrano che il confine tra fonti istitutive e fonti costitutive può in alcune circostanze non essere così netto, in quanto le fonti istitutive non si limitano a disciplinare una prima regolazione del fondo pensione, ma dettano regole anche in tema di organizzazione, partecipazione degli aderenti, gestione delle risorse nell'ambito dell'ente e così via.

Il fatto però che i confini tra fonti istitutive e fonti costitutive siano a volte più sfumati ed evanescenti di quanto possa apparire *prima facie*, non potrebbe condurre a negare validità alla distinzione, se non altro perché l'interpretazione del diritto incontra un limite insuperabile nel tenore letterale delle norme stesse.

È infatti lo stesso legislatore delegato a fare riferimento all'articolo 3 alla «istituzione» di forme pensionistiche complementari, mentre la rubrica dell'articolo 4 si occupa della «costituzione» dei fondi pensione.

3. Già da una prima lettura dell'elenco delle fonti istitutive emerge peraltro un'ulteriore fondamentale distinzione: quella tra forme di previdenza complementare di tipo collettivo e di tipo individuale.

Tale distinzione, da sempre accolta in dottrina, risulta ora anche confermata ed esplicitamente prevista dallo stesso legislatore.

Il decreto n. 252, infatti, espressamente, e diversamente dal decreto legislativo n. 124/1993, accoglie la «*summa divisio* tra la previdenza complementare c.d. collettiva e la previdenza complementare c.d. individuale»⁽²⁰⁾.

L'articolo 1, comma 3, lettera *a*), del decreto n. 252, fornisce la definizione delle «forme pensionistiche complementari collettive».

L'articolo 1, comma 3, lettera *b*), invece, fa riferimento alle «forme pensionistiche complementari individuali» di cui più oltre all'articolo 13.

L'introduzione della definizione di previdenza complementare collettiva ed individuale da parte del legislatore non è dettaglio trascurabile o irrilevante⁽²¹⁾, ma al contrario rende la misura esatta dell'evoluzione della previdenza complementare da fenomeno prevalentemente gestito dall'autonomia collettiva a nuovo importante protagonista del mondo finanziario.

In questo senso appare condivisibile l'opinione secondo cui la dicotomia individuale-collettivo rappresenta le «due anime» della previdenza complementare, al «crocevia tra diritti sociali e mercato», e rispetto alle quali, a seconda delle diverse opzioni di politica legislativa, si sono realizzati equilibri e bilanciamenti diversi⁽²²⁾.

E, proprio analizzando l'evoluzione della materia, diviene evidente come il legislatore abbia voluto realizzare, con il decreto n. 252, un bilanciamento tra gli interessi contrapposti, conferendo però pari dignità formale anche alle forme pen-

⁽²⁰⁾ G. ZAMPINI, *op. cit.*, 87.

⁽²¹⁾ Rileva opportunamente A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d. lgs. 252/2005*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2006, n. 2, 154, che «il d.lgs. 252/2005 è ambivalente: si preoccupa subito di distinguere fra forme collettive e forme individuali e subito introduce previsioni che concorrono a sminuire il valore della distinzione». Infatti, già in sede di definizione, viene immediatamente precisato che il t.f.r. potrà affluire sia alle forme collettive, sia alle forme individuali.

⁽²²⁾ S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare*, in *LG*, 2006, n. 3, 249 e ss.

sionistiche individuali ⁽²³⁾.

Resta da verificare se a questa accresciuta visibilità delle forme previdenziali complementari di tipo individuale seguirà anche una maggiore attenzione da parte dei lavoratori verso dette forme.

Tanto premesso, occorre ora tornare al dato normativo concreto delineato dal legislatore delegato.

Ai sensi dell'articolo 1, pertanto, sono da intendersi fonti istitutive di forme complementari collettive innanzitutto i contratti o accordi collettivi, con previsioni specifiche a seconda della categoria o comparto o raggruppamento di lavoratori specificamente interessati.

La nozione di forma pensionistica collettiva compete inoltre, per espressa previsione legislativa, anche ai fondi pensione aperti con adesione su base collettiva, ex articolo 12 del decreto n. 252.

È vero che secondo una parte della dottrina ⁽²⁴⁾, a dispetto della scelta sistematica operata dal legislatore, la linea di confine tra forme collettive ed individuali non andrebbe ricercata all'interno dei fondi aperti a seconda che l'adesione avvenga in forma collettiva od individuale, in quanto l'adesione ai fondi pensione di per sé «è sempre individuale e mai collettiva» ⁽²⁵⁾.

Ma è stato chiarito ⁽²⁶⁾ che i fondi pensione aperti con adesione su base collettiva si caratterizzano in realtà «per l'intervento di una fonte che ne circoscrive in qualche modo l'area di riferimento e ne regola altresì le condizioni principalmente sotto il profilo del finanziamento». In altri termini la previsione dell'articolo 12, comma 2, si riferisce a quei casi in cui il datore di lavoro e il sindacato stabiliscono con un accordo aziendale che i lavoratori dell'azienda o un gruppo di essi aderiscono ad un determinato fondo aperto e versano ad esso le quote di accantonamento del loro t.f.r., mentre il datore di lavoro versa allo stesso fondo il suo contributo per ogni lavoratore che vi abbia aderito. In questi casi dunque vi è la necessità dell'«intervento *a monte* di un atto – una fonte istitutiva – proveniente da soggetti diversi dalla società promotrice e riguardante un certo insieme di destinatari» ⁽²⁷⁾.

L'elencazione contenuta nell'articolo 3, comma 1, disciplina infine altre signifi-

⁽²³⁾ Vedi P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, in M. MESSORI (a cura di), *La previdenza complementare in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2006, che rileva come «sull'onda del processo di equiparazione fra le varie forme pensionistiche, collettive ed individuali, si è dato rilievo ad iniziative non necessariamente sindacali».

⁽²⁴⁾ A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, in *RDSS*, 2002, 121.

⁽²⁵⁾ A. PANDOLFO, *op. cit.*, 152; vedi, sul punto, A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, cit., 121, il quale rileva come «la c.d. "adesione collettiva" a un fondo pensione aperto non ha nulla di qualitativamente diverso rispetto all'adesione individuale, se non la circostanza che, in questa forma, si rende possibile anche l'introduzione di un obbligo di contribuzione datoriale e il conferimento, parziale o totale, del t.f.r.». In sostanza, le forme complementari collettive sarebbero rappresentate dai fondi chiusi, mentre le forme complementari individuali sarebbero costituite dai fondi aperti e dai contratti di assicurazione, a nulla rilevando la prospettata distinzione tra fondi aperti con adesione collettiva o individuale di cui all'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 252/2005.

⁽²⁶⁾ A. PANDOLFO, *op. cit.*, 152-153.

⁽²⁷⁾ A. PANDOLFO, *op. ult. cit.*, 153.

cative ipotesi, di valenza comunque collettiva ⁽²⁸⁾.

Rispetto al decreto legislativo n. 124/1993, inoltre, sono state aggiunte alcune fonti istitutive in precedenza ignorate.

Le novità riguardano le forme pensionistiche complementari istituite dalle Regioni, le quali dovranno disciplinarne il funzionamento privato di cui ai decreti legislativi n. 509/1994 e n. 103/1996.

Le forme pensionistiche complementari di tipo collettivo si articolano tradizionalmente a loro volta nei *fondi chiusi* di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da *a*) ad *h*), del decreto n. 252 (già articolo 3, decreto legislativo n. 124/1993), e nei *fondi aperti* «su base collettiva» ex articolo 12, comma 2, decreto legislativo n. 252/2005 (già articolo 9, comma 3, decreto legislativo n. 124/1993).

La ragione della dicotomia tra fondi chiusi ed aperti «sta nel fatto che il momento della raccolta delle risorse, nei primi, deve rimanere distinto da quello della gestione, affidata, attraverso convenzione, a soggetti all'uopo qualificati, mentre, nei secondi, questa distinzione non è richiesta» ⁽²⁹⁾.

Da altra angolazione, la distinzione si basa sulla diversa individuazione della platea dei destinatari, in quanto i fondi pensione chiusi sono «attivati nell'interesse di quanti per la loro posizione professionale appartengano ad una "categoria", un "comparto" o altri "raggruppamenti" del mondo del lavoro» ⁽³⁰⁾, «mentre la partecipazione ai fondi pensione aperti è, in linea di principio, completamente svincolata dall'appartenenza dell'aderente a classi di lavoratori predefinite» ⁽³¹⁾.

In altre parole, i fondi chiusi sono destinati «esclusivamente a una categoria di dipendenti» ⁽³²⁾ o di lavoratori autonomi, mentre quelli aperti hanno come destinatari «tutti coloro i quali vogliano iscriversi, senza limitazioni di sorta» ⁽³³⁾, almeno in linea di principio.

In altra ottica, è stato affermato che i fondi chiusi sono «destinati a gruppi di lavoratori definiti mediante un atto d'autonomia negoziale a valenza collettiva, anche se non *stricto sensu* d'autonomia collettiva» ⁽³⁴⁾.

La linea di confine tra fondi chiusi ed aperti, in quest'accezione, sarebbe ascrivibile non tanto all'esistenza di requisiti di partecipazione al fondo, quanto nella natura dei fondi chiusi come fondi «a genesi collettivo-professionale, [...] fondati sull'auto-organizzazione e la partecipazione dei lavoratori» stessi ⁽³⁵⁾.

È stato anche rilevato ⁽³⁶⁾ che, in realtà, i fondi pensione assolvono tutti «alla stessa funzione e, una volta che tutti devono essere gestiti con il regime della

⁽²⁸⁾ Nello specifico trattasi dei fondi promossi da Regioni (lett. *d*)), accordi fra soci lavoratori di cooperative (lett. *e*)), accordi fra soggetti destinatari del d.lgs. n. 565/1996 (lett. *f*)), nonché i soggetti di cui all'art. 6, comma 1, limitatamente ai fondi pensione aperti (lett. *h*)).

⁽²⁹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, cit., 665.

⁽³⁰⁾ M. BESSONE, *op. cit.*, 200.

⁽³¹⁾ G. ZAMPINI, *op. cit.*, 88.

⁽³²⁾ C. DE ANGELIS, A. SGROI, *Manuale delle nuove pensioni. Il sistema pensionistico italiano e il regime internazionale*, Maggioli, Rimini, 2005, 205.

⁽³³⁾ C. DE ANGELIS, A. SGROI, *op. ult. cit.*, 205.

⁽³⁴⁾ Così A. TURSI, *La previdenza pensionistica privata: forme complementari e forme individuali*, cit., 114.

⁽³⁵⁾ A. TURSI, *op. ult. cit.*, 114-115.

⁽³⁶⁾ M. PERSIANI, *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *ADL*, 2006, n. 6, 1484; l'Autore, rispetto alle distinzioni tra fondi già delineate, propone quella tra fondi pensione sindacali e commerciali.

contribuzione definita, vengono meno, tra loro, le differenze strutturali»⁽³⁷⁾.

Le forme previdenziali complementari «individuali» sono invece costituite dall'adesione «su base individuale» ai fondi aperti (articolo 13, comma 1, lettera *a*), e ivi riferimento all'articolo 12, del decreto n. 252), nonché dalla conclusione di contratti di assicurazione sulla vita aventi finalità previdenziali (piani pensionistici individuali o «p.i.p.»), stipulati con imprese di assicurazione autorizzate dall'Isvap (articolo 13, comma 1, lettera *b*), del decreto).

4. Il legislatore ripropone, nel decreto n. 252, anche la distinzione tra fondi pensione a contribuzione definita e fondi pensione a prestazione definita.

I fondi a contribuzione definita sono quelli nei quali «l'importo della prestazione pensionistica finale non è predeterminato, ma dipende dai risultati di gestione delle risorse, tempo per tempo accantonate con la contribuzione periodica (questa sì, predeterminata)»⁽³⁸⁾.

In altri termini, con la contribuzione definita, «il rischio dell'investimento è tutto a carico dei beneficiari ed ai partecipanti non viene garantita una prestazione determinata»⁽³⁹⁾, la quale come detto dipende «dalla redditività degli investimenti effettuati»⁽⁴⁰⁾.

I fondi a prestazione definita, al contrario, sono quelli in cui la prestazione finale risulta predeterminata, mentre la contribuzione viene modificata di volta in volta, «sulla base del variare della situazione economica generale e dei conseguenti rendimenti degli investimenti di capitale»⁽⁴¹⁾.

In sostanza, in questo secondo caso, il fondo pensione si obbliga ad assicurare che il soggetto iscritto percepisca una (pre)determinata prestazione pensionistica complementare.

Il parametro di riferimento preso in considerazione è «per lo più un determinato livello di reddito o di trattamento pensionistico obbligatorio», e la variabile dipendente sarà costituita dai contributi adeguati in ragione del rendimento degli investimenti effettuati⁽⁴²⁾.

Per concludere sul punto, la differenza è che «nel fondo a contribuzione definita vi è un elemento fisso rappresentato dal contributo e un elemento variabile costituito dalla prestazione finale, laddove in quello a prestazione definita il rapporto è diametralmente invertito»⁽⁴³⁾.

Tutto ciò premesso, il decreto legislativo n. 124/1993 prevedeva, all'articolo 2,

⁽³⁷⁾ M. PERSIANI, *op. ult. cit.*, 1484.

⁽³⁸⁾ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 558.

⁽³⁹⁾ G. ZAMPINI, *op. cit.*, 90.

⁽⁴⁰⁾ F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale*, ES, Napoli, 2001, 262.

⁽⁴¹⁾ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 558.

⁽⁴²⁾ Rileva, sul punto, M. BESSONE, *Fondi pensione e mercato finanziario. Le attività di investimento, le garanzie di tutela del risparmio con finalità previdenziale, l'ordinamento delle attività dei fondi pensione negoziali e «chiusi»*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 343, come «la gestione del fondo pensione “a prestazione definita” a veder bene infatti non è gestione finanziaria ma più semplicemente e appunto soltanto fattispecie di contratto di assicurazione reso operativo nell'interesse degli iscritti». Suggeriva, peraltro, risulta anche la ricostruzione della forma pensionistica a prestazione definita come «prestazione di garanzie assicurative che ha per oggetto obbligazioni di risultato», e, per converso, le forme pensionistiche a contribuzione definita come obbligazioni di mezzi.

⁽⁴³⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, cit., 665.

comma 2, lettera *a*), che per i lavoratori dipendenti, privati e pubblici, potessero essere attivate «esclusivamente forme pensionistiche complementari in regime di contribuzione definita, ovvero forme che assicurino un tasso di rendimento finanziario garantito»⁽⁴⁴⁾.

Il decreto legislativo n. 252/2005 ha confermato l'area dei destinatari dell'obbligo di contribuzione definita, comprendendo al suo interno anche i soci lavoratori di cooperative – anche unitamente ai lavoratori dipendenti dalle cooperative stesse (articolo 2, comma 1, lettera *d*) – e coloro ai quali si applica il decreto legislativo n. 565/1996 (soggetti che svolgono, senza vincolo di subordinazione, lavori non retribuiti in relazione a responsabilità familiari), anche se non iscritti al relativo fondo (articolo 2, comma 1, lettera *d*)).

Per quanto riguarda i lavoratori autonomi ed i liberi professionisti, il decreto legislativo n. 252/2005 ha anche in questo caso riprodotto fedelmente quanto già disposto dal decreto legislativo n. 124/1993. In tal senso, l'articolo 2, comma 2, lettera *b*), dispone che lavoratori autonomi e liberi professionisti possano attivare *anche* «forme pensionistiche complementari in regime di prestazioni definite, volte ad assicurare una prestazione determinata con riferimento al livello del reddito ovvero a quello del trattamento pensionistico obbligatorio».

5. All'interno della categoria dei c.d. fondi chiusi si trova un insieme eterogeneo di previsioni.

L'elemento unificante, come accennato in precedenza, consiste, rispetto ai fondi aperti, nella possibilità di aderire riservata soltanto a lavoratori appartenenti a categorie, gruppi o raggruppamenti ben delimitati.

In altre parole, i fondi chiusi «vengono costituiti a seguito dell'istituzione di una determinata forma pensionistica collettiva e possono aderirvi soltanto i lavoratori interessati»⁽⁴⁵⁾.

I fondi chiusi, fino all'emanazione del decreto n. 252, avevano rappresentato indubbiamente la modalità prioritaria di costituzione di forme pensionistiche complementari, potendosi evincere agevolmente questo dato dalla lettura del combinato disposto degli articoli 3 e 9 del decreto legislativo n. 124/1993.

L'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo n. 124/1993 consentiva infatti l'adesione del lavoratore al fondo pensione aperto solo nel caso in cui «non sussistano o non operino le fonti istitutive di cui all'articolo 3», vale a dire solo nel caso in cui non fossero stati attivati fondi pensione chiusi; in sostanza, secondo la vecchia disciplina di cui al decreto n. 124, soltanto «i lavoratori dei settori o delle aziende per i quali non [fossero] stati istituiti i fondi chiusi [potevamo] aderire ai fondi aperti»⁽⁴⁶⁾. Ciò era dovuto al fatto che la disciplina di cui al decreto n. 124

⁽⁴⁴⁾ Sulle ragioni della preclusione per i lavoratori subordinati dei fondi a prestazione definita, vedi F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 262, il quale ritiene che la ragione di ciò «consiste nell'esigenza di una conoscenza preventiva da parte dei datori dell'ammontare dei contributi, e quindi del costo della forza lavoro». Peraltro, anche per quel che concerne i lavoratori, tale preclusione si giustifica proprio con l'intento di non esporre i lavoratori, «che potrebbero anche essere i soli a sopportare gli oneri contributivi, ad un rischio eccessivo, in considerazione del basso reddito, specie delle fasce più deboli».

⁽⁴⁵⁾ M. GHIRALDELLI, A. CAVAZZA, G. COSSO (a cura di), *Finanza e previdenza. Presente e futuro degli strumenti della previdenza complementare per rispondere ai bisogni dell'investitore privato*, Il Sole 24 Ore Libri, Milano, 2006, 62.

⁽⁴⁶⁾ G. FALCUCCI, *Previdenza complementare: esperienze e prospettive*, in *QADL*, n. 6, 2004, 16.

«era condizionata dal fatto che, fino ad allora, quella previdenza era stata istituita e gestita sulla base di accordi sindacali, quasi sempre aziendali»⁽⁴⁷⁾.

Il legislatore del 2005, al contrario, in ossequio al principio di equiparazione e concorrenza tra le varie forme pensionistiche complementari, ha ritenuto di eliminare una tale limitazione.

L'articolo 3 del decreto n. 252 prevede, come già il decreto legislativo n. 124/1993, l'istituzione di forme pensionistiche complementari da parte di «contratti ed accordi collettivi, anche aziendali», «ovvero, in mancanza, accordi fra lavoratori» (lettera *a*)), nonché «accordi fra lavoratori autonomi o fra liberi professionisti, promossi da loro sindacati» (lettera *b*)).

Appare peraltro immediatamente evidente, già da una prima lettura dell'elenco di cui all'articolo 3, e nonostante le ulteriori causali previste dal decreto n. 252 (fondi promossi dalle Regioni e dalle casse professionali), che nella maggioranza dei casi le fonti istitutive fanno riferimento a fondi chiusi contrattuali, ossia fondi la cui istituzione è riservata a «contratti e accordi collettivi, anche aziendali, [...] ovvero, in mancanza, accordi fra lavoratori, promossi da sindacati firmatari di contratti collettivi nazionali di lavoro» (articolo 3, lettera *a*), del decreto n. 252).

In altri termini, risulta confermata, nonostante l'omaggio formale all'equiparazione delle fonti istitutive, «la centralità dell'autonomia collettiva»⁽⁴⁸⁾, «pur coniugata col principio della libertà d'adesione individuale»⁽⁴⁹⁾.

D'altra parte, la scelta del contratto collettivo quale fonte privilegiata di promozione della previdenza di secondo livello pone numerosi problemi, che in questa sede è solo possibile accennare.

La questione principale è rappresentata dalla possibile interferenza sulla libertà d'adesione individuale da parte della previdenza complementare istituita mediante contratti collettivi.

L'efficacia soggettiva del contratto collettivo, com'è noto, «si estende solo agli iscritti alle associazioni stipulanti»⁽⁵⁰⁾.

E proprio per gli iscritti a sindacati che istituiscono per via collettiva forme di previdenza complementare si palesa la necessità di garanzia della libertà di scelta, anche negativa, ossia di non aderire ai fondi negoziali⁽⁵¹⁾.

Una possibile «via d'uscita» si può rinvenire nell'ambito dello stesso decreto n. 252, e precisamente nell'articolo 1, comma 2, che contiene una vera e propria norma di principio e «criterio generale»⁽⁵²⁾, stabilendo che «l'adesione alle forme pensionistiche complementari disciplinate dal presente decreto è libera e volontaria».

Peraltro, proprio in tema di fonti istitutive si afferma che le stesse «stabiliscono le modalità di partecipazione, garantendo la libertà di adesione individuale» (artico-

⁽⁴⁷⁾ M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006, 354.

⁽⁴⁸⁾ R. VIANELLO, *op. cit.*, 156. Non concorda R. PESSI, *op. cit.*, 559, e rileva come «la contrattazione collettiva, pur contemplata tra le fonti istitutive, non riveste più un ruolo primario nella gerarchia delle medesime».

⁽⁴⁹⁾ S. GIUBBONI, *op. cit.*, 250.

⁽⁵⁰⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2003, 2001, 139.

⁽⁵¹⁾ È infatti «indiscutibile che la costituzione di fondi collettivi, negoziati all'interno (o in coincidenza) dei contratti collettivi, determina una situazione di preminenza dei sindacati stipulanti, [...] realizzando nei fatti situazioni fortemente condizionanti anche a livello individuale»; così G. FERRARO, *op. cit.*, 193.

⁽⁵²⁾ P. SANDULLI, *Il decreto legislativo n. 124/93 nel sistema pensionistico riformato*, cit., V.

lo 3, comma 3, del decreto n. 252), esprimendo così, nel diritto positivo, l'oramai consolidato principio di «non coincidenza tra rapporto di lavoro e rapporto con il fondo»⁽⁵³⁾.

In tal senso, il principio della libertà di adesione individuale conduce ad escludere che le fonti istitutive dei fondi pensione possano ritenersi vincolanti per i lavoratori, «anche quando inserite in un contratto che disciplini l'intero rapporto di lavoro»⁽⁵⁴⁾.

Tornando ora alla disamina delle fonti istitutive, l'articolo 3, lettera e), del decreto n. 252, disciplina, inoltre, le forme pensionistiche complementari costituite dai soci lavoratori di cooperative⁽⁵⁵⁾.

La lettera f), articolo 3, del decreto n. 252, si occupa invece dei fondi chiusi istituiti da accordi fra soggetti destinatari del decreto legislativo n. 565/1996, «anche se non iscritti al Fondo ivi previsto»⁽⁵⁶⁾, ossia – ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del citato decreto – fra i soggetti che svolgono, senza vincolo di subordinazione, lavori non retribuiti in relazione a responsabilità familiari e che non prestano attività lavorativa autonoma o alle dipendenze di terzi e che non sono titolari di pensione diretta.

Altra ipotesi, del tutto residuale, di fondo chiuso già prevista dal decreto legislativo n. 124/1993, e riprodotta nel decreto n. 252, è quella del fondo istituito dai regolamenti di enti o aziende, i cui rapporti di lavoro non siano disciplinati da contratti o accordi collettivi, anche aziendali (lettera c)).

È questa, a parere di molti, una fonte istitutiva non contrattuale, essendo il regolamento negozio unilaterale.

Peraltro, secondo un diverso orientamento, al fondo pensione istituito mediante regolamento «si accompagna una valenza collettiva. Il regolamento si pone, infatti, come proposta rivolta all'insieme dei lavoratori facenti parte del gruppo a cui la forma di tutela complementare è indirizzata»⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵³⁾ R. VIANELLO, *op. cit.*, 99, ed ivi per una esauriente ricostruzione del dibattito in materia; sul punto, vedi anche G. ZAMPINI, *op. cit.*, 91 ss.

⁽⁵⁴⁾ F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 258. Per concludere sul punto, proprio infatti «la libera adesione individuale ai fondi pensione – che risulta, inderogabilmente, garantita – parzialmente sdrammatizza, peraltro, il problema concernente l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, che rechino l'istituzione di quei fondi» (M. DE LUCA, *La disciplina dei fondi pensione*, in *DLRI*, 1994, 1, 85); vedi peraltro in proposito lo stesso F. MAZZIOTTI, *op. cit.*, 258, che ribadisce: «ne consegue l'irrelevanza del problema di efficacia *erga omnes* in contrasto con l'art. 39, comma 4, Cost., che viceversa si sarebbe posto nel caso di obbligatorietà dell'adesione ai fondi».

⁽⁵⁵⁾ Per quel che concerne quest'ultima fonte istitutiva, si rileva come dopo l'approvazione della l. n. 142/2001 si ritenne «superato il riferimento agli accordi fra soci lavoratori di cooperative» (G. DONDI, *Le vicende modificative delle fonti istitutive*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 294), in quanto la legge aveva «previsto che la prestazione lavorativa non [...] (fosse) più riconducibile al vincolo associativo», ma dovesse essere dedotta in un «distinto» rapporto di lavoro. E proprio sulla base di tale distinto rapporto di lavoro sarebbe stata «individuata la fonte istitutiva delle forme pensionistiche complementari». Recentemente, al contrario, «l'art. 9 della legge n. 30 del 2003 ha eliminato il riferimento “e distinto”, ma, ha lasciato l'aggettivo ulteriore, sicché si può dire che il legislatore, pur conservando la duplicità di rapporti che intercorrono tra socio lavoratore e cooperativa di lavoro, prevista dalla legge n. 142, vuole sottolineare di nuovo la centralità del rapporto sociale» (G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2004, 333). In coerenza con tale nuovo assetto, il legislatore delegato ha potuto proporre, quale ipotesi distinta e separata, l'accordo fra soci lavoratori come fonte istitutiva.

⁽⁵⁶⁾ A. CASOTTI, M.R. GHEIDO, *Previdenza obbligatoria e complementare*, Giuffrè, Milano, 2006, 45.

⁽⁵⁷⁾ Così A. PANDOLFO, *La previdenza complementare*, cit., 1618.

In tal senso, quindi, l'accettazione del lavoratore consentirebbe di riconoscere natura contrattuale al regolamento ⁽⁵⁸⁾.

Il decreto n. 252 non si limita però a riprodurre fedelmente ipotesi già previste dal precedente assetto legislativo (articolo 3, decreto legislativo n. 124/1993), ma, anche in tema di fondi pensione chiusi, introduce alcune novità.

L'articolo 3 del decreto n. 252, prevede infatti, alla lettera g), quali fonti istitutive, gli enti di diritto privato di cui ai decreti legislativi n. 509/1994 e n. 103/1996. Si tratta in sostanza delle casse professionali che gestiscono forme obbligatorie di previdenza ed assistenza trasformate in persone giuridiche private dai citati decreti legislativi ⁽⁵⁹⁾.

In pratica, gli enti di diritto privato, di cui ai decreti legislativi n. 509/1994 e n. 103/1996, «che attualmente gestiscono forme di previdenza obbligatoria per le categorie di lavoratori interessate, possono istituire sia direttamente, con l'obbligo di gestione separata, sia attraverso la creazione di soggetti autonomi, fondi pensione complementari destinati ai lavoratori iscritti al regime obbligatorio dagli stessi gestito» ⁽⁶⁰⁾.

Qualche accenno merita inoltre la Regione quale soggetto abilitato all'istituzione di fondi pensione ⁽⁶¹⁾.

L'articolo 3 del decreto n. 252, infatti, alla lettera d), attribuisce alle Regioni la facoltà di istituire forme pensionistiche complementari, imponendo nel contempo l'obbligo di disciplinarne il funzionamento con legge regionale, nel rispetto della normativa nazionale in materia ⁽⁶²⁾.

L'articolo 117, comma 3, della Costituzione, prevede, com'è noto, tra le materie di legislazione concorrente, la previdenza complementare ed integrativa ⁽⁶³⁾.

⁽⁵⁸⁾ Si deve precisare tuttavia che la fattispecie in esame, oltre che nell'ambito dell'*offerta* al pubblico ex art. 1336 c.c., può essere ricondotta alternativamente nello schema della *promessa* al pubblico (art. 1989 c.c.). La differenza, com'è noto, consiste nel fatto che l'*offerta* al pubblico «non è impegnativa se non con l'accettazione del destinatario mentre invece la promessa vincola il promittente non appena essa è resa pubblica (art. 1989). In buona sostanza, l'*offerta* al pubblico è pur sempre elemento di un contratto mentre la promessa è un negozio unilaterale, fonte di obbligazioni» (A. DI MAJO, *Conclusioni del contratto*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2006, 537).

⁽⁵⁹⁾ La presenza, nell'elenco delle fonti istitutive, dei regolamenti di enti o aziende, delle Regioni e delle casse professionali giustifica la prospettata distinzione (G. ZAMPINI, *op. cit.*, 100-101) tra fonti «a formazione plurilaterale» ed «a formazione unilaterale». Alla prima categoria sarebbero evidentemente riconducibili i fondi chiusi negoziali, mentre alla seconda sarebbero da ascrivere le tre ipotesi nel testo richiamate (rispettivamente lett. c), d), g)). In particolare, la categoria delle fonti «a formazione unilaterale», definita dall'autore «ipotesi residuale e generica» rispetto al dettato normativo del d.lgs. n. 124/1993 (alorché si poteva rinvenire solamente l'ipotesi dei regolamenti di enti o aziende), sembrerebbe ora, con l'approvazione del d.lgs. n. 252/2005, aver trovato nuovo vigore.

⁽⁶⁰⁾ COVIP, *Relazione per l'anno 2005*, Roma, 2006, 83, anche in www.covip.it; nella relazione si segnala anche che già sarebbero «allo studio progetti promossi singolarmente da alcuni enti o su iniziativa dell'associazione che raccoglie gli enti privati che gestiscono forme di previdenza obbligatoria», 83.

⁽⁶¹⁾ Cfr. P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, cit., 161, il quale ricorda come il ruolo delle Regioni risulti «oggi largamente modellato sull'esperienza pilota del Trentino-Alto Adige, ancorché tale esperienza debba essere conformata alle diverse realtà territoriali».

⁽⁶²⁾ Vedi, sul punto, A. PANDOLFO, *Prime osservazioni sulla nuova legge sulla previdenza complementare a mo' di (parziale) commento del d. lgs. 252/2005*, cit., 157; l'Autore sottolinea la sovrapposizione tra la funzione di fonte istitutiva e la funzione regolativa («facoltà di istituire [...] obbligo di disciplinare il funzionamento») che la legge attribuisce alla Regione.

⁽⁶³⁾ E quindi la possibilità per le Regioni di attivare forme di previdenza complementare poteva già desumersi dalla citata norma costituzionale, senza la necessità di una specifica previsione normativa da par-

Sempre il comma 3 stabilisce che «nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato». Ciò significa che «la *legge cornice* dovrebbe – per definizione – contenere *norme di principio*, e tra queste e le *norme di dettaglio* contenute nelle leggi regionali intercorre una relazione tra *genere e specie*»⁽⁶⁴⁾.

Ebbene, il concetto di «rispetto della normativa nazionale» di cui all'articolo 3, lettera d), del decreto n. 252, sembra essere andato ben oltre la «determinazione dei principi fondamentali» dell'articolo 117, comma 3, della Costituzione.

Il decreto n. 252, anzi, da questo punto di vista, contiene già molte norme di dettaglio, che le Regioni sarebbero costrette a recepire, assieme alle norme di principio, che pure sono ivi presenti⁽⁶⁵⁾.

In ogni caso, l'esercizio della facoltà attribuita alle Regioni dovrebbe condurre alla «istituzione di un Ente-Fondo pensione di promanazione diretta regionale (dunque al di fuori di logiche negoziali e di logiche finanziarie ed assicurative), che dovrà comunque mutuare dalla legislazione nazionale, intesa per principi, gli assetti organizzativi e quelli gestori, questi ultimi in chiave di regime convenzionale con strutture finanziarie presumibilmente su rete territoriale»⁽⁶⁶⁾.

5.1. I fondi aperti (articolo 12 del decreto n. 252), come già affermato in precedenza, sono quelle forme pensionistiche complementari che, a differenza dei fondi chiusi, sono destinate «a tutti coloro i quali vogliono iscriversi, senza limitazioni di sorta»⁽⁶⁷⁾.

Hanno la caratteristica, nell'architettura del decreto n. 252, di trovarsi «al confine» tra la previdenza complementare collettiva e quella individuale.

Infatti, «l'adesione ai fondi pensione aperti può avvenire, oltre che su base individuale, anche su base collettiva» (articolo 12, comma 2).

E perciò, qualora l'adesione avvenga su base individuale, i fondi aperti sono definiti «forme pensionistiche complementari individuali» (articolo 1, comma 3, lettera b)), insieme ai contratti di assicurazione sulla vita⁽⁶⁸⁾.

Qualora al contrario, l'adesione abbia luogo su base collettiva, i fondi aperti ven-

te del d.lgs. n. 252/2005. È peraltro degna di menzione «la preesistenza per le Regioni a statuto speciale di ulteriori, differenziate competenze, in qualche caso anche in tema di previdenza di base», P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, cit., 161.

⁽⁶⁴⁾ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 372.

⁽⁶⁵⁾ Tutto ciò potrebbe non corrispondere ad una corretta ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni in materia di legislazione concorrente, e potrebbe aprire l'ennesimo contenzioso in materia di conflitti di attribuzione davanti alla Corte Costituzionale. Vedi peraltro sul punto T. TRANQUILLO, V. FERRANTE, *op. cit.*, 322, secondo cui l'ipotesi del fondo regionale, «ove non correttamente coordinata con le altre, potrebbe dar luogo ad una contemporanea pretesa di distinti fondi a raccogliere la contribuzione destinata ad alimentare la previdenza complementare: non a caso nell'esperienza attuale i fondi costituiti su base regionale operano con carattere di residualità, raccogliendo cioè le contribuzioni non altrimenti destinate dalla contrattazione collettiva».

⁽⁶⁶⁾ P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, cit., 162.

⁽⁶⁷⁾ C. DE ANGELIS, A. SGROI, *op. cit.*, 205.

⁽⁶⁸⁾ D'altra parte le due tipologie (fondi aperti con adesione su base individuale e contratti di assicurazione) sono richiamate entrambe dall'art. 13, dedicato alle «forme pensionistiche individuali».

gono definiti «forme pensionistiche complementari collettive» (articolo 1, comma 3, lettera *a*)), assieme ai fondi chiusi ⁽⁶⁹⁾.

I fondi aperti vengono istituiti su iniziativa *diretta* dei soggetti con i quali è consentita la stipulazione di convenzioni ai sensi dell'articolo 6, del decreto n. 252.

In altre parole, gli istituti di credito, «le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare e le imprese assicurative possono, a loro volta, istituire autonomamente forme di previdenza complementare» ⁽⁷⁰⁾, ed anche *gestire direttamente* forme pensionistiche complementari aperte.

Si tratta indubbiamente di una tipologia di fondo pensione seriamente concorrenziale rispetto ai fondi chiusi.

Probabilmente proprio per questo motivo il legislatore, fino all'approvazione del decreto n. 252, in un'ottica di assoluto *favor* nei confronti della previdenza complementare di natura contrattual-collettiva, ha coscientemente relegato i fondi aperti nell'area della residualità ⁽⁷¹⁾.

Espressione tangibile di questo orientamento di sfavore era l'articolo 9, comma 2, decreto legislativo n. 124/1993, il quale stabiliva che «detti fondi sono aperti all'adesione dei destinatari delle disposizioni del presente decreto legislativo per i quali non sussistano o non operino le fonti istitutive di cui all'articolo 3, comma 1» ⁽⁷²⁾.

In sostanza, secondo l'impostazione del decreto legislativo n. 124/1993, a causa di questa «relazione di subalternità-residualità» ⁽⁷³⁾, l'adesione del lavoratore poteva indirizzarsi verso un fondo aperto «nei casi in cui per un motivo o per l'altro il lavoratore non aveva la possibilità di realizzare il suo bisogno di previdenza complementare presso l'altro tipo di fondo pensione» ⁽⁷⁴⁾.

Il decreto n. 252, al contrario, costituisce un forte segnale di discontinuità sul tema, in quanto «elimina tale vincolo, ai fini di consentire una piena concorrenza tra le diverse forme previdenziali» ⁽⁷⁵⁾.

In altre parole, la rimozione dei vincoli di cui all'articolo 9, comma 2, ha l'effetto di cancellare «ogni rilievo di sistema alla priorità degli assetti collettivi» ⁽⁷⁶⁾.

Tale ispirazione concorrenziale è inoltre testimoniata dall'inserimento dei fondi aperti nell'elenco delle fonti istitutive di cui all'articolo 3, comma 1, lettera *h*), e delle norme sul conferimento del t.f.r. di cui all'articolo 8, le quali ormai consen-

⁽⁶⁹⁾ La differenza tra i due, almeno rispetto ai fondi chiusi contrattuali, è che «la fonte istitutiva non è espressione della autonomia collettiva, né vi è correlazione alcuna fra beneficiari e promotori. [...] Il gestore stesso si identifica tendenzialmente col promotore, che è a sua volta soggetto completamente separato rispetto ai destinatari delle prestazioni», G. ZAMPINI, *op. cit.*, 148.

⁽⁷⁰⁾ M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 49.

⁽⁷¹⁾ Vedi, sul punto, G. ZAMPINI, *op. cit.*, 147; l'Autore ricorda come originariamente nelle intenzioni del legislatore i fondi aperti fossero una sorta di «stanza di compensazione, un parcheggio, cioè, in cui possono sostare i lavoratori che passano da un'azienda dotata di un fondo chiuso a una che invece, ne è priva, sia i lavoratori che vengono a trovarsi in condizione di disoccupazione».

⁽⁷²⁾ La stessa limitazione operava per le fonti istitutive dell'art. 3, d.lgs. n. 124/1993, tutte di natura contrattuale, qualora avessero deciso di attivare, in luogo del fondo chiuso, un fondo aperto con adesione su base collettiva.

⁽⁷³⁾ R. PESSI, *op. cit.*, 559.

⁽⁷⁴⁾ A. PANDOLFO, *La previdenza complementare*, cit., 1621.

⁽⁷⁵⁾ F. VALLACQUA, *op. cit.*, 973.

⁽⁷⁶⁾ M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in *RDSS*, 2004, 617.

tono, a partire dal 1° gennaio 2007, «diversamente dal passato, che tale flusso di risorse possa essere liberamente indirizzato, in sede di adesione o di successivo trasferimento, a tutte le tipologie di forme complementari, anche individuali»⁽⁷⁷⁾. Il generale entusiasmo nei confronti dei fondi aperti non è peraltro condiviso da chi si è «posto il problema della minore caratterizzazione previdenziale posseduta dai fondi pensione aperti rispetto a quelli negoziali»⁽⁷⁸⁾.

6. L'articolo 4 del decreto n. 252, prevede, quali fonti costitutive dei fondi pensione, diverse tipologie di soggetti giuridici cui è possibile ricorrere.

Innanzitutto i fondi pensione possono essere costituiti come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'articolo 36 c.c., ossia quali associazioni non riconosciute e quindi non dotate di personalità giuridica (comma 1, lettera a))⁽⁷⁹⁾.

Il concetto di personalità giuridica non va confuso con il diverso concetto di autonomia patrimoniale: l'autonomia patrimoniale è comunque prevista anche se il fondo non acquisisce la personalità giuridica, perché quanto affluisce come contributi dei datori e/o dei lavoratori va a formare il patrimonio del fondo-associazione⁽⁸⁰⁾.

Altra tipologia di fonte costitutiva è rappresentata dai soggetti dotati di personalità giuridica (lettera b)).

Tali sono le associazioni riconosciute e le fondazioni, disciplinate dagli articoli 14 e seguenti c.c. e dal decreto del Presidente della Repubblica n. 361/2000, espressamente richiamato dalla normativa, per quel che concerne il sistema di attribuzione della personalità giuridica⁽⁸¹⁾.

L'ultima ipotesi prevista dall'articolo 4 è quella del fondo pensione costituito nell'ambito della stessa società o ente, attraverso la creazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, con gli effetti di cui all'articolo 2117 c.c.

Tale facoltà è concessa ai fondi pensione istituiti dalle casse previdenziali dei liberi professionisti, ai fondi aperti, nonché ai contratti di assicurazione con finalità previdenziali.

In altre parole, le fonti istitutive ora richiamate avranno l'opzione di costituire il fondo pensione, oltre che secondo i modelli dell'associazione riconosciuta e non,

⁽⁷⁷⁾ COVIP, *op. cit.*, 20.

⁽⁷⁸⁾ A. PERNICE, *Le novità in materia di previdenza complementare*, in *LPO*, 2004, n. 11, 1728; prosegue l'Autore, che fa sue le preoccupazioni del legislatore delegante: «difetta, invero, nelle adesioni collettive ai fondi aperti lo stesso grado di "personalizzazione" del servizio che alla gran parte dei fondi negoziali è consentito dalla circostanza di riferirsi ad una categoria di lavoratori più omogenea». Secondo tale orientamento la partecipazione contemporanea di più collettività di lavoratori, proprio a causa della presumibile frammentazione socio-economica dei destinatari, non permetterebbe «una adeguata ricognizione del fabbisogno previdenziale della platea degli aderenti».

⁽⁷⁹⁾ La norma precisa peraltro che il fondo pensione costituito come associazione non riconosciuta deve essere distinto dai soggetti promotori dell'iniziativa (lett. a)).

⁽⁸⁰⁾ A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, in *DPL*, 1993, n. 35, Inserto, XI.

⁽⁸¹⁾ È inoltre previsto, qualora la costituzione avvenga da parte di associazioni riconosciute o fondazioni, che, proprio in deroga alle disposizioni del d.P.R. n. 361/2000, il riconoscimento della personalità giuridica consegua al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività da parte della Covip, e non all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture o presso le Regioni, come per qualsiasi altra associazione. La tenuta del registro delle persone giuridiche, infatti, nonché i relativi adempimenti, sono in questo caso curati dalla Covip stessa (lett. b)).

anche come patrimonio separato ed autonomo all'interno della società o ente.

Questa distinzione tra associazione dotata o meno di personalità giuridica e patrimonio autonomo con gli effetti dell'articolo 2117 c.c. giustifica la bipartizione tra fondi c.d. esterni e fondi c.d. interni.

I fondi esterni sono i fondi pensione costituiti per il tramite di un ente per l'appunto esterno rispetto al soggetto promotore dell'iniziativa previdenziale, mentre nei fondi interni la costituzione del fondo pensione rimane nell'ambito della stessa società (per esempio impresa di assicurazione o società di gestione del risparmio) che ha attivato l'istituzione del fondo pensione.

Ad ogni modo, tanto nel caso dell'associazione non riconosciuta, quanto in quella dell'associazione registrata o della fondazione, la scelta legislativa si giustifica con la preoccupazione di «evitare che un eventuale dissesto dell'impresa datrice di lavoro possa riflettersi nel patrimonio del fondo pensione»⁽⁸²⁾.

Il legislatore ha quindi previsto, per la costituzione dei fondi pensione già istituiti, l'utilizzazione dell'associazione o della fondazione.

Il modello di costituzione come soggetto dotato di personalità giuridica è peraltro obbligatorio *ex* articolo 4, comma 5, qualora ci si riferisca a fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti, «sia per lavoratori subordinati, sia per lavoratori autonomi».

La ragione di ciò è evidente, considerato che «si tratta di fondi destinati almeno potenzialmente a coinvolgere vaste aree di soggetti e, quindi, a raccogliere ingenti risorse»⁽⁸³⁾.

L'articolo 4, comma 3, subordina inoltre l'esercizio dell'attività dei fondi pensione chiusi ed aperti (cfr. articolo 3, comma 1, lettere da *a*) a *h*)), alla preventiva autorizzazione da parte della Covip⁽⁸⁴⁾, che svolge una serie di attività di vigilanza⁽⁸⁵⁾.

Il legislatore inoltre, come accennato poc'anzi, detta regole particolari per i fondi pensione istituiti da parte di casse previdenziali dei liberi professionisti, soggetti abilitati all'attivazione di fondi pensione aperti *ex* articolo 12 del decreto n. 252, e imprese di assicurazione, limitatamente alle forme pensionistiche complemen-

⁽⁸²⁾ M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 558.

⁽⁸³⁾ A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, cit., XII.

⁽⁸⁴⁾ Lo stesso comma 3 poi, disciplina in maniera dettagliata le modalità ed i tempi del procedimento amministrativo relativo alle istanze di autorizzazione, e la successiva comunicazione ai Ministri competenti degli esiti di ogni procedimento di autorizzazione. Per quanto riguarda poi la determinazione dei requisiti formali di costituzione, degli elementi essenziali dello statuto e dell'atto di destinazione del patrimonio, dei profili di trasparenza nei rapporti con gli iscritti, dei poteri degli organi collegiali, dei requisiti per l'esercizio dell'attività, onorabilità e professionalità dei componenti degli organi collegiali, bisognerà attendere l'emanazione, da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di uno o più decreti (art. 4, comma 3, lett. *a*), *b*) e *c*)).

⁽⁸⁵⁾ La Covip richiede periodicamente dati e notizie sull'attività del fondo, vigilando in particolare sul rispetto dei limiti di investimento, sulle operazioni in conflitto di interesse e sulle buone pratiche che garantiscano adeguatamente gli iscritti. È opportuno segnalare che la Covip, ai sensi dell'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 252/2005, ha emanato, con deliberazione del 28 giugno 2006, le direttive generali destinate alle forme pensionistiche complementari, al fine di un «pieno e corretto adeguamento delle stesse al nuovo assetto normativo». In caso di inosservanza dell'onere di adeguamento alle direttive, non si potranno ricevere nuove adesioni, «anche con riferimento al finanziamento tramite conferimento del trattamento di fine rapporto». Da ultimo, con deliberazione del 31 ottobre 2006, la Covip ha emanato gli schemi di statuto, regolamento e nota informativa che i fondi pensione dovranno utilizzare per l'opera di adeguamento al d.lgs. n. 252/2005. Cfr. www.covip.it.

tari individuali. In questi casi, i fondi pensione possono essere costituiti, oltre che con le modalità già illustrate, anche nell'ambito della singola società o del singolo ente purché venga formato, con apposita deliberazione, un «patrimonio di destinazione, separato ed autonomo» (articolo 4, comma 2), rispetto al patrimonio della medesima società od ente.

La creazione di questo patrimonio separato ed autonomo determina gli effetti di cui all'articolo 2117 c.c.

In altre parole, tali fondi pensione, pur se originati all'interno della stessa società od ente che li istituisce, «non possono essere distratti dal fine al quale sono destinati e non possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro» (articolo 2117 c.c.)⁽⁸⁶⁾.

Per quel che attiene la partecipazione negli organi di amministrazione e di controllo dei fondi chiusi, l'articolo 5, comma 1, pone l'obbligo di rispettare il criterio della partecipazione paritetica di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro⁽⁸⁷⁾.

Il consiglio di amministrazione della forma pensionistica complementare deve nominare il responsabile del fondo pensione che agisce in modo autonomo ed indipendente, riferendo direttamente al consiglio d'amministrazione i risultati dell'attività svolta (articolo 5, comma 2).

Il responsabile del fondo deve inoltre essere in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità di cui all'articolo 4, comma 3, lettera *b*)⁽⁸⁸⁾.

Egli deve, pertanto, orientare la gestione in modo che la stessa risponda a tre criteri espressamente previsti dalla normativa (articolo 5, comma 3): che la gestione stessa sia svolta nell'esclusivo interesse degli aderenti, nel rispetto della normativa vigente e nell'osservanza delle previsioni stabilite nei regolamenti e nei contratti⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ Occorre peraltro rilevare che una recente direttiva (n. 2003/41/CE), il cui termine di attuazione è scaduto il 23 settembre 2005, prevede, all'art. 8, l'obbligo per lo Stato membro, di assicurare la «separazione giuridica tra l'impresa promotrice e l'ente pensionistico aziendale o professionale». Tutto ciò al fine di evitare che l'eventuale fallimento dell'impresa possa coinvolgere l'attivo dell'ente pensionistico. Si segnala inoltre sul punto che l'art. 5, comma 1, l. n. 335/1995, aveva previsto che la Covip potesse concedere l'autorizzazione all'esercizio solo ai fondi pensione costituiti come associazioni dotate o meno di personalità giuridica, e non anche ai fondi costituiti mediante patrimoni di destinazione ai sensi dell'art. 2117 c.c.

⁽⁸⁷⁾ Vedi, sul punto, F.P. ROSSI, P.E. ROSSI, *L'adeguatezza delle pensioni obbligatorie realizzata anche attraverso il diverso utilizzo del trattamento di fine rapporto*, in *RIMP*, 2005, n. 3, 373; gli Autori rilevano che «le ragioni politiche, che sono a fondamento della revisione del sistema del pensionamento complementare, hanno imposto al legislatore di proclamare l'indeclinabilità del criterio della partecipazione paritetica nella composizione degli organi di amministrazione e di controllo delle forme pensionistiche complementari, con la sola esclusione dei Fondi pensione aperti e delle Forme pensionistiche individuali».

⁽⁸⁸⁾ In particolare, il requisito della professionalità implica «anche quella perizia che va intesa come piena conoscenza delle regole tecniche proprie di un amministratore di un patrimonio costituzionalmente importante», F.P. ROSSI, P.E. ROSSI, *op. ult. cit.*, 373.

⁽⁸⁹⁾ Anche su questo aspetto è presente l'attività ispettiva della Covip, la quale richiede periodicamente dati e notizie sull'attività del fondo, vigilando in particolare sul rispetto dei limiti di investimento, sulle operazioni in conflitto di interesse e sulle buone pratiche che garantiscano adeguatamente gli iscritti. Inoltre, nei confronti dei componenti degli organi di amministrazione si applicano, così come disposto dall'art. 5, comma 7, le norme del codice civile in tema di responsabilità degli amministratori nelle società per azioni (artt. 2392-2396 c.c.).

Per quel che concerne l'organizzazione dei fondi aperti, l'articolo 12, comma 3, prevede che l'autorizzazione alla costituzione e all'esercizio sia rilasciata, sentite le rispettive autorità di vigilanza, dalla Covip.

La norma richiama espressamente l'articolo 4, comma 3, già esaminato poco sopra a proposito dei fondi chiusi, ma più in generale il richiamo può essere esteso all'articolo 4 nel suo complesso, perciò in questa sede ci si soffermerà esclusivamente sulle peculiarità previste per i fondi aperti in tema di organizzazione interna (articolo 5).

Come già accennato in precedenza, i fondi aperti non devono rispettare l'obbligo, che invece sussiste per i fondi pensione chiusi, di partecipazione paritetica di rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro.

È invece attribuita, ai fondi aperti, la possibilità di dotarsi di organismi di sorveglianza e controllo come quelli disciplinati dall'articolo 5, comma 1.

Tale facoltà è però aggiuntiva rispetto all'obbligo di istituire comunque un organismo di sorveglianza (articolo 5, comma 4), che deve essere composto da almeno due membri, in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità, di cui all'articolo 4, comma 3.

Peraltro, nel caso di adesione collettiva al fondo aperto da parte di almeno 500 lavoratori di una singola azienda o di un medesimo gruppo, «l'organismo di sorveglianza è integrato da un rappresentante, designato dalla medesima azienda o gruppo e da un rappresentante dei lavoratori» (articolo 5, comma 5)⁽⁹⁰⁾.

L'organismo di sorveglianza rappresenta gli interessi degli aderenti.

L'attività di controllo si concentra sull'amministrazione e la gestione del fondo, per assicurare che tutta l'attività sia svolta nell'esclusivo interesse degli aderenti⁽⁹¹⁾.

A questo punto il legislatore introduce una norma importante sotto il profilo della trasparenza della gestione «nell'esclusivo interesse» (comma 6).

L'articolo 5, comma 4, prevede a tale proposito che i componenti dell'organismo di sorveglianza non possano contemporaneamente ricoprire carica di amministratore o membro di altri organi sociali dei soggetti promotori dei fondi pensione aperti, ovvero presso le società controllate da tali soggetti, o che controllano i soggetti promotori stessi.

Stesso divieto è posto nei confronti di chi svolga lavoro subordinato o prestazione d'opera continuativa presso i medesimi soggetti.

Analoghi divieti sono poi previsti nei confronti dei membri dell'organismo di sorveglianza che siano proprietari, usufruttuari o titolari di altri diritti, in relazione a partecipazioni azionarie dei soggetti istitutori o di società controllate o con-

Per quanto riguarda invece i componenti degli organi di controllo delle forme pensionistiche complementari, l'art. 5, comma 8, richiama l'applicazione dell'art. 2407 c.c., che disciplina la responsabilità dei componenti del collegio sindacale nelle società per azioni.

⁽⁹⁰⁾ M. CINELLI, P. SANDULLI, *op. cit.*, 618; secondo gli Autori, tali organismi di sorveglianza, «seppure esclusi da ogni funzione gestoria (così come nei fondi interni preesistenti), consentono alle fonti istitutive dell'adesione collettiva ed ai loro rappresentanti di ritrovarsi in un ambiente, per così dire, amicale».

⁽⁹¹⁾ A tal fine, l'organismo di sorveglianza riceve le necessarie informazioni dal responsabile del fondo e riferisce al consiglio d'amministrazione del fondo e alla Covip eventuali irregolarità riscontrate (comma 6).

trollanti ⁽⁹²⁾.

7. I modelli gestionali per i fondi pensione sia chiusi che aperti, sono disciplinati dall'articolo 6 del decreto n. 252.

In sostanza, tutte le forme complementari, escluse soltanto quelle individuali di cui all'articolo 13 del decreto n. 252, potranno gestire le risorse secondo varie modalità.

La distinzione più importante in quest'ambito è quella tra *gestione c.d. diretta* e *gestione c.d. indiretta*.

Peraltro, le ipotesi previste dall'articolo 6 hanno la comune caratteristica di limitare a casi tassativi la possibilità di gestione diretta («*self managed pension funds*») ⁽⁹³⁾ delle risorse raccolte, poiché, nella maggioranza dei casi, «oltre a non poter assumere impegni di carattere assicurativo, i fondi devono gestire le risorse mediante convenzioni con altri soggetti: dunque, non possono gestirle direttamente» ⁽⁹⁴⁾.

Le ipotesi tassative di gestione diretta sono rappresentate dai «fondi pensione, costituiti nell'ambito delle autorità di vigilanza sui soggetti gestori a favore dei dipendenti delle stesse» di cui all'articolo 6, comma 12, e dalla sottoscrizione, da parte dei fondi pensioni, di azioni o quote di società immobiliari o fondi comuni di investimento immobiliari e mobiliari chiusi (articolo 6, comma 1, lettere *d)*-*e)*).

Quest'ultima «forma di gestione diretta soggiace però a dei limiti quantitativi che attoniscono alla partecipazione nei fondi comuni in cui il patrimonio può essere investito» ⁽⁹⁵⁾.

Per quanto riguarda invece la gestione indiretta, i fondi pensione in sostanza procedono alla stipula di convenzioni con una serie di soggetti autorizzati alla gestione di risorse sui mercati finanziari regolamentati ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹²⁾ Tutti questi requisiti soggettivi ed oggettivi che i componenti dell'organo di controllo sono tenuti ad avere devono essere attestati dal candidato, prima della designazione, con apposita dichiarazione sottoscritta.

In ogni caso, qualora venga accertato, dopo la designazione, il mancato possesso di anche uno solo dei citati requisiti, si determina l'instaurazione di un procedimento che sfocia in un decreto del Ministro del lavoro, su proposta della Covip, che dichiara la decadenza del componente dall'organismo di sorveglianza. Anche ai componenti dell'organismo di sorveglianza dei fondi aperti si applica l'art. 2407 c.c. relativo alla responsabilità dei membri del collegio sindacale delle società per azioni (comma 8).

⁽⁹³⁾ G. ZAMPINI, *op. cit.*, 249.

⁽⁹⁴⁾ A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, cit., XIII.

⁽⁹⁵⁾ G. ZAMPINI, *op. cit.*, 249.

⁽⁹⁶⁾ Nello specifico, si potranno stipulare convenzioni con soggetti autorizzati all'esercizio dell'attività ai sensi dell'art. 1, comma 5, lett. *d)*, d.lgs. n. 58/1998, oppure con soggetti che svolgano la medesima attività, aventi sede statutaria in uno dei Paesi aderenti all'Unione Europea, che abbiano ottenuto il mutuo riconoscimento. Sarà possibile altresì stipulare convenzioni con imprese assicurative (d.lgs. n. 174/1995), mediante ricorso alle gestioni del ramo VI del punto A) della tabella allegata al decreto legislativo richiamato in parentesi. Ovviamente la stessa possibilità è offerta ad imprese svolgenti la medesima attività, con sede in uno dei Paesi aderenti all'Unione Europea, sempre che abbiano ottenuto il mutuo riconoscimento. Anche le società di gestione del risparmio sono abilitate a concludere convenzioni con i fondi pensione, con la garanzia delle pari opportunità pure nei confronti delle società di gestione del risparmio aventi sede in uno dei Paesi membri dell'Unione Europea. Per quel che concerne le società immobiliari, il fondo pensione può sottoscrivere o comunque acquisire azioni o quote delle società stesse, anche in misura superiore rispetto ai limiti di cui al comma 13. Al contrario per i fondi comuni di investimento immobiliare chiusi e i fondi comuni di investimento mobiliare chiusi sono previsti dei rigorosi limiti alla

8. Ai sensi dell'articolo 13 del decreto n. 252, le forme pensionistiche individuali sono attuate mediante adesione individuale ai fondi pensione aperti di cui all'articolo 12, ovvero mediante la conclusione di contratti di assicurazione sulla vita, aventi finalità previdenziale. Lo stesso articolo 13, inoltre, ne estende la platea dei beneficiari, in quanto afferma, al comma 2, che «l'adesione avviene, su base individuale, anche da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 2»⁽⁹⁷⁾, e perciò anche da parte di soggetti del tutto estranei al mondo del lavoro. Com'è noto, «i piani individuali pensionistici attuati mediante polizze di assicurazione (PIP) sono stati introdotti dal decreto legislativo n. 47/2000, che ne ha reso possibile il collocamento da parte delle compagnie di assicurazione a partire dal 1° gennaio 2001»⁽⁹⁸⁾.

Lo stesso decreto legislativo n. 47/2000 aveva peraltro introdotto l'articolo 9-bis e 9-ter nel decreto legislativo n. 124/1993, i quali articoli riproducevano le due ipotesi ora contenute nell'articolo 13 citato.

In verità «la forma prevista dall'articolo 9-bis (forma pensionistica individuale mediante adesione a fondo pensione aperto) faceva già parte del sistema, perché la possibilità di una adesione su base individuale ai fondi pensione aperti non solo era implicita nella norma dell'articolo 9, ma, nel testo originario della norma, era anche l'unica forma possibile di adesione a questo tipo di fondi»⁽⁹⁹⁾.

Infine, la novità senz'altro di maggior rilievo per quanto riguarda questa tipologia di forme previdenziali, è costituita dall'inserimento delle stesse nell'elenco delle fonti istitutive (all'articolo 3, comma 1, lettera i)).

Ma forse la norma che può dare il senso dell'evoluzione e della crescita delle forme complementari individuali, è il comma 4 dell'articolo 13, che attribuisce esplicitamente ai lavoratori la possibilità di destinare alle forme pensionistiche individuali «anche le quote dell'accantonamento annuale al TFR e le contribuzioni del datore di lavoro alle quali abbiano diritto».

In sostanza l'attenzione crescente del legislatore nei confronti delle forme pensionistiche complementari individuali «immette nel sistema un polo d'attrazione del risparmio previdenziale dei lavoratori potenzialmente alternativo, e quindi concorrente, rispetto a quello – assolutamente centrale nell'originario disegno del d. lgs. 124/1993 – rappresentato dalla previdenza complementare di matrice contrattuale collettiva»⁽¹⁰⁰⁾.

sottoscrizione ed all'acquisizione di quote dei fondi stessi. In realtà tali limiti sono posti direttamente solo per i fondi comuni mobiliari chiusi, ma il legislatore delegato li ha estesi anche ai fondi comuni immobiliari chiusi. I limiti all'investimento che un fondo pensione può effettuare in tali fondi sono costituiti dal 20% del proprio patrimonio e dal 25% del capitale del fondo chiuso.

⁽⁹⁷⁾ Nozione, questa, che comprende (art. 2, comma 2, lett. d)) anche i destinatari del d.lgs. n. 565/1996, ossia soggetti che svolgono, senza vincolo di subordinazione, lavori non retribuiti in relazione a responsabilità familiari.

⁽⁹⁸⁾ COVIP, *op. cit.*, 173.

⁽⁹⁹⁾ G. VOLPE PUTZOLU, *Le forme pensionistiche individuali*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 454.

⁽¹⁰⁰⁾ S. GIUBBONI, *op. cit.*, 251; vedi anche, alla luce del precedente assetto, le considerazioni svolte da M. CINELLI, *Sulle funzioni della previdenza complementare*, cit., 535; all'indomani dell'introduzione degli artt. 9-bis e 9-ter nel d.lgs. n. 124/1993, «la previdenza individuale, così istituzionalizzata, è diretta ad assumere una funzione che, per i lavoratori autonomi e i liberi professionisti, può essere anche alternativa a quella realizzata tramite i fondi di previdenza collettiva; per i lavoratori subordinati, invece, essa è destinata a svolgere una funzione suppletiva rispetto a quella collettiva, in quanto si aggiunge a

La tutela del lavoratore che attivi tale forma di previdenza complementare è poi assicurata da una serie di disposizioni sempre contenute nell'articolo 13 sopra richiamato ⁽¹⁰¹⁾.

Il discorso sulle forme pensionistiche individuali, in ogni caso, non può essere disgiunto da quello inerente ai rapporti tra previdenza complementare e mercato finanziario.

Sul punto sarà sufficiente ricordare che queste forme pensionistiche sembrano porsi sempre di più quali strumenti di investimento mobiliare, in concorrenza con le altre forme di investimento offerte dal mercato finanziario e con la garanzia del risparmio che si ottiene lasciando il t.f.r. presso il datore di lavoro.

Si tratta di capire se la finalità previdenziale della destinazione di risorse alle forme pensionistiche, anche individuali, continuerà a manifestarsi in discipline fiscali di favore, volte ad incentivare la diffusione della previdenza complementare, o se, invece, sarà il mercato a determinare il successo dell'investimento previdenziale rispetto ad altre forme di gestione del risparmio.

In questo senso, i requisiti di onorabilità e professionalità dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, la competenza dei soggetti che gestiscono le risorse a disposizione dei fondi e la presenza di un'autorevole organo di vigilanza dovrebbe garantire una certa redditività dell'investimento previdenziale, ma molto dipenderà anche dalle congiunture economiche e dalla fiducia riposta nei mercati finanziari. Condizioni queste che, se sfavorevoli, potrebbero indurre i lavoratori a non entrare nel sistema di previdenza complementare e a preferire altre forme di gestione del risparmio, in primo luogo quella, sicuramente soddisfacente in termini di certezza, del mantenimento presso il datore di lavoro del t.f.r., al fine della riscossione dello stesso in capitale, alla cessazione del rapporto.

9. In attuazione della delega conferita con la legge n. 243/2004, articolo 1, comma 2, lettera e), n. 7, è stata costituita presso l'Inps una forma pensionistica complementare a contribuzione definita, del tutto residuale, alla quale affluiranno le quote di t.f.r. maturando «non altrimenti devolute», nel caso di modalità tacita di conferimento del t.f.r., qualora non sia individuabile la forma pensionistica cui questo debba essere devoluto (articolo 9, comma 1, e articolo 8, comma 7, lettera

quest'ultima; infine, per i soggetti che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari, essa può rappresentare la tutela esclusiva».

⁽¹⁰¹⁾ Qualora infatti venga stipulato un contratto di assicurazione sulla vita con finalità previdenziale, esso dovrà essere corredato da un regolamento. Detto regolamento dovrà rispondere alle direttive impartite dalla Covip, e dovrà contenere disposizioni «circa le modalità di partecipazione, il trasferimento delle posizioni individuali verso altre forme pensionistiche, la comparabilità dei costi e dei risultati di gestione e la trasparenza dei costi e delle condizioni contrattuali» (art. 13, comma 3). Inoltre, le imprese assicuratrici dovranno, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 252/2005, comunicare alla Covip, prima di applicarle, le condizioni generali dei contratti. Da ultimo, il legislatore delegato ha inserito una norma all'art. 13, comma 3, che a suo tempo ha molto preoccupato le imprese di assicurazione, le quali perciò hanno dovuto utilizzare il tempo che mancava all'entrata in vigore del d.lgs. n. 252/2005 (1° gennaio 2007) per adeguare le proprie strutture contabili e finanziarie: è infatti previsto che «le risorse delle forme pensionistiche individuali costituiscono patrimonio autonomo e separato, con gli effetti di cui all'art. 4, comma 2». In altre parole, esse hanno dovuto costituire, con apposita deliberazione, un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, all'interno dell'impresa stessa, con effetti però di maggiore rigidità derivanti dall'applicazione dell'art. 2117 c.c., così come disposto dall'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 252/2005.

b), n. 3) ⁽¹⁰²⁾.

Il fondo, come previsto dal decreto ministeriale 30 gennaio 2007, assume la denominazione di «Fondo complementare Inps».

Lo stesso decreto, poi, detta alcune regole specifiche rispetto alla disciplina di cui all'articolo 9 del decreto n. 252, in tema di organizzazione patrimoniale e contabile, modalità della contribuzione, destinatari e linee di investimento.

In particolare, l'articolo 3, decreto ministeriale 30 gennaio 2007, detta, in tema di separata patrimoniale e contabile, una disciplina che sostanzialmente ricalca quella relativa ai fondi c.d. interni di cui all'articolo 4 del decreto n. 252.

È in questo senso previsto che venga costituito un patrimonio separato ed autonomo rispetto a quello dell'Inps, indistruggibile dal fine della erogazione delle prestazioni, e sul quale non sono ammesse azioni esecutive da parte dei creditori.

In tema di portabilità, il decreto ministeriale è intervenuto in senso restrittivo rispetto alla legge.

Era infatti previsto che, anche prima del termine di cui all'articolo 14, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del decreto n. 252, fosse *sempre* possibile trasferire la posizione individuale costituita presso l'Inps ad altra forma pensionistica dallo stesso lavoratore prescelta (articolo 9, comma 3).

Quest'ultima disposizione, in particolare, aveva fugato le preoccupazioni relative alla possibile configurazione, sotto le mentite spoglie di un'ipotesi residuale di conferimento tacito del t.f.r., di un «prelievo forzoso» ⁽¹⁰³⁾.

Rispetto a tale ampia previsione, come detto, il decreto ministeriale 30 gennaio 2007 introduce un limite, stabilendo che la posizione individuale costituita presso Fondinps possa essere trasferita ad altra forma pensionistica complementare, ma solo «dopo che sia trascorso almeno un anno dall'adesione» (articolo 8).

Le funzioni di amministrazione sono svolte da un comitato, al cui interno, in analogia con i fondi chiusi, è assicurata la partecipazione assolutamente paritetica di rappresentanti di lavoratori e datori di lavoro.

Anche per quel che concerne i requisiti di professionalità ed onorabilità dei membri del comitato, il riferimento è all'articolo 4, comma 3, del decreto n. 252 (cfr. articolo 4, decreto ministeriale 30 gennaio 2007).

La nomina spetta al Ministro del lavoro, ed i membri restano in carica per quattro anni.

9.1. L'articolo 1, comma 755, legge n. 296/2006 (così come integrato dal decreto ministeriale 30 gennaio 2007), ha previsto, con effetto dal 1° gennaio 2007, la costituzione di un «Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile».

⁽¹⁰²⁾ Cfr., sul punto, in senso fortemente critico, P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, cit., 188 ss., il quale considera questa una «ipotesi anomala di conferimento tacito». L'Autore mette a confronto «l'indicazione della delega, che parla di costituzione del fondo, per così dire residuale, "presso enti di previdenza obbligatoria"» (lett. e), n. 7) e «la deviante e deviata ricezione nel decreto, che parla brutalmente» (art. 8, comma 7, lett. b), n. 3; art. 9) di costituzione di «forma pensionistica complementare istituita presso l'Inps». In definitiva, «si tratta di una, apparentemente solo nominalistica, semplificazione dai gravi risvolti istituzionali, che non può trovare giustificazione nella palese disattenzione alla astrattezza della norma».

⁽¹⁰³⁾ P. SANDULLI, *op. ult. cit.*, 36.

Si tratta di un fondo, impostato sulla tecnica di finanziamento a ripartizione, «gestito, per conto dello Stato, dall'Inps su un apposito conto corrente aperto presso la tesoreria dello Stato» (comma 755).

Già ad un prima lettura nessuna confusione può essere fatta tra quest'ultimo fondo ed il fondo pensione complementare residuale presso l'Inps cui si è accennato nel paragrafo precedente.

Infatti, la forma pensionistica residuale presso l'Inps di cui all'articolo 9 del decreto n. 252, infatti, è una tipologia di fondo pensione, e di conseguenza eroga, una volta raggiunti i requisiti, prestazioni pensionistiche complementari, essendo inoltre a tal fine destinataria di t.f.r. conferito in modalità tacita.

Al fondo di cui all'articolo 1, comma 755, legge n. 296/2006, al contrario, confluirà il t.f.r. maturando, non *in modalità tacita*, bensì solo se i lavoratori avranno *espressamente manifestato la volontà di non aderire* alla previdenza complementare e di mantenere il t.f.r. futuro presso il datore di lavoro.

In questo caso, l'intero t.f.r. è trasferito dal datore di lavoro al Fondo per l'erogazione del t.f.r.

In altre parole, qualora il lavoratore decida di rimanere fuori dal sistema della previdenza complementare («non destinata alle forme pensionistiche complementari», comma 756), il suo t.f.r., anziché rimanere nella disponibilità dell'impresa, dovrà essere trasferito su un apposito conto corrente presso lo Stato gestito dall'Inps.

Il legislatore, al tempo stesso, introduce però una rilevante esclusione dall'obbligo di trasferimento del t.f.r., ove non destinato ai fondi pensione, al neo istituito fondo presso la tesoreria dello Stato.

L'articolo 1, comma 756, legge n. 296/2006, prevede infatti che «non sono tenuti al versamento del predetto contributo i datori di lavoro che abbiano alle proprie dipendenze meno di 50 addetti».

Pertanto, il trasferimento obbligatorio riguarda solamente il t.f.r. di lavoratori dipendenti da *imprese con almeno 50 dipendenti*.

Per quanto concerne le imprese con meno di 50 dipendenti, in conclusione, nel caso in cui il lavoratore manifesti la volontà di non aderire ai fondi pensione, le quote del t.f.r. maturando rimarranno presso il datore di lavoro ⁽¹⁰⁴⁾.

Il decreto ministeriale 30 gennaio 2007 prevede poi che il limite dimensionale sia computato rispetto a «tutti i lavoratori con contratto di lavoro subordinato, a prescindere dalla tipologia del rapporto e dall'orario di lavoro» (articolo 1, comma 7) ⁽¹⁰⁵⁾.

Una serie di norme del decreto ministeriale prevede infine una intensa attività di vigilanza da parte dell'Inps sulle adesioni effettive ai fondi pensione, sulla base delle informazioni ricevute dalla Covip (articolo 1, comma 10).

Dal punto di vista dello sviluppo della previdenza complementare, la costituzione

⁽¹⁰⁴⁾ L'art. 1, comma 6, prevede che tale limite dimensionale sia computato avendo riguardo alla media annuale dei lavoratori in forza nell'anno di riferimento.

⁽¹⁰⁵⁾ Dal computo restano esclusi solo i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto nel caso in cui il datore di lavoro abbia provveduto alla sua sostituzione.

Inoltre, l'obbligo di versamento non ricorre con riferimento ai lavoratori con contratto di lavoro di durata inferiore a 3 mesi, ai lavoratori a domicilio, e ad altre ipotesi residuali disciplinate dall'art. 1, comma 8, dm 30 gennaio 2007.

del fondo per l'erogazione del t.f.r. non dovrebbe modificare in alcun modo le scelte dei lavoratori.

Logicamente, infatti, la scelta di aderire o meno alla previdenza complementare certamente precede le considerazioni sul dove venga materialmente accantonato il t.f.r. nell'ipotesi di non adesione ai fondi pensione.

Anzi, l'eventuale diffidenza nei confronti dello Stato potrebbe convincere qualche lavoratore ancora incerto ad aderire alla previdenza complementare, proprio per evitare che le sue quote di t.f.r. finiscano allo Stato, gestite dall'Inps.

D'altra parte, qualora le adesioni ai fondi pensione non dovessero decollare, lo Stato ne ricaverebbe in ogni caso un flusso non indifferente di risorse da iscrivere con segno positivo nei bilanci pubblici.

L'impressione è che la costituzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 755, sia utile in due direzioni.

La prima, già accennata, è che se la previdenza complementare non dovesse avere lo sviluppo auspicabile, comunque vi saranno dei benefici per la finanza pubblica.

La seconda è che una volta entrato il t.f.r. nell'orbita dello Stato, per di più gestito dall'Inps, il passo successivo, rappresentato dal finanziamento della previdenza di base anche con il t.f.r. stesso, risulterebbe meno problematico e traumatico.

Che l'idea, in alternativa alla previdenza complementare privata, di finanziare le pensioni dell'assicurazione generale obbligatoria anche tramite il t.f.r. non sia una mera illazione o sia rimasta nel foro interno del legislatore è dimostrato dall'articolo 1, comma 760, legge n. 296/2006.

Il comma 760 prevede che il Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia, presenti una relazione annuale su costituzione e rendimento delle forme di previdenza complementare e sulle adesioni ad esse, nonché, in maniera speculare, sulla consistenza finanziaria del fondo di cui al comma 755 ⁽¹⁰⁶⁾.

Nella prima relazione, inoltre, «il Ministro riferisce altresì sulle condizioni tecnico-finanziarie necessarie per la costituzione di una eventuale apposita gestione Inps, alimentata con il TFR, dei trattamenti aggiuntivi a quelli della pensione obbligatoria».

Mentre il Fondo per l'erogazione del t.f.r. del comma 755, non svolgendo alcuna funzione previdenziale, non può contrastare lo sviluppo della previdenza complementare, è del tutto evidente che una gestione pensionistica Inps, alimentata con il t.f.r., si porrebbe in radicale antitesi rispetto all'idea stessa di previdenza complementare privata, o «secondo pilastro» ⁽¹⁰⁷⁾.

Si tratterà ora di verificare se la disposizione contenuta nel comma 760 avrà concreta attuazione o resterà lettera morta.

Certamente un eventuale fallimento nelle adesioni dei lavoratori alla previdenza complementare privata potrebbe incentivare l'approvazione di normative volte a valorizzare il conferimento del t.f.r. direttamente alla previdenza pubblica.

⁽¹⁰⁶⁾ Questo è fisiologico, se si considera che l'afflusso di risorse ai fondi pensione di cui al d.lgs. n. 252/2005 sarà inversamente proporzionale alla consistenza finanziaria del fondo per l'erogazione del t.f.r.

⁽¹⁰⁷⁾ Sull'identità di caratteristiche finanziarie tra fondo e gestione, in senso critico, vedi N.C. SALERNO, F. PAMMOLLI, *Non si sottragga il TFR allo sviluppo del sistema pensionistico multipilastro*, nota Cerm 2007, n. 1, in www.cermlab.it.

10. L'articolo 20 del decreto n. 252 ripropone una questione che si trascina da anni e che evidentemente non ha ancora trovato soluzione: il problema delle forme pensionistiche preesistenti.

Tali sono quelle «che risultano istituite alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421» (articolo 20 del decreto n. 252), le quali hanno l'obbligo di «adeguarsi alle disposizioni del presente decreto legislativo» (articolo 20, comma 2), secondo tempi, modalità e criteri stabiliti da uno o più decreti ministeriali, sentita la Covip⁽¹⁰⁸⁾.

In ogni caso, la disciplina contenuta nell'articolo 20 del decreto n. 252, certamente non costituisce una novità⁽¹⁰⁹⁾.

L'articolo 18, decreto legislativo n. 124/1993, infatti, prevedeva una serie di disposizioni sostanzialmente analoghe a quelle inserite nel citato articolo 20 del decreto n. 252, ma con qualche rilevante differenza.

Il riferimento va in particolare al problema relativo ai «vecchi» e «nuovi» iscritti. Il decreto n. 252, infatti, pur «confermando la distinzione terminologica»⁽¹¹⁰⁾, prevede che i nuovi iscritti rientrino pienamente nell'ambito di applicazione della nuova disciplina, che, in tal modo, «prevale nei confronti di quella statutaria e regolamentare eventualmente difforme»⁽¹¹¹⁾.

Non sono state invece riproposte alcune disposizioni, disciplinate dal decreto legislativo n. 124/1993, che definivano i confini della distinzione tra vecchi e nuovi iscritti.

Si tratta in particolare dell'articolo 18, comma 7, che stabiliva la non applicabilità ai vecchi iscritti degli articoli 7 e 8, stesso decreto, relativi al finanziamento ed alle prestazioni, nonché il potere concesso alle fonti istitutive di rideterminare finanziamento e prestazioni stesse, in caso di dissesto finanziario del fondo pensione (articolo 18, comma 7, decreto legislativo n. 124/1993).

Fino a quando non verranno emanati specifici decreti ministeriali, peraltro, alle forme complementari preesistenti non si applicheranno alcune norme del decreto n. 252, qui di seguito brevemente richiamate.

La prima esclusione riguarda la norma (articolo 4, comma 5) che prevede, per i fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti e raggruppamenti, sia per lavoratori subordinati, sia per lavoratori autonomi, l'obbligo di assumere forma di soggetto dotato di personalità giuridica (associazione riconosciuta o fondazione).

La seconda esclusione concerne l'applicazione di alcune disposizioni (articolo 6, commi 1, 3, e 5), relative ai modelli gestionali dei fondi pensione sia aperti sia

⁽¹⁰⁸⁾ Considerata l'assenza di una qualsiasi normativa di settore, tali fondi si erano costituiti senza osservare alcuna linea direttiva comune. «Da ciò fondi pensione sul modello del "patrimonio di destinazione, separato ed autonomo", ma anche fondi pensione configurati come pura e semplice "riserva contabile" o come "posta" segnata nel bilancio di una impresa», nonché fondi costituiti come fondazioni o associazioni riconosciute e non. M. BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, cit., 200.

⁽¹⁰⁹⁾ Occorre peraltro ricordare che non si tratta di ipotesi marginali o residuali nel panorama della previdenza complementare, considerato che «la realtà delle forme di risalente istituzione costituisce ancora in termini numerici circa l'80 per cento del totale dei fondi pensione operanti in Italia e più del 70 per cento del totale delle risorse gestite» (COVIP, *op. cit.*, 189).

⁽¹¹⁰⁾ R. PESSI, *op. cit.*, 585.

⁽¹¹¹⁾ R. PESSI, *op. ult. cit.*, 585.

chiusi.

In particolare, risulta non applicabile, fino all'emanazione dei decreti ministeriali, tutto il comma 1 dell'articolo 6 del decreto n. 252, che regola minuziosamente le possibili forme di gestione, c.d. dirette ed indirette, già oggetto di specifica trattazione nel paragrafo 6 ⁽¹¹²⁾.

Ai sensi dell'articolo 18, comma 3, decreto legislativo n. 124/1993, peraltro, «quest'obbligo di adeguamento non si estende ai fondi interni a enti pubblici anche economici che esercitano i controlli in materia di tutela del risparmio, in materia valutaria o in materia assicurativa, o di enti, società o gruppi sottoposti ai controlli sull'esercizio della funzione creditizia» ⁽¹¹³⁾.

Peraltro, a conferma delle difficoltà di adeguamento di forme previdenziali complementari sorte al di fuori e prima di qualsiasi regolamentazione complessiva della materia, l'articolo 18, comma 2, del decreto n. 124 aveva già definito, per l'adeguamento delle forme preesistenti alle disposizioni a tale decreto, un termine decennale, ampiamente disatteso.

E proprio «l'inutile decorso del termine decennale [...] ha riproposto il problema dell'adeguamento (articolo 20, commi 1 e 2) in un quadro di attrazione alla vigilanza di Covip di tutte le forme, anche di quelle c.d. interne o a bilancio» ⁽¹¹⁴⁾.

Bisogna peraltro tenere conto dell'approvazione di una bozza di schema di decreto ministeriale, attualmente al vaglio del Consiglio di Stato, nel quale troverebbero attuazione in maniera organica le disposizioni specifiche circa l'adeguamento dei fondi preesistenti alla normativa del decreto n. 252 ⁽¹¹⁵⁾.

È previsto un generale obbligo di adeguamento degli *statuti* alle norme del decreto n. 252 in materia di amministrazione, finanziamento, prestazioni e portabilità, entro il termine del 31 maggio 2007 (articolo 4, comma 5), salvo specifiche deroghe.

In questo senso, i fondi preesistenti cosiddetti «interni» hanno l'obbligo di rendersi autonomi rispetto al datore di lavoro, mediante la costituzione di associazioni riconosciute e non, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettere *a*) e *b*) ⁽¹¹⁶⁾ entro due anni dall'entrata in vigore del decreto.

Da tale previsione sono peraltro esclusi i fondi preesistenti bancari e assicurativi.

⁽¹¹²⁾ Sempre l'art. 20, comma 1, detta una disciplina particolare per i fondi pensione istituiti dagli enti previdenziali dei liberi professionisti, dai soggetti che possono istituire fondi aperti, nonché dalle imprese di assicurazione, qualora si sia optato per la costituzione del fondo nell'ambito della singola società o ente, con patrimonio separato ed autonomo, così come previsto dall'art. 4, comma 2. In tal caso, le forme pensionistiche preesistenti così costituiti dovranno, senza attendere i decreti ministeriali, «essere dotati di strutture gestionali amministrative e contabili separate».

⁽¹¹³⁾ A. PANDOLFO, *La nuova cornice legislativa della previdenza complementare*, cit., XVIII.

⁽¹¹⁴⁾ P. SANDULLI, *Il conferimento, tacito e non, del tfr al sistema di previdenza complementare: riflessioni critiche*, cit., 187. L'Autore sottolinea «il lento processo di avvicinamento al modello legale delle forme e fondi preesistenti, spinti dall'azione di *moral suasion* perseguita da COVIP». Alla Covip, infatti, è ovviamente demandata l'attività di vigilanza sulle forme pensionistiche preesistenti. La Covip stessa, poi, riferisce circa gli esiti dell'attività ai Ministri competenti per materia, e quindi il Ministro del lavoro ed il Ministro dell'economia (art. 20, comma 4).

⁽¹¹⁵⁾ Nel decreto è prevista una disciplina differenziata per fondi preesistenti in senso stretto, ossia le forme pensionistiche complementari che risultano istituite alla data di entrata in vigore della l. 23 ottobre 1992, n. 421, ed i fondi pensione preesistenti istituiti all'interno di banche ed assicurazioni.

⁽¹¹⁶⁾ Salvo l'obbligo previsto dall'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 252/2005, per i fondi preesistenti costituiti nell'ambito di categorie, comparti, raggruppamenti di adottare il modello della associazione dotata di personalità giuridica (art. 3, comma 5).

Altra importante disposizione è quella contenuta nell'articolo 4, comma 4, secondo la quale potranno ricevere il t.f.r. solamente i fondi preesistenti che avranno adeguato gli statuti alle norme del decreto, ancora una volta con l'eccezione dei fondi preesistenti bancari ed assicurativi ⁽¹¹⁷⁾.

L'articolo 5 dello schema di decreto prevede una serie di norme in materia di modelli di gestione delle risorse dei fondi pensione, rispetto alle quali peraltro è previsto un termine per l'adeguamento di cinque anni dalla data di entrata in vigore del decreto ⁽¹¹⁸⁾.

11. In conclusione, la previdenza complementare sembra soggetta ad un doppio livello di tensioni, interne ed esterne, che rischiano di portare il progetto di costruzione del secondo pilastro, nella migliore delle ipotesi, ad uno sviluppo al di sotto delle potenzialità.

Infatti, al suo interno, la previdenza complementare appare soggetta all'azione di forze che conducono in direzioni opposte, apparendo così, in un certo senso, «ambivalente, perché in essa coesistono note e tratti propri della previdenza pubblica di base, e aspetti tipici del mercato finanziario» ⁽¹¹⁹⁾.

Da una parte essa costituisce il secondo livello di un complessivo ordinamento previdenziale orientato a dare concreta attuazione alla nozione di «adeguatezza» di cui all'articolo 38, comma 2, della Costituzione.

In questo senso certamente depone la norma contenuta nell'articolo 1, comma 1, del decreto n. 252, secondo la quale i trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio sono destinati ad assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale.

Senza dubbio però il passo più deciso verso l'integrazione della previdenza complementare nella previdenza multipilastro è stata l'introduzione, nel passaggio dal decreto n. 124 al decreto n. 252, del finanziamento dei fondi pensione mediante conferimento del t.f.r. anche in modalità tacita (articolo 8, comma 7, lettera b) ⁽¹²⁰⁾.

Certamente in questo caso si può parlare di «semiobbligatorietà» del conferimento, anche se, come l'espressione stessa suggerisce, «manca ancora il passo ulteriore e decisivo: l'obbligatorietà dell'iscrizione alle forme pensionistiche complementari» ⁽¹²¹⁾.

D'altra parte, la previdenza complementare, a differenza della previdenza di ba-

⁽¹¹⁷⁾ I fondi preesistenti, inoltre, per poter essere destinatari di t.f.r., hanno l'obbligo di costituire apposite sezioni a contribuzione definita all'interno dei fondi. I fondi bancari ed assicurativi, da parte loro, se vorranno avere conferimento di t.f.r., oltre a dover costituire specifiche sezioni a contribuzione definita, dovranno anche costituire un patrimonio separato. Peraltro, nel caso di conferimento tacito del t.f.r. ad un fondo preesistente bancario od assicurativo, la previsione statutaria di investimento nella linea più prudentiale, con garanzia di restituzione del capitale, può essere sostituita dalla «assunzione di impegni» in tal senso, da parte dell'impresa stessa.

⁽¹¹⁸⁾ Eccezione fatta per le norme in tema di limiti all'investimento, il cui termine di adeguamento è di 3 anni.

⁽¹¹⁹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *MGL*, 2006, n. 12, 976.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. R. PESSI, *op. cit.*, parte generale, 260; l'Autore, già con riferimento al d.lgs. n. 124/1993, rilevava come «il legislatore immagini la graduale, ma definitiva, scomparsa del T.F.R. dal sistema e la sua utilizzazione come forma privilegiata di finanziamento della previdenza complementare».

⁽¹²¹⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, cit., 976.

se, non opera secondo la tecnica di finanziamento a ripartizione, bensì opera a capitalizzazione.

Ciò implica la necessità dell'investimento delle risorse destinate ai fondi pensione in attività che attribuiscono rendimenti maggiori rispetto al capitale accantonato.

A sua volta la presenza dei fondi pensione nei mercati finanziari comporta l'intrusione nel vocabolario del lavoratore di termini e concetti quali rischio e rendimento, apparentemente inconciliabili con il binomio garanzia-adequatezza, tipico della previdenza pubblica.

In altre parole, il ragionamento economico-finanziario ha poco a che vedere con lo schema pubblico, nel quale al contrario ben poca discrezionalità è concessa al lavoratore (i contributi previdenziali infatti, anche per la parte a carico del lavoratore, sono considerati tributi, seppure di natura speciale), finendo per approdare ad un'analisi costi-benefici che pone sullo stesso piano i fondi pensione con qualsiasi altro strumento finanziario presente sul mercato mobiliare.

Questa conseguenza è certo ben lontana dall'interpretazione della Corte Costituzionale, che nella sentenza n. 393/2000, aveva individuato un collegamento funzionale tra previdenza di base e previdenza complementare, attraendo quest'ultima nel comma 2 dell'articolo 38 della Costituzione, sostanzialmente rendendo «marginale, fino al superfluo, il suo ultimo comma»⁽¹²²⁾.

D'altra parte, la tensione tra solidarietà e mercato all'interno della previdenza complementare emerge chiaramente già dall'elenco delle fonti istitutive di cui all'articolo 3 del decreto n. 252, nella dialettica tra forme di previdenza complementare sindacale e forme di previdenza complementare commerciali⁽¹²³⁾.

Ed anzi, il confronto tra l'elenco delle fonti istitutive di cui al decreto legislativo n. 124/1993 e quello del decreto n. 252 permette di cogliere appieno l'evoluzione della previdenza complementare da fenomeno sostanzialmente «sindacale», a vero e proprio mercato concorrenziale dei trattamenti pensionistici integrativi in cui il lavoratore-consumatore ha la possibilità di scelta all'interno di un'offerta di prodotti previdenziali differenziata e complessa.

Segnali evidenti di questa apertura nei confronti dei mercati finanziari sono, come accennato, l'inserimento, tra le fonti istitutive, di soggetti che nulla hanno a che fare con l'autonomia collettiva, insieme all'eliminazione del vincolo di alternatività tra fondi chiusi e fondi aperti previsto dall'articolo 9, decreto legislativo n. 124/1993.

A questo livello di tensione, per così dire, «interno» alla previdenza complementare, si potrebbe aggiungere un livello di tensione «esterno» – nel senso di non afferente ai meccanismi interni della previdenza complementare, bensì concernente il rapporto tra previdenza pubblica di base e previdenza complementare privata –, che resta però, per il momento solo un'ipotesi.

La previdenza complementare, com'è noto, ha come scopo garantire prestazioni previdenziali adeguate, a fronte di una riduzione dei livelli di copertura da parte della previdenza pubblica obbligatoria.

Impostato in questi termini il problema, la soluzione si rinviene nella costruzione

⁽¹²²⁾ F. CARINCI, *Aspetti problematici e prospettive de jure condendo*, cit., XXV.

⁽¹²³⁾ Così M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 354.

e realizzazione di un compiuto ed efficiente sistema di previdenza complementare privato.

Questo, però, è vero in quanto venga accettata la premessa secondo la quale è necessario diminuire l'intervento finanziario pubblico nella previdenza a tutto vantaggio del settore privato.

Al contrario, e contestando la premessa, si potrebbe sostenere che non è necessario affidare la gestione dell'evento «vecchiaia» del lavoratore, sia pure parzialmente, al settore privato, e quindi al mercato. Una volta reperite le risorse necessarie, la soluzione dovrebbe essere individuata all'interno della previdenza pubblica «primo pilastro», che, in quest'ottica, sarebbe anche «l'unico pilastro».

Questa seconda impostazione, com'è noto, non ha avuto seguito, avendo il legislatore optato manifestamente per il sostegno allo sviluppo della previdenza integrativa privata.

Peraltro, tracce di tale prospettiva, in aperto contrasto con l'idea stessa di previdenza complementare attuata mediante fondi pensione, sembrerebbero emergere dalle indicazioni che in questo senso provengono dall'articolo 1, comma 760, della legge n. 296/2006.

Il legislatore del 2006 ha infatti considerato la possibilità di costituire una apposita *gestione* Inps, alimentata con il t.f.r., per l'erogazione di trattamenti aggiuntivi a quelli della pensione obbligatoria.

In primo luogo quindi, il t.f.r. verrebbe attratto nell'orbita Inps, non semplicemente in un fondo come quello che si limita ad erogare il t.f.r. (articolo 1, comma 755, legge n. 296/2006), ma in una vera e propria gestione previdenziale.

Resta da verificare quale possa essere il significato esatto di «trattamenti aggiuntivi a quelli della pensione obbligatoria» (articolo 1, comma 760, legge n. 296/2006), restando in ogni caso fuor di dubbio che sarebbe a quel punto semplice il passaggio ulteriore: il finanziamento della pensione obbligatoria (anche) tramite il t.f.r.

Una tale ipotesi si potrebbe porre, come sopra accennato, in totale antitesi con la nozione stessa di previdenza «multipilastro» e complementare in particolare.

Infatti, se da una parte il *Fondo per l'erogazione del trattamento di fine rapporto* gestito dall'Inps (comma 755) si pone come scelta antitetica rispetto alla previdenza complementare, ma logicamente subordinata alla (ed anzi forse incentivante della) adesione ai fondi pensione, dall'altra parte la *gestione* Inps di cui al comma 760 attrarrebbe t.f.r. in funzione previdenziale.

In altri termini, sia che fosse lasciata, come oggi avviene per l'adesione ai fondi pensione, libertà di scelta al lavoratore, sia ipotizzando un conferimento obbligatorio del t.f.r., la gestione Inps per trattamenti aggiuntivi si porrebbe in radicale alternativa rispetto alla previdenza complementare.

Peraltro, giova nuovamente sottolineare come la gestione Inps di cui al comma 760, sia e per ora rimanga una mera ipotesi, quasi una scialuppa di salvataggio qualora la previdenza complementare dovesse affondare.

In conclusione, la previdenza complementare appare sottoposta ad una serie di azioni e reazioni uguali e contrarie che rischiano di provocare lo stallo piuttosto che lo sviluppo del secondo pilastro previdenziale.

La sensazione è che, con un quadro normativo già piuttosto complesso, gli ultimi interventi del legislatore non abbiano contribuito a portare chiarezza, perché in

qualche modo ispirati da concezioni diverse riguardo a ciò che deve essere un moderno sistema di *welfare state*.

L'unica certezza in questo ambito probabilmente è rappresentata dalla «difficoltà di fare previsioni sul futuro della previdenza complementare: ogni previsione potrebbe essere sconfessata»⁽¹²⁴⁾.

La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel decreto legislativo n. 252 del 2005.

– **Riassunto.** *L'A. muove dalla considerazione del sistema di previdenza complementare introdotto con il d.lgs. n. 252/2005, come scaturente dall'imprescindibile necessità di contemperare gli aspetti negativi della riforma pensionistica attuata con la l. n. 335/1995. A fronte di tale premessa generale, l'A. si propone di analizzare la disciplina delle diverse tipologie di fondi pensione e, a questo scopo, esamina preliminarmente alcune categorie generali applicabili alla materia e, segnatamente, la distinzione tra fonti istitutive e fonti costitutive, quella tra forme di previdenza complementare di tipo individuale e di tipo collettivo (queste ultime a loro volta distinguibili in fondi chiusi ed aperti) e infine la differenza tra fondi pensione a contribuzione definita ed a prestazione definita. Successivamente, l'A. concentra la propria attenzione sulle forme pensionistiche complementari collettive, esaminando l'alternativa tra fondi chiusi e fondi aperti nonché i relativi specifici profili organizzativi. L'A. prosegue quindi la propria disamina con riferimenti alle forme individuali, per poi soffermarsi sulla forma pensionistica residuale istituita presso l'Inps. L'A. completa il quadro così delineato affrontando il problema dell'adeguamento al nuovo sistema delle forme previdenziali preesistenti e, all'esito dell'indagine svolta, rileva come il sistema riformato della previdenza complementare, sconti un duplice livello di tensione, interno ed esterno al sistema, che potrebbe verosimilmente tradursi in una situazione di stallo. Si tratta, in particolare, dell'ambivalenza del meccanismo regolatorio che si colloca tra previdenza pubblica e mercato finanziario e del rapporto, irrisolto, tra previdenza complementare e previdenza pubblica, a fronte della possibilità, introdotta dalla Legge Finanziaria per il 2007, di costituire una apposita gestione Inps, alimentata con il t.f.r., per l'erogazione di trattamenti aggiuntivi a quelli della pensione obbligatoria.*

The regulation of supplementary pension schemes in Legislative Decree no. 252/2005 (Article in Italian) – Summary.

This paper argues that the system of supplementary pensions set up by Legislative Decree no. 252/2005 reflects the need to deal with the negative aspects of the pension reform introduced by Act no. 335/1995. From this starting point, the author offers an analysis of the regulation of the various types of pension fund and, to this end, provides a preliminary examination of certain general categories relating to this topic, in particular the distinction between different types of funding, between forms of supplementary pensions of an individual kind and a collective kind (with a further distinction between open and closed collective schemes), and finally between fixed-contribution and final-salary schemes, focusing on the difference between open and closed funds as well as the organisational aspects of each type. The author then continues with an outline of individual pension schemes and the pension scheme managed by INPS; the social insurance institute. The author completes the overall picture with a discussion of the adaptation of existing pension schemes to the new system, and at the end of the discussion highlights the fact that the reformed system of supplementary pensions is characterised by two critical elements, internal and external to the system, that risk leading to paralysis. In particular the author focuses on the ambivalent nature of the regulatory mechanism that has to deal with the public insurance system and the financial markets, and the complex relation between supplementary and public pension schemes. This is considered in the light of the option introduced in Italy in the annual budget legislation for 2007, setting up a public pension scheme to be run by the social insurance institute, Inps; funded with the severance pay of those currently in employment, providing for pensions to supplement the basic state retirement pension.

⁽¹²⁴⁾ G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, cit., 983.

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Sull'opportunità di una disciplina dell'efficacia del contratto collettivo

Italo Inglese

Sommario: **1.** Il dibattito sulla riforma. – **2.** La derogabilità del contratto collettivo nazionale: le opportunità per la contrattazione aziendale. – **3.** *Segue:* le opportunità per la contrattazione territoriale. – **4.** Riflessioni conclusive.

1. Periodicamente emerge, nell'ambito del dibattito sui possibili sviluppi del sistema di relazioni sindacali, la questione dell'opportunità di una riforma indirizzata ad attribuire efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva e a razionalizzare la disciplina della rappresentatività sindacale. In questo senso, viene sovente ricordato che nel Protocollo 23 luglio 1993 tra Governo e parti sociali era espresso l'auspicio, rimasto finora irrealizzato, per un intervento legislativo volto «ad una generalizzazione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali che siano espressione della maggioranza dei lavoratori». Il Protocollo prevedeva inoltre l'impegno del Governo «ad emanare un apposito provvedimento legislativo inteso a garantire l'efficacia *erga omnes* nei settori produttivi dove essa appaia necessaria al fine di normalizzare le condizioni concorrenziali delle aziende». Previsione, anche questa, rimasta inattuata.

Di recente, è stato affermato che «la disponibilità di una strumentazione di misurazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva (e dunque dell'attribuzione dell'efficacia *erga omnes*) non incide di per sé sul funzionamento del modello di relazioni industriali» ⁽¹⁾.

Chi scrive è invece del parere che una simile riforma avrebbe effetti assai rilevanti e pervasivi sul diritto sindacale e sui vigenti assetti di relazioni industriali. Questo breve intervento è appunto finalizzato ad una ricognizione delle principali conseguenze che deriverebbero da tale iniziativa.

2. Occorre premettere che la riforma in parola non potrebbe avvenire attraverso una *soft law*, in quanto essa dovrebbe fare i conti con l'«ingombrante ostacolo» ⁽²⁾ costituito dall'articolo 39 della Costituzione, ossia con la *Grundnorm* del no-

* *Italo Inglese* è Responsabile Legislazione, Normativa del lavoro e Studi, Direzione Relazioni Industriali, Ferrovie dello Stato S.p.A.

⁽¹⁾ M. MAGNANI, *I problemi della rappresentanza degli attori sociali: serve una legge?*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4.

⁽²⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*

stro ordinamento sindacale. Pertanto, l'intervento legislativo dovrebbe realizzarsi o in conformità alla norma costituzionale attualmente vigente e inattuata o, laddove intendesse discostarsi da tale modello, mediante modifica della norma stessa⁽³⁾.

È da evidenziare che la mera abrogazione dei commi 2, 3 e 4 dell'articolo 39 non sarebbe sufficiente allo scopo. Infatti, in mancanza di nuovi criteri di selezione, stabiliti a livello di Costituzione, delle rappresentanze abilitate a stipulare contratti collettivi con efficacia generale, la legge ordinaria che operasse tale selezione, sia pur ispirandosi a criteri conformi a ragionevolezza, si porrebbe verosimilmente in contrasto con il principio della libertà dell'organizzazione sindacale, sancito dal comma 1 della norma in esame, poiché comprimerebbe o condizionerebbe la facoltà di scelta ed iniziativa dei singoli. Una siffatta limitazione, oggi prevista dai commi inattuati dell'articolo 39, qualora fosse diversamente definita, dovrebbe necessariamente essere introdotta attraverso una (non banale) modifica costituzionale, giustificandosi in relazione ad una realtà caratterizzata dalla presenza di organizzazioni molto differenziate dal punto di vista del grado di rappresentatività e, comunque, facendo salva l'eventualità che sindacati oggi minoritari possano domani, avendo incrementato il proprio ruolo, assurgere al rango di parti stipulanti contratti collettivi *erga omnes*.

3. È evidente l'impatto che l'ipotizzato intervento legislativo produrrebbe sul sistema delle relazioni industriali.

La nuova disciplina dell'efficacia del contratto collettivo strettamente coniugata con una nuova disciplina della rappresentanza dei lavoratori ai vari livelli, realisticamente basata su meccanismi elettivi⁽⁴⁾, comporterebbe anzi tutto il superamento dei controversi criteri della rappresentatività presunta e della rappresentatività connessa al potere di accreditamento del datore di lavoro. Sarebbe anche giuridicamente risolto il problema del dissenso dei lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti o che non abbiano conferito specifico mandato alle organizzazioni stesse. Inoltre, l'applicazione generalizzata dei contratti collettivi ridurrebbe notevolmente il problema della determinazione della retribuzione sufficiente ai sensi dell'articolo 36 della Costituzione. In questo quadro, un'organica regolamentazione del raccordo e delle ripartizioni di competenza tra livello nazionale e livello decentrato risolverebbe la questione del concorso-conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, con prevedibili positive ricadute sulla tematica dei diritti quesiti⁽⁵⁾.

Non sono infine da trascurare i riflessi sul piano dell'interpretazione del contratto collettivo che deriverebbero dall'inclusione dell'autonomia collettiva tra le fonti del diritto. È stato al riguardo rilevato che il contratto collettivo dotato di efficacia *erga omnes* si porrebbe come fonte eteronoma nei confronti indistintamente di tutti gli appartenenti alla categoria, con la conseguenza che l'interprete do-

⁽³⁾ Al riguardo, vedi P. ICHINO, *Libertà sindacale e disciplina della rappresentanza*, in *q. Rivista*, 2004, 437 (sul punto, vedi 439 e 453).

⁽⁴⁾ Sull'argomento, vedi P. ICHINO, *op. cit.*, e ID., *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005, 142 ss.

⁽⁵⁾ In proposito, vedi Cass. 17 novembre 2003 n. 17377, in *MGL*, 2004, 2, con nota di L. BATTISTA, e in *DL*, 2004, II, 221, con nota di M.M. DIONISALVI.

vrebbe equiparare il contratto stesso ad una fonte normativa e quindi escludere l'applicazione dei criteri ermeneutici codicistici (articoli 1362 e ss. c.c.)⁽⁶⁾.

4. Si configurerebbe così uno scenario totalmente nuovo, che implicherebbe la radicale riscrittura dei manuali di diritto sindacale.

L'innovazione avrebbe il pregio di introdurre elementi di chiarezza e certezza in un contesto giuridico oggi «difettoso e disordinato»⁽⁷⁾, in quanto caratterizzato da un'elevata frammentazione sindacale e da una sorta di giungla contrattuale. Tra gli elementi positivi, è da sottolineare che l'efficacia generalizzata dei contratti collettivi eviterebbe il temuto fenomeno del *dumping* sociale, il quale costituisce al contempo un'insidia ai diritti dei lavoratori e un fattore distorsivo della concorrenza. Si tratta di un aspetto che incontrerebbe il favore non solo dei sindacati dei lavoratori ma anche delle imprese che non basano la propria capacità competitiva sull'applicazione di un trattamento economico-normativo deteriore.

Ciò nondimeno, ammesso che la riforma riesca a comporre il difficile dilemma tra concezione «movimentista» e concezione «associazionista», sul quale si contrappongono le due maggiori organizzazioni sindacali italiane, la ventilata nuova disciplina non si sottrae a considerazioni critiche. In particolare, è lecito dubitare che, in un contesto di crescente competizione internazionale, una contrattazione collettiva di settore, che fissi condizioni minime di trattamento inderogabili con efficacia *erga omnes*, sia capace di rispondere alle richieste di flessibilità delle singole imprese e possa quindi costituire un fattore di competitività⁽⁸⁾. Ed è altrettanto ragionevole paventare il rischio che essa, venendo meno alla sua originaria funzione di sano strumento di regolazione della concorrenza, provochi effetti restrittivi della libera competizione sul mercato, circostanza che danneggerebbe non solo le imprese, ma anche i lavoratori detti *outsiders*⁽⁹⁾.

Non può inoltre sottacersi che la divisata riforma avrebbe scarsa incidenza sul delicato e problematico versante della disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Una legge costituzionale che introducesse criteri di rappresentatività ai fini della stipulazione di contratti collettivi *erga omnes* non comporterebbe infatti l'automatica applicabilità di tali criteri alla diversa materia della titolarità di proclamazione dello sciopero, titolarità che, come ben noto, spetta attualmente anche ad organizzazioni non rappresentative o a gruppi occasionali. Sarebbe pertanto necessario uno specifico intervento legislativo (basterebbe una

⁽⁶⁾ Così G. VIDIRI, *L'interpretazione del contratto collettivo nel settore privato e nel pubblico*, in *RIDL*, 2003, I, 81 (sul punto, 107). Attualmente il regime interpretativo dei contratti collettivi è, invece, quello previsto dagli artt. 1362 e ss. c.c., pure a seguito della riforma del processo in cassazione (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., come sostituito dal d.lgs. n. 40/2006) che ha introdotto il ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione «dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro» senza però modificare la natura della regola collettiva, che rimane negoziale privatistica: vedi A. VALLEBONA, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *MGL*, 2006, 724; A. CATAUDELLA, *Interpretazione del contratto individuale e interpretazione del contratto collettivo*, in *ADL*, 2006, 685.

⁽⁷⁾ P. ICHINO, *Libertà sindacale e disciplina della rappresentanza*, cit., 440.

⁽⁸⁾ Sull'evoluzione della funzione del contratto collettivo nel contesto della competizione tra sistemi normativi nazionali, vedi A. SUPLOT, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *DLRI*, 2003, 155.

⁽⁹⁾ Sul tema, vedi L.C. NATALI, I.L. NOCERA, *Contrattazione collettiva e concorrenzialità del mercato*, in *DPL*, 2006, n. 31, 1722.

legge ordinaria) che, al fine del contenimento della conflittualità, in particolare nei settori del trasporto pubblico ⁽¹⁰⁾, riconoscesse la facoltà di proclamazione soltanto alle organizzazioni dotate di rappresentatività, o eventualmente – mutuando dall'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori il criterio previsto da tale norma per la legittimazione attiva ai fini del ricorso per la repressione della condotta antisindacale – alle associazioni che abbiano effettiva diffusione su tutto il territorio nazionale e che svolgano in concreto attività sindacale a livello nazionale ⁽¹¹⁾.

5. Qualora l'ipotesi di riforma qui presa in considerazione non si avverasse, resterebbe la strada dell'accordo-quadro interconfederale, che, pur rappresentando «un primo passo di grande portata nella direzione giusta» ⁽¹²⁾, non sarebbe risolutivo, in quanto vincolerebbe le sole parti stipulanti.

L'accordo potrebbe comunque introdurre importanti innovazioni soprattutto riguardo a due aspetti: il modello di assetti contrattuali e le misure atte ad arginare l'eccessiva conflittualità.

Sulla prima questione, sarebbe opportuno respingere i facili entusiasmi che l'idea di un accentuato decentramento della contrattazione sembra aver provocato. Quest'ultimo orientamento, pur legittimandosi in relazione all'esigenza di tener conto delle differenti realtà socio-economiche territoriali e delle peculiari condizioni di mercato in cui operano le singole aziende, deve essere temperato con le opposte esigenze, altrettanto legittime: alludiamo, da un lato, alle imprese con unità produttive sparse sul territorio nazionale, ed in particolare alle grandi imprese a rete, le quali hanno la necessità di applicare a tutti i dipendenti un trattamento sostanzialmente omogeneo; dall'altro, a quelle imprese piccole e medie che, grazie al contratto nazionale di settore, evitano sia i costi transattivi legati alla negoziazione decentrata sia il conflitto in azienda ⁽¹³⁾.

È peraltro indubbio che il rapporto tra i livelli di contrattazione necessita di un aggiornamento finalizzato al coordinamento delle rispettive sfere di competenza, obiettivo che appare viepiù ineludibile nella prospettiva di una riforma della rappresentanza sindacale che valorizzi maggiormente il dato elettorale ai fini della titolarità negoziale ⁽¹⁴⁾. In questo contesto, potrebbe essere prevista l'applicazione delle cosiddette «clausole di uscita», già proficuamente sperimentate in Germania.

Per quanto concerne la regolamentazione del conflitto, l'autonomia collettiva potrebbe proceduralizzare ulteriormente l'esercizio del diritto di sciopero, prevedendo il referendum preventivo e il preavviso individuale di adesione all'astensione collettiva. Potrebbe altresì introdurre procedure arbitrali e

⁽¹⁰⁾ Circa l'andamento della conflittualità nel settore dei trasporti, vedi COMMISSIONE DI GARANZIA, *Relazione sull'attività della Commissione 1° gennaio 2005 – 30 giugno 2006*, 2006, 98 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr., da ultimo, Cass. 23 marzo 2006 n. 6429, in *DPL*, 2006, n. 46, 2679.

⁽¹²⁾ P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, cit., 142.

⁽¹³⁾ Su questo aspetto, vedi R. SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in *DLRI*, 2005, 637 (in particolare, 646).

⁽¹⁴⁾ In questo senso, si rinvia alle considerazioni già svolte da chi scrive nella nota a Cass. 5 maggio 2003 n. 6821 (*Costituzione della r.s.u. e rappresentatività sindacale*), in *MGL*, 2003, 506.

l'obbligo di osservanza di clausole di tregua⁽¹⁵⁾. Anche in questo caso assume rilievo l'esperienza tedesca, che contempla l'obbligo di astensione dal conflitto durante la vigenza del contratto collettivo.

Le soluzioni di fonte negoziale sopra accennate non sembrano, tuttavia, in grado di garantire il risultato cui sarebbero destinate, in mancanza di una riforma legislativa organica della rappresentanza e dell'efficacia dei contratti collettivi, nonché di appropriati interventi del legislatore tesi ad incrementare l'effettività della disciplina dello sciopero.

Sull'opportunità di una disciplina dell'efficacia del contratto collettivo – Riassunto. *L'A., nell'ambito del dibattito sulla opportunità di una legge sulla rappresentanza volta a regolare l'efficacia erga omnes dei contratti collettivi, colloca la propria posizione in senso favorevole alla riforma che sarebbe in grado di incidere in modo significativo sull'intero sistema di relazioni industriali. Muovendo da questa considerazione, l'A. si occupa preliminarmente del profilo relativo alla via possibile per perseguire questo obiettivo ed esclude la possibilità di regolamentazione tramite soft law, atteso il rango costituzionale della disciplina in materia di libertà sindacale, rappresentanza e contrattazione collettiva, per concentrarsi, di seguito, sulle ravvisate opportunità di miglioramento, specificatamente individuate, che deriverebbero dall'auspicata riforma. L'A. rileva, altresì, come tali effetti positivi – benché non privi di ombre connesse all'irrigidimento della regolamentazione inderogabile e agli effetti possibili limitativi della concorrenza – comporterebbero una ridefinizione complessiva del sistema, benefici in termini di certezza del contesto giuridico, e potrebbero favorire il superamento della attuale frammentazione sindacale e prevenire fenomeni di dumping sociale; rimarrebbe tuttavia aperto, in assenza di una specifica estensione dei criteri di rappresentatività, il problema della titolarità di proclamazione dello sciopero nei servizi pubblici e, in particolare, nel settore dei trasporti. A fronte di tali considerazioni, l'A. esamina anche la via dell'accordo interconfederale come soluzione idonea ad apportare innovazioni riguardo al modello di assetti contrattuali e alle misure atte ad arginare l'eccessiva conflittualità ma, tenuto conto della vincolatività limitata dell'accordo alle sole parti contraenti, l'A. ribadisce la propria convinzione circa la maggiore opportunità della riforma legislativa organica, tanto della rappresentanza quanto dell'efficacia dei contratti collettivi, con anche interventi legislativi volti a incrementare l'effettività della disciplina dello sciopero.*

On the need for regulating the application of collective agreements (Article in Italian) – Summary. *This paper argues in favour of a law on union representation aimed at regulating the erga omnes application of collective agreements, as it would have a significant effect on the entire system of industrial relations. From this starting point, the author considers how to achieve this objective, and argues that soft-law regulation would not be possible, bearing in mind the constitutional implications of the regulation of trade-union freedom, representation and collective bargaining, and then focuses on the potential benefits arising from the proposed reform. The author also notes that although there is a risk of rigid application of inderogable regulations, possibly limiting competition, the positive effects would lead to an overall reshaping of the system, with benefits in terms of certainty of legal outcomes. In addition, the reform would make it easier to move beyond the present state of fragmentation of the trade unions, and to prevent social dumping. In the absence of a specific extension of the criteria of representation, one question that still remains to be resolved is the problem of the entitlement to call strikes in the public services, and in particular in the transport sector. In the light of these considerations, the author examines agreements between union confederations as the best way to change existing bargaining structures, and as a way to limit excessive levels of conflict. However, taking account of the fact that collective agreements are binding only on the contracting parties, the author underlines the need for an overall legislative re-*

⁽¹⁵⁾ Ipotesi prospettate da CONFINDUSTRIA, *Relazioni industriali per una maggiore competitività delle imprese, lo sviluppo dell'occupazione e la crescita del Paese*, 22 settembre 2005.

form of representation and the application of collective agreements, with legislative measures aimed at regulating the right to strike in an effective manner.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Dimissioni

- lavoratrice in gravidanza (1.1.)

Esternalizzazioni (settore pubblico)

- svolgimento del mercato della fornitura di lavoro (2.1. – 2.2.)
- somministrazione a termine (2.3.)

Lavoro a tempo parziale

- mancanza di forma scritta (3.1.)

Licenziamento

- licenziamento ingiurioso (4.1.)
- tutela contro il licenziamento illegittimo: tutela reale (4.2. – 4.4.)

Mansioni

- demansionamento (tutela) (5.1.)
- demansionamento (presupposti) (5.2.)

Mobbing

- nozione (6.1.)
- tutela (6.2.)

Rapporti interpositori

- appalto e interposizione: differenza (2.4.)
- interposizione: responsabilità interposto (7.1.)

Sciopero

- reazioni datoriali (sostituzione dei lavoratori in sciopero) (8.1.)

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi» all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Assindustria di Genova, Associazione Industriale Bresciana, Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Confindustria Bergamo, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro, Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, Unione Industriale Torino, Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Dimissioni

1.1. Trib. Modena 20 dicembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 17).

Dimissioni - Dimissioni della lavoratrice in gravidanza - Mancata conoscenza da parte della lavoratrice dello stato di gravidanza sussistente al momento delle dimissioni - Mancata convalida delle dimissioni davanti al servizio del Ministero del lavoro - Idoneità delle dimissioni a risolvere il rapporto di lavoro - Sussistenza.

La previsione della convalida delle dimissioni della lavoratrice madre da parte del servizio ispettivo del Ministero del lavoro è lo strumento volto a verificare la spontaneità ed autenticità delle stesse, al fine di garantire la tutela della lavoratrice ex art. 37 Cost.: tale meccanismo in tanto può operare in quanto sia noto lo stato di gravidanza al momento delle dimissioni e occorra pertanto indagare sulla spontaneità della scelta della lavoratrice. La tutela ex art. 37 Cost. non può quindi spingersi fino a determinare l'inefficacia di dimissioni sulla base di un dato appreso dalla lavoratrice stessa in epoca successiva alla risoluzione del rapporto di lavoro per sua volontà, né deriva che le dimissioni presentate dalla lavoratrice ignara del proprio stato di gravidanza, e quindi in alcun modo influenzate dalle preoccupazioni solitamente connesse alla previsione della maternità, determinano la risoluzione del rapporto senza necessità di convalida da parte del servizio ispettivo del Ministero del lavoro.

Dimissioni della lavoratrice madre e conoscenza dello stato di gravidanza

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Cenni all'istituto giuridico delle dimissioni. – **3.** Le dimissioni della lavoratrice in stato di gravidanza. – **4.** La sentenza del Tribunale di Modena.

1. La sentenza del Tribunale di Modena in commento affronta la tematica delle dimissioni della lavoratrice madre, ed in particolare la specifica questione circa la mancata conoscenza dello stato di gravidanza, da parte della stessa, al momento della comunicazione delle dimissioni al datore di lavoro, tanto più ignaro quest'ultimo, della peculiare situazione.

Prima di passare all'esame della fattispecie posta a base della sentenza, appare opportuno ripercorrere la disciplina sottostante la stessa in virtù del suo necessario inquadramento nell'ambito della generale normativa civilistica relativa alle dimissioni del lavoratore, e delle specifiche disposizioni di tutela poste, dalla normativa speciale, a tutela della maternità.

2. Con riguardo all'istituto giuridico delle dimissioni, di cui agli artt. 2118 (recesso da contratto di lavoro a tempo indeterminato) e 2119 c.c. (recesso da contratto di lavoro per giusta causa), è da rilevare che, per dottrina e giurisprudenza costante, esse costituiscono un atto unilaterale recettizio (in tal senso vedi, tra le altre, Cass. 12 maggio 2004 n. 9046, in *MGL*, 2004, 621) che realizza l'esercizio di un diritto potestativo, potendo mutare la sfera giuridica della controparte e, nella specie, la cessazione del rapporto di lavoro, senza che sia richiesta l'accettazione della stessa: quindi il datore di lavoro si trova in una posizione di mera soggezione rispetto alla scelta unilaterale del lavoratore di sciogliere il contratto (in merito alla natura di diritto potestativo dell'atto di dimissioni, già G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1962, I; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 10; V. MICCIO, *Il recesso unilaterale del contratto come diritto potestativo*, in *RDComm*, 1952, I, 373; vedi, più approfonditamente, R. ALTAVILLA, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1987). La natura recettizia dell'atto implica peraltro che il perfezionamento dello stesso e la sua

efficacia decorrano dal momento in cui esso perviene nella sfera di conoscenza del datore di lavoro, a prescindere dalla volontà di quest'ultimo (art. 1334 c.c.), il quale, prendendo atto del recesso, ne suggella la definitiva formazione, impedendo la possibilità di un ripensamento a cui il medesimo non acconsente: senonché la successiva revoca delle stesse non è idonea ad eliminare l'effetto risolutivo già prodottosi, restando limitata la prosecuzione del rapporto al solo periodo di preavviso, salvo un contrario accordo tra le parti (cfr. Cass. 12 maggio 2004 n. 9046, in *DPL*, 2004, n. 40, 2582).

In considerazione, quindi, della natura giuridica delle dimissioni, quale atto unilaterale, ne consegue l'applicabilità delle disposizioni del codice civile riferibili, in particolare, agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, per i quali l'art. 1324 rinvia alle norme che regolano i contratti. Pertanto si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni sull'annullamento per vizi della volontà (errore, violenza e dolo) di cui agli artt. 1427 e ss., e per incapacità di intendere e di volere di cui all'art. 428 c.c. (vedi, tra gli altri, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, V ed., 534).

3. In merito alle dimissioni formulate dalla lavoratrice in stato di gravidanza, le stesse sono assoggettate, da tempo, ad una peculiare disciplina in virtù della speciale tutela accordata all'evento maternità dalla norma costituzionale di cui all'art. 37, che indirizza il legislatore verso la realizzazione di un'adeguata protezione della stessa, e di garanzia alla donna, di condizioni di lavoro che consentano l'adempimento della sua essenziale funzione familiare.

Con riguardo alle dimissioni della lavoratrice in stato di gravidanza o puerperio, fino alla l. n. 53/2000 e il successivo Testo Unico, il d.lgs. n. 151/2001, la disciplina era rimessa ad una fonte regolamentare, in particolare l'art. 11 del d.P.R. n. 1026/1976, norma peraltro disapplicata dalla Corte di Cassazione in quanto ritenuta derogatrice della norma primaria cui faceva riferimento (art. 12, l. n. 1204/1971). Tale disposizione era ritenuta illegittima in quanto condizionava l'efficacia delle dimissioni alla successiva convalida delle stesse ad opera dell'Ispettorato del lavoro, mentre la norma primaria equiparava le dimissioni al licenziamento al solo fine di far conseguire alla lavoratrice le indennità spettanti per quest'ultimo, senza richiedere alcuna condizione o verifica esterna ai fini dell'idoneità risolutiva dell'atto (vedi Cass. 15 novembre 1985 n. 5612, in *RIDL*, 1986, II, 815; Cass. 24 agosto 1995 n. 8970, in *MGC*, 1995, 1535; Cass. 14 dicembre 1996 n. 11181, in *RIDL*, 1997, II, 589).

Con l'emanazione della l. n. 53/2000 (art. 18, comma 2) e successivo d.lgs. n. 151/2001 (art. 55, comma 4) la condizione della convalida delle dimissioni da parte del servizio ispettivo, ai fini di un'efficacia risolutiva del rapporto, ha assunto rango di disposizione primaria.

Il richiesto controllo del servizio ispettivo del Ministero del lavoro mira ad evitare fraudolente forme di ritorsione da parte del datore di lavoro che possano indurre la lavoratrice a rassegnare dimissioni che celino una più subdola forma di licenziamento: si mira a garantire la spontaneità e la certezza delle stesse, per una libera e consapevole determinazione della lavoratrice nella scelta di cessare il rapporto di lavoro. Inoltre il Testo Unico, oltre a ribadire il diritto alla lavoratrice dimissionaria alle indennità spettanti per il caso del licenziamento, precisa che la stessa non è tenuta al preavviso (alla stregua di dimissioni formulate per giusta causa).

Detto speciale trattamento è riservato alla lavoratrice madre dimissionaria in quanto sussiste la presunzione legale di non completa spontaneità del recesso, dovuto alla necessità, per la stessa, di occuparsi del bambino, o di dedicarsene con una dedizione tale da inficiare una piena esecuzione dell'attività lavorativa (cfr. Cass. 19 agosto 2000 n. 10994, in *RIDL*, 2001, II, 515), sul presupposto, come rileva il giudice di Modena, che la scelta delle dimissioni «benché volontaria, sia comunque influenzata dalla difficoltà di conciliare il

lavoro con la maternità».

È opportuno rilevare che l'art. 54 del Testo Unico, relativo al licenziamento della lavoratrice madre, in sostanziale continuità con l'art. 2 della l. n. 1204/1971 – disponendo che le lavoratrici, salvo peculiari situazioni, non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino ad un anno di età del bambino, a pena di nullità (in merito a tale ultima sanzione – anziché l'inefficacia – con riguardo all'art. 2 richiamato, già C. Cost. 8 febbraio 1991 n. 61, in  indice A-Z, voce *Maternità*) – precisa testualmente che «il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza»: a sostegno di ciò la disposizione prevede che la lavoratrice è tenuta a presentare al datore di lavoro una certificazione da cui risulti l'esistenza «all'epoca del licenziamento» delle condizioni legislative che vietavano lo stesso a rafforzare un vero e proprio diritto alla conservazione del posto. Infatti, sembra evidente in tale fattispecie, l'irrelevanza della conoscenza o meno della particolare situazione protetta da parte del datore di lavoro al momento del licenziamento (cfr. Cass. 27 gennaio 1998 n. 797, in *MGC*, 1998, 169), secondo cui non si ravvisa alcun obbligo in capo alla lavoratrice di comunicare immediatamente al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza – salvo che nei 5 mesi in cui la legge prevede l'astensione dal lavoro – di guisa che il licenziamento avvenuto nel relativo periodo è nullo in virtù della disposizione testé citata, secondo cui rileva lo stato oggettivo della gravidanza al momento del licenziamento (in merito, più in generale, alla rilevanza dello stato oggettivo della gravidanza ai fini della sanzione della nullità di un licenziamento irrogato nel relativo periodo cfr. Cass. 20 maggio 2000 n. 6595, in *D&G*, 2000, 22-44).

Nulla precisa a riguardo, invece, la successiva disposizione relativa alle dimissioni della lavoratrice madre, in base alla quale – oltre alla precisazione circa il diritto alle indennità previste in caso di licenziamento e il mancato obbligo di preavviso – in merito alle modalità che regolano le stesse, richiede la convalida del servizio ispettivo del Ministero del lavoro, precisando altresì che «a detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro». Tale disposizione, infatti, non ripete, al pari della precedente in materia di licenziamento, che le relative modalità e connessi limiti operano «con lo stato oggettivo della gravidanza».

Ne consegue che, se pur risulti agevole il profilo di una illegittimità del licenziamento connesso con lo stato oggettivo di gravidanza, salvo comprovare in sede di giudizio l'esistenza di specifici presupposti che lo consentano, non altrettanto agevole risulta la soluzione in merito alla legittimità delle dimissioni volontarie connesse con lo stato oggettivo della gravidanza, pur non conosciuto al momento della comunicazione delle stesse.

4. È proprio in ragione della mancata puntualizzazione normativa in merito al connesso stato oggettivo di gravidanza – ai fini dell'applicabilità della specifica disciplina delle dimissioni – che, nella fattispecie in esame, è sorto il contenzioso da cui è scaturita la sentenza in commento che ha negato alla lavoratrice l'annullamento delle dimissioni rassegnate in un momento in cui era assolutamente ignara del proprio stato di gravidanza.

In virtù di tale rilievo, il giudice dà forza alle proprie argomentazioni in favore del datore di lavoro ignaro dello stato di gravidanza della lavoratrice, benché oggettivamente sussistente.

A sostegno di tale conclusione il medesimo giudice pone in evidenza altri aspetti che muovono verso la stessa: da un lato, l'insussistenza di un vero e proprio divieto di dimissioni alla stessa stregua del divieto di licenziamento, salvo la disciplina normativa circa le conseguenze relative alle dimissioni in termini economici, quali il diritto alle relative indennità, che peraltro presuppongono, secondo il rilievo del giudice, la consapevolezza dello stato di gravidanza; dall'altro la *ratio legis* sottostante il necessario controllo delle dimissioni da parte del servizio ispettivo del Ministero del lavoro, che è da rinvenire nella

«esigenza di verifica della spontaneità ed autenticità delle stesse», spontaneità che – nella fattispecie oggetto della sentenza – risulterebbe provata in atti.

In sostanza, attraverso tale sentenza, il giudice di Modena ha equiparato le dimissioni formulate in una situazione di incoscienza del proprio stato di gravidanza da parte di una lavoratrice, ad una possibile situazione di dimissioni ordinaria, che sia di un lavoratore o di una lavoratrice, considerando assolutamente efficaci, alla stregua di normali dimissioni, quelle rassegnate dalla lavoratrice convenuta nel giudizio.

È ben evidente che una tale equiparazione sembra, *prima facie*, assolutamente incongrua e contraria alla disciplina posta a tutela della lavoratrice madre che prevede, come sopra ricordato, l'attribuzione delle indennità previste per il caso di licenziamento, la mancanza dell'obbligo del preavviso e, soprattutto, la convalida delle dimissioni da parte del servizio ispettivo che costituisce condizione, per espressa disposizione di legge, per la risoluzione del rapporto di lavoro.

A ben guardare, con estrema forzatura potrebbe ritenersi applicabile la disciplina dell'errore.

L'art. 1428 c.c. chiarisce che l'errore (unilaterale), per essere causa di annullamento del contratto, deve essere essenziale e riconoscibile; l'essentialità comporta la determinazione per la parte a concludere il contratto: in tal caso potrebbe rinvenirsi nell'errore determinato in capo alla lavoratrice rispetto alla reale situazione di fatto, la cui conoscenza non l'avrebbe indotta a compiere l'atto di recesso; tuttavia, per giurisprudenza costante, l'essentialità deve intendersi in senso oggettivo ovvero determinato con criteri obiettivi e sembrerebbe scarsamente configurabile nella situazione di cui alla sentenza. Soprattutto con riguardo all'altro elemento richiesto per la configurabilità dell'errore, ovvero la riconoscibilità dello stesso (dalla controparte datoriale), sembra da escludersi come sussistente nel caso di specie, essendo pacifico che il datore, pur con l'ordinaria diligenza, non poteva rilevarlo. Detto elemento è espressione del più generale principio di tutela dell'affidamento (cfr. art. 1431 c.c.).

Difficilmente potrebbe configurarsi un errore di diritto ascrivibile, con evidente forzatura, ad entrambe le parti del rapporto che, a causa di una falsa rappresentazione della realtà, hanno omesso l'applicabilità della specifica disciplina (vedi in particolare, in tema di errore di diritto nelle dimissioni, Cass. 19 agosto 1996 n. 7629, in *NGL*, 1996, 937).

Senza entrare nel merito della specifica tematica dell'errore, basti pensare che ciò comporterebbe la possibilità di chiedere l'annullamento a prescindere dalla riconoscibilità dello stesso (considerando l'eventuale errore bilaterale), con conseguente ripristino *ex tunc* del rapporto (benché eventualmente senza diritto alle retribuzioni *medio tempore*, in assenza di messa a disposizione delle energie lavorative da parte della lavoratrice dimissionaria); di contro, a tutela della posizione del datore di lavoro, vi è da dire che l'eventuale immissione della lavoratrice a seguito di richiesta di annullamento di dimissioni apparentemente valide ed efficaci, con effetto immediato al momento della ricezione, contrasta con altri principi pur costituzionalmente protetti, quali l'art. 41 Cost. sulla libertà di iniziativa economica in cui rientra l'aspetto organizzativo della stessa, e il principio cardine del nostro ordinamento civilistico, che è quello dell'affidamento e della certezza del diritto in generale.

Infine, benché la norma non specifichi espressamente che lo stato di gravidanza debba essere conosciuto dal datore di lavoro, ai fini dell'applicabilità della norma concernente la verifica del Servizio ispettivo del Ministero del lavoro, tale condizione si evince agevolmente, anche sulla base di quanto argomentato nei precedenti paragrafi, dal fatto che il rischio paventato dalla norma e che rientra nella relativa *ratio legis*, sia proprio quello di evitare che le dimissioni siano estorte in ragione di uno stato di gravidanza necessariamente conosciuto dal datore (in merito all'esclusione della necessità della predetta convalida, nel caso di risoluzione consensuale del rapporto, cfr. Trib. Milano 27 luglio 2004, in

LG, 2005, n. 3, 291). A tal proposito è da rilevare, tuttavia, che sul punto è da ultimo intervenuto il Ministero del lavoro, con lettera circolare 4 giugno 2007, che – affrontando la questione delle dimissioni della lavoratrice madre, con particolare riguardo agli aspetti procedurali della convalida del Servizio ispettivo – ha ritenuto che rilevi, in quanto tale, lo stato oggettivo di gravidanza della lavoratrice indipendentemente dalla conoscenza che la stessa ne abbia anche al momento delle dimissioni.

In ogni caso, non sembra potersi escludere il diritto alle altre indennità prescritte dalla norma speciale, una volta provato lo stato di gravidanza all'epoca delle dimissioni (ancorché sconosciuto al momento delle stesse), salvo incorrere nel rischio di equiparare *in toto*, come ha fatto il giudice nella sentenza in commento, le dimissioni ordinarie alle dimissioni della lavoratrice in stato di gravidanza.

Vania Magnatti

*Specialista in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale
Università degli Studi di Roma «La Sapienza»*

2. Esternalizzazioni

2.1. TAR Lombardia 21 marzo 2007 n. 462 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 14).

Esternalizzazioni - Settore pubblico - Tutela del corretto svolgimento del mercato della fornitura di lavoro - Legittimità attiva e interesse ad agire in capo alle associazioni di rappresentanza delle agenzie per il lavoro - Esclusione.

La mancata riserva, in una gara d'appalto, a favore delle imprese autorizzate ad effettuare somministrazione di manodopera incide in via solo indiretta sull'interesse della categoria, unitariamente rappresentata, nel senso che allarga la platea dei possibili partecipanti alla gara. La categoria unitariamente considerata non è pertanto legittimata alla impugnazione del bando di gara.

2.2. TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 39).

Esternalizzazioni - Settore pubblico - Tutela del corretto svolgimento del mercato della fornitura di lavoro - Legittimità attiva e interesse ad agire in capo alle associazioni di rappresentanza delle agenzie per il lavoro - Sussistenza.

Le associazioni di rappresentanza delle agenzie per il lavoro, agendo sulla base di una propria legittimazione autonoma di categoria, sono pienamente legittimate a fare valere l'interesse collettivo per il corretto svolgimento del mercato della fornitura di lavoro temporaneo.

2.3. TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 39).

Esternalizzazioni - Somministrazione - Somministrazione a tempo determinato - Settore pubblico - Limiti o divieti di ricorso - Esclusione.

La disciplina dettata dal d.lgs. n. 276/2003 in tema di somministrazione di lavoro è applicabile anche ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni. L'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, – secondo il quale «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» – mentre da un lato esclude la applicazione generalizzata della disciplina di cui al decreto legislativo alle Pubbliche Amministrazioni, non esclude, dall'altro, che singole previsioni normative trovino applicazione anche ai rapporti instaurati con soggetti pubblici, ed è proprio questa la funzione della disposizione di cui all'art. 86, comma 9, che prevede la applicabilità della disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato alla Pubblica Amministrazione.

2.4. TAR Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 39).

Rapporti interpositori - Appalto e somministrazione di lavoro a tempo determinato - Differenza.

Si configura la fattispecie dell'appalto quando l'appaltante affida all'appaltatore lo svolgimento di prestazioni connesse ad un preciso risultato; la somministrazione di lavoro a tempo determinato si caratterizza – viceversa – per la ricerca da parte dell'utilizzatore di lavori in chiave di integrazione del personale esistente in organico. Affinché si configuri l'appalto, l'oggetto negoziale deve essere costruito in modo da attribuire in forma rilevante e per elementi qualificanti l'intero rischio contrattuale all'appaltatore; condizione, quest'ultima, che non si realizza quando l'oggetto principale della prestazione è la «fornitura di lavoratori» e il corrispettivo spettante alla società aggiudicataria è, almeno in via prevalente, legato alle ore di lavoro svolte, senza che assuma alcun rilievo il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative. In altre parole, per usare una tradizionale categoria civilistica, si configura somministrazione quando si è in presenza di obbligazioni di mezzi e non di risultato, pur con qualche secondaria deviazione da tale assunto, per cui l'oggetto contrattuale risulta strutturalmente incompatibile con quello dell'appalto di servizi.

(2.1. – 2.4.) Uno stop agli appalti fittizi nelle strutture sanitarie?

Sommario: **1.** Il nuovo quadro dei rapporti interpositori e la differente regolazione del mercato della somministrazione e dell'appalto. – **2.** L'interesse ad agire delle associazioni rappresentative delle agenzie per il lavoro. – **3.** L'applicazione della disciplina sulla somministrazione di lavoro alla PA. – **4.** Distinzione fra appalto e somministrazione. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Con la sentenza n. 2711/2006, che qui si commenta, il TAR piemontese affronta alcune questioni in tema di esternalizzazioni operate dalla Pubblica Amministrazione:

- a) la legittimazione di una associazione di rappresentanza delle agenzie per il lavoro ad agire per veder tutelata la regolarità dei procedimenti di esternalizzazione;
- b) l'applicabilità della disciplina sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato nei confronti della PA;
- c) la distinzione fra appalto e somministrazione di lavoro.

Il *casus belli* è rappresentato da un ricorso promosso da Apla, Agenzie per il lavoro associate, onde vedere dichiarata la nullità di una gara di appalto indetta da un'azienda ospedaliera «per servizi infermieristici». Secondo la tesi di parte attrice – poi accolta dal TAR – la gara avrebbe dovuto essere bandita, anziché per l'appalto di servizi, per la fornitura di personale, e quindi essere riservata alle sole agenzie per il lavoro a ciò autorizzate ai sensi del d.lgs. n. 276/2003.

Posto che, come noto, tanto attraverso il conferimento di appalto quanto tramite il ricorso

alla somministrazione di lavoro, l'azienda committente o utilizzatrice realizza il proprio scopo tramite manodopera altrui (sulla sostanziale assimilabilità, sul piano economico, delle due figure, cfr., in particolare, P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 2000 e, più recentemente, dello stesso autore, *Lezioni di diritto del lavoro: un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, 217-256, vedi anche M. BIAGI, M. TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 317-374), le fattispecie – quantomeno in via generale e normativa nettamente distinte fra loro – sono soggette ad un sistema diverso di limiti e controlli.

Le riforme attuate con la l. n. 196/1997 e con la l. n. 30/2003 e relativi provvedimenti attuativi, nell'abrogare progressivamente, come noto, il divieto generalizzato di intermediazione di lavoro che era sancito dalla l. n. 1369/1960, hanno consentito l'attività di fornitura di personale alle sole società in possesso della prescritta autorizzazione ministeriale, la quale assolve alla funzione di un controllo preventivo circa la sussistenza di severi requisiti necessari ai fini della autorizzazione (cfr., al riguardo, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, in cui, anche, G. BOCCHIERI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro*; S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006).

Il controllo ministeriale è finalizzato principalmente alla tutela dei diritti dei lavoratori, garantendo la solvibilità dell'impresa e la professionalità degli operatori. In particolare, per quanto riguarda i profili giuridici e finanziari, essi sono modulati dall'art. 5, d.lgs. n. 276/2003, rispetto alle diverse tipologie di agenzie per il lavoro (classificate dall'art. 4 del decreto in base al tipo di attività svolta: agenzie di somministrazione, agenzie di intermediazione, agenzie di ricerca e selezione del personale, agenzie di supporto alla ricollocazione professionale), onde tener conto della diversa intensità di rapporto tra il lavoratore e l'agenzia. In tal senso – in considerazione del rapporto di lavoro che si instaura fra le parti – i requisiti richiesti sono massimi proprio con riferimento alle agenzie di somministrazione (sono infatti previsti, in particolare, oltre ai requisiti richiesti per la generalità delle agenzie per il lavoro, l'acquisizione di un più elevato capitale sociale, la garanzia che l'attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque non inferiore a 4 Regioni, la disponibilità di un deposito cauzionale a garanzia dei crediti dei lavoratori e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali, la regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito, il regolare versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali e il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro applicabile).

Altre disposizioni contenute nel d.lgs. n. 276/2003 (in particolare all'art. 18 e all'art. 27) sono inoltre poste a presidio della garanzia della trasparenza del mercato della somministrazione di lavoro. In merito, la Cassazione penale, nella sentenza 16 giugno 2004 n. 34922, in *📖 Boll. Adapt*, 2004, n. 21, ha osservato che «l'intervenuta abrogazione, per effetto del d.lgs. n. 276/2003, della l. n. 1369/1960, che vietava e sanzionava penalmente ogni forma di intermediazione nel collocamento della mano d'opera, non ha reso penalmente indifferenti tutte le condotte già previste nella legge abrogata come reato, avendo, in particolare, lasciato sopravvivere la rilevanza penale dell'appalto di mere prestazioni di lavoro, ora qualificato come somministrazione di lavoro, quando esso venga effettuato al di fuori delle condizioni oggettive e soggettive previste dalla nuova normativa» (su tale orientamento le sezioni penali hanno ormai delineato una consolidata giurisprudenza: cfr. Cass. 29 gennaio 2004 n. 7726; Cass. 20 dicembre 2004, n. 3714; tutte in *📖 Boll. Adapt*,

2004, n. 21; sul tema, in dottrina, per una proposta ricostruttiva dell'attuale assetto dei rapporti interpositori e sulla portata dell'abrogazione della l. n. 1369/1960, vedi C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, in M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006; la questione è stata affrontata, seppure solo come *obiter*, anche dalla giurisprudenza civile, vedi al riguardo, il commento di R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, che segue in *q. Osservatorio* alla voce *Rapporti interpositori*, a Cass., sez. un., 26 ottobre 2006 n. 22910).

I requisiti sopra richiamati non sono invece richiesti ai fini della stipula di contratti di appalto di servizi là dove il controllo sulla solidità e professionalità dell'imprenditore appaltante (nonché la tutela della posizione dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione dell'appalto) risulta, nel sistema attuale di regolazione dei rapporti interpositori, completamente affidato alla posizione di solidarietà che lega appaltatore e committente rispetto ai crediti derivanti dai rapporti di lavoro (sul punto, vedi, in *q. Fascicolo*, C. BIZZARRO, *Nuova disciplina dell'appalto e certificazione*, in *Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva*).

A fronte di tale diversa regolamentazione dei mercati dell'appalto e della somministrazione di lavoro risulta decisivo il problema di una verifica della regolarità, da questa prospettiva, delle gare e, segnatamente, della effettiva riconducibilità di esse allo schema dell'appalto ovvero, piuttosto, della somministrazione di lavoro, con la conseguenza, pertanto, di incidere sul novero dei soggetti che possono partecipare alla gara stessa. Non solo. Preliminarmente, la sentenza in esame (e, in senso contrario, la sentenza del TAR lombardo, in epigrafe) affrontano il tema di chi possa far valere in giudizio tali vizi e, segnatamente, se possa agire in giudizio a questo fine una associazione di agenzie per il lavoro.

2. Con riferimento alla legittimazione ad agire da parte dell'Associazione il TAR piemontese, in commento, ha ricordato come, secondo una consolidata giurisprudenza (cfr., fra le tante, C. Stato., sez. VI, 6 luglio 2004 n. 5014, in *FA CdS*, 2004, 2109, s.m.; C. Stato, sez. VI, 14 giugno 2004 n. 3874, in *FA CdS*, 2004, 3874, s.m.; C. Stato, sez. IV, 22 aprile 1996 n. 523, in *FA*, 1996, 1178, s.m.), gli enti esponenziali di gruppi di individui (o di altri enti) sono legittimati ad agire in giudizio a tutela degli interessi collettivi di questi ultimi, facendo valere una speciale capacità rappresentativa che prescinde da specifiche e differenziate posizioni di uno o più specifici soggetti associati nell'ente esponenziale.

Nel caso di specie tale presupposto si realizza pienamente – ha ritenuto la sentenza – in quanto lo scopo sociale di Aplà è la tutela degli «interessi delle imprese associate per tutti gli aspetti che direttamente o indirettamente le riguardano presso le autorità, enti, istituzioni di interesse del settore stesso», come prevede l'art. 3 dello Statuto della associazione.

Secondo il TAR, rientra nell'ambito di tali interessi «di categoria» la contestazione della partecipazione alla gara da parte di imprese prive della autorizzazione ministeriale prevista per lo svolgimento della attività di somministrazione di lavoro, autorizzazione che costituisce altresì il presupposto principale per l'iscrizione all'associazione ed è, quindi, criterio di individuazione degli interessi collettivi da essa rappresentati. In altre parole, argomenta la pronuncia, tutelando gli interessi delle società autorizzate a svolgere l'attività di fornitura di lavoro, Aplà non può che avere autonoma legittimazione ed interesse ad agire, vertendo la controversia proprio in merito alla necessità della citata autorizzazione ministeriale, quale presupposto per lo svolgimento di una attività che si assume inquadra-bile nello schema del contratto di somministrazione.

Il Tribunale amministrativo torinese riconosce pertanto in capo ad Aplà un interesse di tutela della intera categoria, unitariamente considerata, che consiste nell'ottenere che la aggiudicazione di contratti che configurino una somministrazione di prestazioni lavorati-

ve si svolgano nelle gare pubbliche nel rispetto del requisito di iscrizione all'Albo ministeriale di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276/2003, onde poter assicurare unitariamente ai propri associati una *chance* di aggiudicazione, eliminando la concorrenza illegittima e sleale di chi, viceversa, è privo degli onerosi requisiti. L'associazione di categoria agisce quindi non al fine di veder tutelato un interesse altrui, ma un interesse proprio dell'associazione stessa, stabilito come tale dal suo statuto, interesse che consiste nel veder limitato l'accesso alle gare d'appalto a quelle società, unitariamente considerate, che – possedendo i requisiti di legge per l'attività di somministrazione – sono ad essa associate.

3. Circa la applicabilità della disciplina dettata dal d.lgs. n. 276/2003 in tema di somministrazione di lavoro, il Tribunale ha osservato che il contrasto tra il tenore dell'art. 1, comma 2 – secondo cui il decreto legislativo «non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» – e quello dell'art. 86, comma 9 – che statuisce che «la previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 27, comma 1, non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni cui [...] la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato» – è in realtà solo apparente e deve essere risolto mediante i principi fondamentali sui rapporti tra norme concorrenti, rilevando il carattere generale della prima disposizione e quello speciale della seconda. In altre parole, con la previsione contenuta nell'art. 1, comma 2, il legislatore, mentre ha inteso escludere un'applicazione generalizzata della disciplina in esame alle Pubbliche Amministrazioni, non ha escluso che singole previsioni normative trovino, invece, applicazione anche ai rapporti di lavoro instaurati con soggetti pubblici ed è proprio questa la funzione della disposizione di cui all'art. 86, comma 9, il cui tenore testuale non lascia alcun dubbio sull'astratta applicabilità della disciplina in tema di somministrazione di lavoro a tempo determinato anche ai procedimenti amministrativi finalizzati all'instaurazione di tale modello contrattuale. La disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato trova dunque applicazione anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, con la particolarità della non applicazione della costituzione di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore nel caso di somministrazione illegittima.

In generale, sul regime delle esternalizzazioni con riferimento alla PA, vedi H. BONURA, *Somministrazione di lavoro e appalti nella pubblica amministrazione: il quadro normativo*, in M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006. Vedi anche la nota al TAR in esame di E.M. BARBIERI, *Appalto di servizi e somministrazione di lavoro*, in *MGL*, 2006, 11; l'A., adesivo sul punto rispetto alla decisione ma critico con riferimento ai profili relativi alla qualificazione della fattispecie come somministrazione, su cui *infra* nel testo, rileva, inoltre, la inopportunità della collocazione della norma sulla somministrazione nella PA tra le norme transitorie del d.lgs. n. 276/2003, là dove tale collocazione pare giustificarsi in quanto la disciplina della fornitura professionale di prestazioni di lavoro temporaneo è stata estesa alla PA in via temporanea, e cioè in attesa di un intervento di armonizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze della PA alle disposizioni contenute nella riforma Biagi: vedi, sul punto, M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI, *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

4. Infine la questione di merito: la distinzione fra appalto di servizi e somministrazione di lavoro e, nel caso concreto, la riconducibilità della gara indetta dall'azienda ospedaliera e della relativa *lex specialis* all'uno piuttosto che all'altro istituto.

In tema di distinzione fra somministrazione di lavoro ed appalto, il TAR argomenta, in via generale, con sintetiche e puntuali affermazioni, limitandosi a ricordare che mentre nell'appalto il committente affida all'appaltatore prestazioni connesse ad un preciso risultato, la somministrazione di lavoro si caratterizza per la ricerca da parte dell'utilizzatore

di lavoratori da impiegare per i propri generici scopi, in chiave di integrazione del personale esistente in organico.

«La verità è – afferma la pronuncia citata – che, per passare da quest’ultimo [contratto di somministrazione di lavoro] al contratto di appalto, occorre che l’oggetto negoziale sia costruito in modo da attribuire – in modo rilevante e per elementi qualificanti l’intero rapporto – il rischio contrattuale all’appaltatore»; condizione, quest’ultima, che «non si realizza quando l’oggetto principale della prestazione è la fornitura di lavoratori ed il corrispettivo spettante alla società aggiudicataria è, almeno in via prevalente, legato alle ore di lavoro svolte, senza che assuma alcun rilievo il risultato conseguito dallo svolgimento delle prestazioni lavorative. In altre parole, e per utilizzare una tradizionale categoria civilistica, si configura somministrazione quando si è in presenza di obbligazioni di mezzi e non di risultato, per cui l’oggetto contrattuale risulta strutturalmente incompatibile con quello dell’appalto di servizi».

Al fine della qualificazione del rapporto, il Tribunale ha valorizzato una serie di specifici elementi di fatto che emergono dal capitolato.

In primo luogo l’oggetto del contratto, consistente nello svolgimento di «prestazioni di assistenza infermieristica» da parte di «personale qualificato». Secondo la sentenza, questo primo dato paleserebbe la sussistenza della causa tipica della somministrazione, posto che «le Aziende resistenti mirano sostanzialmente ad integrare il proprio personale interno, dimostratosi insufficiente, con altro esterno, per lo svolgimento di prestazioni proprie del primo, tanto è vero che i nuovi infermieri dovranno “integrarsi con il personale dell’Azienda per garantire il regolare svolgimento dell’attività assistenziale”».

In secondo luogo, la presenza, nel capitolato, di regole che tendono ad assimilare la posizione dei lavoratori dell’appaltante/fornitore a quella dei dipendenti in organico (ad esempio vengono citate le seguenti disposizioni: «le turnazioni verranno definite dai responsabili del settore e potranno subire variazioni estemporanee. L’orario di lavoro sarà definito sulla base della necessità, come da Ccnl di comparto»; «il prestatore di lavoro potrà svolgere la propria attività secondo le istruzioni impartite dall’Azienda Sanitaria Ospedaliera per la esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro ed è tenuto all’osservanza di tutte le [...] linee guida e protocolli emanati dalle Aziende Sanitarie Ospedaliere»; le regole di comportamento per i lavoratori, inerenti le «linee guida aziendali», la «osservanza del segreto professionale, del regolamento aziendale e della tutela della *privacy*», il «rispetto puntuale della programmazione dell’attività formulata dal Coordinatore della Struttura Complessa», il «Rispetto delle indicazioni organizzative dei Coordinatori»).

In terzo luogo, sul piano dell’equilibrio economico del rapporto viene dato rilievo al criterio di aggiudicazione dell’appalto, costituito dal massimo ribasso con riferimento ad una tariffa oraria media, restando a carico del soggetto fornitore, cioè della impresa aggiudicataria, il pagamento degli oneri contributivi e previdenziali, in piena conformità alle previsioni dell’art. 5, comma 2, lett. *d*), del d.lgs. n. 276/2003, in materia di somministrazione lavoro, a mente del quale il somministratore è tenuto al regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali (il capitolato speciale di gara statuisce, al riguardo, che «la fattura mensile dovrà essere accompagnata dai documenti comprovanti il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali»: tale previsione, ribadisce il TAR, non può che comportare l’attribuzione allo stesso somministratore dell’onere di effettuare i versamenti, dal momento che la presentazione di tale documentazione costituisce condizione per ottenere il pagamento del corrispettivo mensile del servizio).

Sempre sul piano dell’assetto economico del rapporto, la pronuncia rileva come – pur essendo effettivamente previste dal capitolato speciale di gara alcune prestazioni «accessorie» rispetto alla «somministrazione lavoro» vera e propria – esse rivestano certamente carattere secondario e non incidente in modo decisivo sull’equilibrio delle prestazioni,

trattandosi di prestazioni che contribuiscono in misura residuale a determinare l'equilibrio economico complessivo del rapporto e, peraltro, neppure strutturalmente incompatibili con lo schema della «somministrazione lavoro» (si tratta, infatti, dell'obbligo di «fornitura delle divise agli infermieri, il lavaggio e la stiratura», di «dare garanzia di continuità di prestazione mantenendo l'assegnazione dello stesso operatore al medesimo servizio», della previsione che «l'azione disciplinare nei confronti dei prestatori di lavoro temporaneo sarà esercitata dalla Ditta fornitrice» e che «la Ditta appaltatrice dovrà nominare un responsabile reperibile tutti i giorni sulle 24 ore, in grado di risolvere eventuali problemi connessi all'espletamento del servizio [...]», della previsione che «per tutto il tempo di permanenza su aree di proprietà dell'Azienda Ospedaliera o in uso alla stessa, la ditta aggiudicataria dovrà rispondere per tutti i danni ad essa imputabili anche omissivi del proprio personale, per danni a persone o cose» e che «la ditta aggiudicataria è obbligata ad assicurare i prestatori di lavoro per gli infortuni e le malattie professionali previste dal d.P.R. n. 1124/1965 e successive modificazioni ed integrazioni» e che «il personale richiesto dovrà essere già istruito e formato a cura dell'Associazione fornitrice in relazione alle tipologie delle attività da svolgere, garantendo uno standard qualitativo o quantitativo di attività conforme a quanto richiesto»).

5. La portata decisiva e innovativa della pronuncia in commento pare risiedere principalmente nel riconoscimento ad agire in capo ad Apla.

Ed invero, per un verso, la questione della applicabilità della disciplina dettata dal decreto attuativo della Legge Biagi in tema di somministrazione si risolve in un contrasto meramente apparente fra norme, di piana soluzione in base al principio interpretativo di prevalenza delle disposizioni speciali su quelle generali.

Per altro verso, limitatamente alla distinzione fra appalto e fornitura di lavoro, la pronuncia del TAR non si dilunga tanto in affermazioni di principio, analizzando piuttosto nel merito la questione di fatto. Nelle affermazioni in via di principio, peraltro laconiche, la sentenza non si discosta dagli indirizzi predominanti ribaditi anche sotto la vigenza della l. n. 1369/1960: con la particolare sottolineatura, ad opera del TAR, della necessità che l'indagine degli specifici elementi di fatto – da cui si deduca l'inquadramento del rapporto come appalto piuttosto che come somministrazione – sia rivolta alla ricerca dell'oggetto prevalente della prestazione, ossia all'elemento caratterizzante il sinallagma contrattuale, rivestendo gli eventuali servizi accessori carattere secondario e non incidente in modo decisivo sull'equilibrio delle prestazioni; nel senso cioè che anche qualora siano dedotti in contratto servizi accessori, essi rivestono carattere secondario e non incidente in maniera decisiva sull'equilibrio delle prestazioni, trattandosi di adempimenti che contribuiscono in misura soltanto marginale a determinare l'equilibrio economico complessivo del rapporto e, peraltro, neppure strutturalmente incompatibili con lo schema della somministrazione di lavoro. Si potrà poi discutere se nella specifica gara di appalto e nella *lex specialis* si riscontrino maggiori elementi essenziali del rapporto sinallagmatico riconducibili alla fornitura di manodopera o a quella dell'appalto; ma dal punto di vista delle enunciazioni di principio la sentenza appare condivisibile.

Maggior rilevanza, anche in assenza di precedenti sull'argomento, ha invece la individuazione del soggetto legittimato all'azione. Perché se l'orientamento espresso dai giudici piemontesi – già smentito peraltro dalla più recente sentenza del TAR di Milano n. 462/2007, riportata in epigrafe, la quale, discostandosi espressamente dal precedente piemontese, ha ritenuto l'associazione di categoria carente di legittimazione ad agire – fosse ribadito dalla successiva giurisprudenza (ed *in primis* dal Consiglio di Stato, avanti il quale, nel momento in cui si scrive, pende il gravame), le associazioni rappresentative delle agenzie per il lavoro sarebbero chiamate ad un ruolo di centrale importanza nella repressione di interposizioni vietate di manodopera e di appalti fittizi. Esse – in quanto portatrici dell'interesse di categoria (un interesse di non poco conto se si considera che

consentirebbe alle agenzie di partecipare a bandi di valore spesso elevato e con la esclusione di tutti i soggetti non autorizzati) – potrebbero, in altre parole, avere un forte interesse nel denunciare la finalità fraudolenta di gare di appalto che celino, nella realtà, semplici intermediazioni di lavoro. Ciò, a ben vedere, a tutto vantaggio della regolarità del mercato del lavoro e dei lavoratori e della effettività, oggi alquanto controvertibile, di tutto l'impianto autorizzatorio disegnato dalla riforma del mercato del lavoro.

Alessandro Corvino
Avvocato del Foro di Bergamo

3. Lavoro a tempo parziale

3.1. Cass. 10 gennaio 2006 n. 168 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 11).

Lavoro a tempo parziale - Mancanza di forma scritta - Prestazioni eccedenti l'orario pattuito - Agevolazioni contributive - Inapplicabilità.

La previsione legislativa di agevolazioni contributive, consistenti nella previsione di un minimale orario, accordate ad un tipo di contratto (part-time), presuppone un rapporto di lavoro regolarmente stipulato e rimasto tale nella sua attuazione. Conseguentemente non appaiono riconoscibili agevolazioni contributive ad un rapporto di lavoro part-time non stipulato per iscritto e che, nato per un determinato numero di ore, venga attuato con il sistematico ricorso a prestazioni eccedenti l'orario pattuito.

Sulla spettanza delle agevolazioni contributive in caso di nullità del contratto part-time e di superamento sistematico dell'orario di lavoro pattuito

Sommario: **1.** Lavoro a tempo parziale e forma scritta del contratto. – **2.** Contribuzione previdenziale nel lavoro a tempo pieno e nel lavoro a tempo parziale. – **3.** Lavoro supplementare e regime contributivo. – **4.** Conclusioni e cenni alla nuova disciplina del part-time.

1. La sentenza affronta il tema dell'esistenza del diritto del datore a fruire del regime contributivo agevolato per i contratti di lavoro a tempo parziale, di cui alla l. n. 863/1984, in luogo del regime ordinario di cui alla l. n. 389/1989, anche nella fattispecie in cui, come quella in esame, il contratto part-time sia stato concluso ed attuato in violazione dei requisiti di legge (nel caso, mancata stipulazione del contratto per iscritto e significative variazioni degli orari di lavoro in difetto di accordi scritti).

Il lavoro a tempo parziale ha ricevuto per la prima volta una disciplina specifica con l'art. 5 del d.l. n. 726/1984, poi convertito in l. n. 863/1984.

Il comma 2 dell'art. 5 di tale decreto prevede che «il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto. In esso devono essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. Copia del contratto deve essere inviata entro trenta giorni al competente ispettorato provinciale del lavoro».

La giurisprudenza della Suprema Corte si è pronunciata nel senso che la forma scritta è richiesta dalla legge per la validità del contratto, sulla base dell'imperatività della norma nonché della *ratio legis*, che è quella di dare una superiore tutela al lavoratore in relazione ad un rapporto che dovrebbe favorire l'espansione dell'occupazione (cfr. giurisprudenza in M. BROLLO, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Jovene, Napoli, 1991, 134,

nota 19; Cass. 26 luglio 2002 n. 11108, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 725; Cass. 28 maggio 2003 n. 8492, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2003, n. 943).

Quindi, il contratto part-time privo di forma scritta è nullo per contrarietà a norme imperative, ma la nullità non produce effetto, ai sensi dell'art. 2126, comma 1, c.c., per il periodo in cui il rapporto lavorativo ha avuto esecuzione, con il conseguente diritto del lavoratore alla retribuzione rapportata all'attività lavorativa concretamente svolta.

La disciplina della forma del contratto di lavoro a tempo parziale è stata successivamente innovata dal d.lgs. n. 61/2000: pur essendo prevista la stipula del contratto in forma scritta, essa è richiesta a fini di prova, precisandosi che «qualora la scrittura risulti mancante, è ammessa la prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 c.c.» (art. 8, comma 1). Dunque, la forma scritta non è più necessaria per la validità di tale rapporto e, se manca la prova della stipulazione del contratto di lavoro a tempo parziale, su richiesta del lavoratore, potrà essere dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto a tempo pieno dalla data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata. Tuttavia la nuova normativa, modificata prima dal d.lgs. n. 100/2001 e poi dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003, non si applica ai rapporti a tempo parziale conclusi prima dell'entrata in vigore del decreto n. 61/2000 e pertanto al caso in commento, antecedente al 2000, continua ad applicarsi la disciplina del 1984.

2. Occorre preliminarmente analizzare la disciplina della contribuzione previdenziale nel contratto di lavoro a tempo pieno ed in quello a tempo parziale.

Il criterio generale per determinare l'importo della retribuzione da assumere a base di calcolo per il pagamento dei contributi nel rapporto di lavoro a tempo pieno si fonda sulla regola della commisurazione della contribuzione dovuta ad un minimale retributivo giornaliero. Tale minimale era in precedenza riferito ad un limite minimo variabile (cfr. l. n. 843/1978, art. 20), mentre successivamente l'art. 7, l. n. 638/1983, stabilì il limite minimo di retribuzione giornaliera, da impiegare come retribuzione base su cui operare il calcolo dei contributi dovuti per il lavoro subordinato, ancorandolo al 7,5% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore dal 1° gennaio di ciascun anno.

La norma rispondeva alla finalità di assicurare in ogni caso ai lavoratori dipendenti una contribuzione minima, anche nel caso di retribuzione inferiore ai minimi o addirittura mancante, garantendo l'adeguamento di essa al costo della vita, dato dall'aggiornamento annuale del minimo contributivo giornaliero.

Successivamente, l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989, ha previsto un innalzamento della percentuale dal 7,5 al 9,5% a cominciare dal periodo di paga in corso alla data del 1° gennaio 1989.

Anteriormente alla regolamentazione legislativa del rapporto di lavoro a tempo parziale, la giurisprudenza si era orientata per l'infrazionabilità del minimale al di sotto della giornata lavorativa anche nel lavoro a tempo parziale, accogliendo la tesi degli enti previdenziali (in tal senso, cfr. Cass. 27 febbraio 1986 n. 1251, in *IPrev*, 1986, 713; Cass. 7 luglio 1987 n. 5910, in *RGL*, 1987, III, 151).

L'infrazionabilità del minimale giornaliero determinava ingiustificate disparità di trattamento tra lavoratori a part-time orizzontale e lavoratori a part-time verticale. Nei rapporti a part-time verticale l'importo della contribuzione previdenziale veniva calcolato in relazione ai giorni di lavoro effettivamente prestato, mentre nei rapporti di lavoro a part-time orizzontale il datore doveva versare la contribuzione piena. Tale tesi comportava un'onerosità contributiva che scoraggiava il ricorso al part-time da parte delle imprese.

La questione venne sottoposta anche all'attenzione della Corte Costituzionale, sotto il profilo della possibile violazione del principio di uguaglianza, ma la Corte la dichiarò non fondata (nei riguardi dell'art. 20 della l. n. 843/1978), statuendo che il sistema era giustificato dalla finalità di assicurare comunque un minimo di contribuzione datoriale

per garantire la tutela dei lavoratori sotto il profilo previdenziale (C. Cost. ordinanza 21 luglio 1988 n. 835, in *DPL*, 1988, 2864).

Di fronte a tale situazione, si auspicava un intervento legislativo, che si è avuto appunto con la l. n. 863/1984.

Così, l'art. 5, comma 5, del d.l. n. 726/1984 ha consentito il frazionamento del minimale retributivo in considerazione delle ore di lavoro concretamente prestate, sostituendo, nel settore del lavoro a part-time, al minimale retributivo giornaliero il minimale retributivo orario. Tale comma stabiliva che «la retribuzione minima oraria da assumere quale base di calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale è pari ad un sesto del minimale giornaliero di cui all'art. 7 del d.l. 12 settembre 1983, n. 463/1983, convertito con modifiche nella l. 11 novembre 1983, n. 638».

Un sistema di contribuzione, dunque, più favorevole per il datore, dove la contribuzione si calcolava moltiplicando il valore minimo dovuto per ogni ora lavorativa per le ore effettive, e comunque di tutela per il lavoratore che godeva di un trattamento previdenziale non irrisorio.

Nondimeno il comma 5 dell'art. 5, se ha risolto i problemi anzidetti, ne ha aperti degli altri.

Tale sistema, difatti, penalizzava il part-time verticale, in quanto le prestazioni lavorative per tempi superiori alle 6 ore giornaliere, ma non per tutte le giornate lavorative, erano gravate da costi contributivi proporzionalmente maggiori di quanto previsto per le prestazioni lavorative a tempo pieno.

Per risolvere tali problemi è stato emanato il d.l. n. 338/1989.

L'art. 1, comma 4, del d.l. suddetto, sostituì il comma 5 dell'art. 5 del d.l. n. 726/1984, disponendo che la retribuzione minima oraria da assumere quale base di calcolo dei contributi per i lavoratori part-time si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimo giornaliero di cui all'art. 7 del d.l. n. 463/1983 e dividendo l'importo ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo di categoria per i lavoratori a tempo pieno.

Il criterio contenuto nell'art. 1, comma 4, del d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989, è stato poi ripreso dall'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 61/2000: esso, invero, avvicina il più possibile il minimale retributivo orario alla retribuzione oraria effettivamente percepita.

Nella fattispecie in esame, data la nullità del contratto part-time per difetto di forma scritta e considerato che la mancanza della forma scritta non può dar luogo alla conversione del contratto in un rapporto di lavoro a tempo pieno, sia perché manca una norma di legge destinata a sostituire la clausola nulla, sia perché l'applicazione d'ufficio di un diverso tipo contrattuale presuppone che la volontà delle parti sia orientata in tal senso (mentre le motivazioni sottostanti al part-time inducono di norma ad escludere che la volontà delle parti sia quella di sostituire ad esso un contratto di lavoro a tempo pieno), sorge quindi la necessità di individuare secondo quali norme venga regolamentato l'aspetto contributivo.

Una giurisprudenza più risalente (Cass. 29 dicembre 1999 n. 14692, in *MGL*, 2000, n. 3, 255, con nota di M. TATARELLI, sentenza che si riallaccia all'impostazione già accolta dalla C. Cost. 11 maggio 1992 n. 210, in *RIDL*, 1992, II, 731, con nota di P. ICHINO, completandone il discorso sul versante contributivo) afferma che «nel contratto di lavoro a tempo parziale la necessità della forma scritta riguarda l'intero contratto [...]. A detto contratto, nullo per difetto di forma, [...] trova applicazione la disciplina in tema di contribuzione previdenziale posta dall'art. 5, comma 5, del d.l. n. 726/1984, convertito in l. n. 863/1984 e non il regime ordinario di contribuzione prevedente anche i minimali giornalieri di retribuzione imponibile ai fini contributivi, di cui all'art. 1, d.l. n. 338/1989, convertito in l. n. 389/1989. Ciò perché l'efficacia del contratto nullo scaturente dall'art. 2126 del c.c. investe [...] non solo la sfera dei soggetti stipulanti, ma anche l'istituto pre-

videnziale [...] ond'è che [...] il datore è obbligato alla retribuzione e alla contribuzione previste per il contratto part-time».

Tale orientamento parte dalla considerazione che la necessità della forma scritta riguarda l'intero contratto e che l'assenza di essa comporti la nullità non di una singola clausola ma dell'intero contratto. Tale nullità, non traducendosi in nullità per illiceità della causa o dell'oggetto, non produrrebbe effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione ed il datore sarebbe tenuto alla contribuzione secondo quanto dettato per il contratto di lavoro part-time.

Più di recente la giurisprudenza, affrontando la tematica della nullità del contratto per difetto del requisito formale, ha stabilito che in tal caso la contribuzione dovuta è quella commisurata alle ore effettive lavorate (App. Milano 9 gennaio 2003, in *GLav*, 2003, n. 18, 35).

Secondo, invece, la giurisprudenza prevalente, «al contratto di lavoro a tempo parziale, pur eseguito ma nullo per difetto di forma, non può applicarsi la disciplina in tema di contribuzione previdenziale posta dall'art. 5, comma 5, d.l. n. 726/1984, convertito in l. n. 863/1984, ma deve essere applicato il regime ordinario di contribuzione precedente i minimali giornalieri di retribuzione imponibile ai fini contributivi e così anche la disciplina di cui all'art. 1, d.l. n. 338/1989, in tema di limite minimo di retribuzione imponibile. Ciò perché la contribuzione deve essere calcolata in rapporto alla retribuzione dovuta, rappresentata nella specie dal minimale retributivo giornaliero, e non già alla retribuzione effettivamente corrisposta in relazione alla quantità della prestazione, in quanto la decurtazione prevista in caso di part-time regolare, siccome norma eccezionale, non può trovare applicazione al di fuori dei casi tassativamente previsti e non può essere estesa al diverso caso di una prestazione di fatto» (Cass. 2 dicembre 1999 n. 13445, in *GC*, 2000, I, 2713, con nota di L. SURDI; Cass. 26 aprile 2002 n. 6097, in *RFI*, voce *Previdenza sociale*, 2002, n. 309; Cass. 3 marzo 2003 n. 3120, in *GLav*, 2003, n. 16, 41; Cass. 5 agosto 2003, n. 11805, in *RFI*, voce *Previdenza sociale*, 2003, n. 313; Cass. 28 agosto 2004 n. 17271, in *RIDL*, 2005, II, 384, con nota di M. CARO; vedi, inoltre, M. CORRIAS, *Contribuzione previdenziale e contratto a tempo parziale nullo per vizio di forma*, in *ADL*, 2000, 355).

Nello stesso senso, Cass. 28 gennaio 2004 n. 1589 (in *RFI*, voce *Previdenza sociale*, 2004, n. 479) aggiunge che «risulterebbe privo di razionalità un sistema che imponga a soggetti rispettosi della legge l'osservanza del principio minimale, con l'applicazione ad essi di criteri contributivi da parametrare su retribuzioni superiori a quelle in concreto corrisposte al lavoratore, ed esenti invece da detti vincoli colui che si sottragga alle prescrizioni di legge nella stipulazione del contratto di lavoro part-time, assicurandogli un trattamento di fatto privilegiato. In siffatte ipotesi di esecuzione di contratto di lavoro a tempo parziale nullo per difetto di forma, il ruolo dell'art. 2126 c.c. diventa residuale, limitandosi al solo profilo retributivo del rapporto, e rimanendo il rapporto contributivo assoggettato al regime ordinario e generale dei minimali giornalieri di retribuzione imponibile» (cfr., altresì, Cass., sez. un., 5 luglio 2004 n. 12269, in *q. Rivista*, 2005, 185, con nota di E. BELLEZZA; Cass. 24 agosto 2004 n. 16670, in *RFI*, voce *Previdenza sociale*, 2004, n. 452). Nella motivazione della sentenza del 5 luglio 2004 n. 12269, in relazione all'orientamento giurisprudenziale opposto, si legge: «l'argomento testuale, posto a base dell'orientamento giurisprudenziale minoritario, secondo il quale il comma 5 dell'art. 5, d.l. n. 726/1984, che introduce la retribuzione minima oraria quale base contributiva, si riferirebbe ai lavoratori a tempo parziale in sé, prescindendo dall'essere legati o meno da un valido contratto, appare alquanto debole, in quanto la norma è inserita nella disciplina legale del part-time, che al comma 2 prevede chiaramente l'obbligatorietà della forma scritta, e quindi il riferimento diretto sembra limitato ai contratti validamente costituiti».

Dunque, secondo la prevalente giurisprudenza della Suprema Corte, in caso di part-time

irregolare, l'aspetto contributivo torna ad essere regolamentato secondo i principi generali, in base ai quali è irrilevante la retribuzione effettivamente percepita, se inferiore ai minimi della contrattazione collettiva ed essa diventa rilevante solo se supera tali limiti.

Per cui, relativamente alle fattispecie di contratto di lavoro a tempo parziale poste in essere fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2000, la legge accorda al part-time un regime contributivo agevolato in quanto detto rapporto risulti regolarmente stipulato. Il più favorevole trattamento, quanto agli obblighi contributivi, dettato per il lavoro a tempo parziale regolare, è una conseguenza non dell'attività lavorativa a tempo ridotto, ma del rispetto delle formalità previste dalla legge, qual è appunto il requisito della forma scritta *ad substantiam*.

3. Dobbiamo ora esaminare l'altro punto della sentenza della Corte riguardo al ricorso al lavoro supplementare da parte del datore in via sistematica ed in difetto di accordi scritti ed al regime contributivo applicabile.

Nel comma 4 dell'art. 5 del d.l. n. 726/1984, convertito in l. n. 863/1984, si vieta ai lavoratori part-time di prestare lavoro supplementare rispetto a quello concordato contrattualmente. Si dà la possibilità agli accordi sindacali, anche aziendali, di derogarvi, sempre che la deroga sia giustificata in relazione a specifiche esigenze organizzative, obiettivamente e puntualmente individuate, suscettibili di verifica da parte dell'Ispettorato del lavoro. Ai sensi del comma 14 di tale disposizione, la violazione della norma comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa.

Riguardo ai limiti alla possibilità di deroga, la norma non ne fissa alcuno, ma è comunque chiaro che gli accordi sindacali non possono prevedere la prestazione, da parte del lavoratore, di attività lavorativa continua per una durata pari a quella prevista dal contratto di lavoro a tempo pieno.

Sempre in base all'art. 5, comma 2, il contratto di lavoro a tempo parziale doveva stipularsi per iscritto ed in esso dovevano essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno.

L'utilizzo del termine «distribuzione» dell'orario per giorno, mese e anno metteva in chiara luce l'intenzione del legislatore che era quella che il contratto part-time indicasse non solo il *quantum* (giornaliero, settimanale, mensile, annuo) della prestazione lavorativa ma che determinasse anche la sua collocazione temporale, per cui il legislatore aveva inteso predisporre delle garanzie per il lavoratore part-time tra le quali quella della definizione puntuale dei limiti temporali della prestazione. Infatti, il lavoratore decide, in genere, per l'orario ridotto della propria prestazione lavorativa o perché ha la necessità di utilizzare il tempo residuo in altre attività (vedi, ad esempio, per la donna l'esigenza di avere tempo libero per la cura degli interessi familiari), o per una sfavorevole situazione occupazionale che gli offre, in alternativa, la disoccupazione: nel primo caso è evidente che egli ha interesse a conoscere esattamente, fin dal momento della stipula del contratto, i periodi di tempo libero dal lavoro di cui può servirsi, nel secondo caso il lavoratore può impiegare il tempo libero in altra attività lavorativa che deve svolgere entro precisi e non indeterminati limiti temporali, pattuiti con il secondo datore. La flessibilità unilaterale è, quindi, incompatibile con l'interesse del lavoratore che ha optato per il part-time, rinunciando ad una parte del proprio reddito, per disporre di spazi di tempo libero da impiegare in altre attività di tipo ricreativo, lavorativo, familiare o simili.

Di conseguenza, ogni modifica dell'orario di lavoro richiedeva il consenso di entrambe le parti contraenti, non potendo essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro.

In questo senso si è pronunciata la Cassazione nella sentenza dell'8 aprile 1987 n. 3450 (in *NGL*, 1987, 280), laddove si afferma «la nullità, ai sensi dell'art. 1355 c.c., della clausola del contratto a tempo parziale verticale che rimetta la determinazione delle modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa al mero arbitrio del datore, in quan-

to il tempo della prestazione non può essere in seguito modificato dal datore con decisione unilaterale».

Anche successivamente, la Cassazione (22 marzo 1990 n. 2382, in *NGL*, 1990, 211) ha specificato che «ogni modifica di orario non può essere attuata unilateralmente dal datore, in forza del suo potere di organizzazione dell'attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo consenso di entrambe le parti».

Nella giurisprudenza di merito (App. Milano 6 novembre 2000, in *LG*, 2001, 487) si è riaffermato che «nel vigore della l. n. 863 del 1984 (art. 5), l'indicazione dell'orario di lavoro e la distribuzione di questo risponde all'esigenza di assicurare che il lavoratore possa liberamente disporre del tempo residuo e, correlativamente, possa legittimamente rifiutare una modificazione che comporti un'invasione di tale tempo residuo da parte del datore. In sostanza, nel tempo parziale è essenziale la definizione rigorosa del tempo di lavoro» (per una recente applicazione di tale principio, con le conseguenze sanzionatorie, vedi Trib. Milano 2 gennaio 2006, in *D&L*, 2006, 501, con nota di A. CORRADO. Inoltre, riguardo all'esclusione della possibilità per il datore di modificare unilateralmente la distribuzione giornaliera dell'orario di lavoro, perché in contrasto con l'art. 36 Cost. sulla condizione del lavoratore e con le disposizioni di legge in materia di orario di lavoro nel contratto part-time, vedi Trib. Lecce ordinanza 27 aprile 2006, in *GLav*, 15 settembre 2006, n. 37, 35).

Il testo del comma 4 della legge avvalorata la convinzione che il lavoro supplementare sia considerato dal legislatore un episodio di carattere eccezionale; difatti le «specifiche esigenze organizzative» derogatorie sono quelle esigenze imprenditoriali che siano ben individuate anche sotto il profilo cronologico, per le quali è necessaria un'attività lavorativa che vada oltre i confini temporali dell'orario pattuito per contratto (in tal senso vedi A. ALESSE, *Il lavoro a tempo parziale: considerazioni critico-esegetiche sull'art. 5 della legge 19 dicembre 1984, n. 863*, in *RIDL*, 1988, I, 220).

4. Orbene, quanto all'applicabilità del regime contributivo con minimale retributivo orario di cui all'art. 5 del d.l. n. 726/1984, la sentenza in commento stabilisce che «l'agevolazione consistente nella previsione di un minimale orario fa riferimento ad un rapporto di lavoro che, oltre ad essere stato regolarmente stipulato, tale sia rimasto nella sua attuazione. Intanto il regime contributivo si applica su di un minimale orario, in quanto il rapporto sia effettivamente part-time e tale si atteggi anche nella sua attuazione. Conseguentemente, non appaiono riconoscibili agevolazioni contributive ad un rapporto di lavoro part-time che, nato per un determinato numero di ore, venga attuato con il sistematico ricorso a prestazioni oltre l'orario pattuito. Con il che non si vuol significare che il contratto di lavoro è "convertito", ma che le agevolazioni contributive spettano ad un rapporto che sia regolare nella forma e nella sua attuazione».

La sentenza ha così confermato il principio secondo cui il regime agevolato degli oneri contributivi per il contratto di lavoro a tempo parziale (di cui all'art. 5 del d.l. n. 726/1984) non può trovare applicazione in caso di contratto affetto da nullità per vizio di forma, ed altresì qualora nella fase attuativa del contratto il datore abbia fatto ricorso in modo «sistematico» a prestazioni di lavoro supplementare. Sicché, la Corte ha deciso per l'applicabilità del minimale giornaliero ordinario di cui all'art. 1 della l. n. 389/1989, affermando che l'applicazione del regime agevolato presuppone che il rapporto a tempo parziale si atteggi come tale anche nella sua fase attuativa.

Con l'emanazione del d.lgs. n. 61/2000, come da ultimo modificato dal d.lgs. n. 276/2003, le problematiche affrontate sono superate.

Con la nuova disciplina, la forma scritta del contratto part-time è richiesta solo a fini di prova, sicché il contratto a tempo parziale concluso in forma orale non può essere ritenuto nullo e si applica anche ad esso il minimale contributivo orario.

Per quanto riguarda il lavoro supplementare, nelle ipotesi di lavoro a tempo parziale di ti-

po orizzontale, anche a tempo determinato, viene attribuita al datore la facoltà di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari rispetto a quelle originariamente concordate con il lavoratore.

I contratti collettivi stabiliscono il numero massimo delle ore di lavoro supplementari effettuabili e le relative causali, nonché le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare consentite.

L'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo (per una completa trattazione della nuova disciplina vedi M. PAPALEONI, *Il nuovo part-time nel settore privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2004, 157 ss.).

Monica Napolitano

Dottoranda di ricerca in Legislazione sociale europea – Università degli Studi di Macerata

4. Licenziamento

4.1. Cass. 16 maggio 2006 n. 11432 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 32).

Licenziamento - Licenziamento ingiurioso - Presupposti - Conseguenze.

Rientra nella nozione giurisprudenziale di licenziamento ingiurioso l'ipotesi di indebita pubblicità al licenziamento e di diffusione di giudizi sul lavoratore come persona contraria all'azienda e scorretta ove tale condotta intervenga prima e contestualmente all'atto del licenziamento. In queste ipotesi, poiché i rapporti tra datore di lavoro e lavoratore devono essere improntati a regole di civile correttezza, pur nella difesa anche forte dei diversi interessi, ove, per determinate peculiarità comportamentali eccedenti le normali conseguenze di un provvedimento, sia stato cagionato un danno, il responsabile è tenuto a risarcirlo ex art. 2043 c.c.

Il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in caso di licenziamento ingiurioso

Sommario: **1.** I fatti oggetto della controversia. – **2.** Licenziamento illegittimo e licenziamento ingiurioso nella elaborazione giurisprudenziale. – **3.** Il risarcimento del danno per licenziamento ingiurioso. – **4.** Cenni in materia di derogabilità individuale dell'accordo collettivo.

1. La sentenza in commento riguarda una fattispecie di licenziamento, intimato ad un dipendente in seguito al suo rifiuto di prestare lavoro supplementare e ritenuto dal giudice ingiurioso.

La Suprema Corte, nell'affrontare le tematiche relative al caso in questione, ha confermato l'interpretazione del giudice d'appello, ribadendo che una situazione di conflitto non giustifica comportamenti ingiuriosi.

All'attenzione della Suprema Corte era la controversia tra M. M., operaio, ed una azienda che produceva vasi a ciclo continuo.

Nel caso *de quo*, l'azienda aveva irrogato al dipendente, per tre volte di seguito, la sanzione della sospensione dal lavoro per un giorno, contestandogli di non essersi presentato al lavoro nelle giornate di sabato. M. M. assumeva di non essere tenuto a svolgere la prestazione di lavoro supplementare, eccedente il normale orario di lavoro di 40 ore settimanali, in assenza di contrattazione ed accordo in tal senso tra azienda e rappresentanti dei lavoratori, così come previsto nel contratto collettivo.

Nell'opporre il suo rifiuto M. M. invitava l'azienda, affiancato nelle sue richieste dal collega M. S., a rispettare la normativa vigente in materia di igiene e sicurezza.

L'azienda, dopo aver comminato la sanzione sospensiva, esperite le preventive procedure di garanzia, licenziava in tronco il dipendente. In seguito al recesso, si rendeva noto ai dipendenti il licenziamento di M. M., sottolineando che il dipendente «ormai da tempo non si adeguava all'orario aziendale, 48 ore settimanali ogni tre settimane». Veniva formulata, da parte datoriale, anche l'ipotesi che M. M. avesse un altro lavoro, rappresentando in sostanza il lavoratore come «persona contraria all'azienda e scorretta». Nella fase antecedente al licenziamento, la datrice di lavoro aveva altresì ridicolizzato le osservazioni di M. M e del collega M. S. in ordine all'adeguamento alla normativa in materia di igiene e sicurezza, nonché quelle sull'orario di lavoro, definendo i due lavoratori «giunta celeste», qualificando come minatoria la loro richiesta ed invitandoli «ad andare al mare o in montagna in quanto il lavoro non faceva per loro».

2. Ai fini di un corretto inquadramento della questione, è necessario tener presente che, in seguito all'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore, il giudice di merito aveva accolto *in toto* le richieste avanzate da M. M., non solo quelle relative all'annullamento del licenziamento e alla consecutiva reintegrazione nel posto di lavoro, con il pagamento delle retribuzioni maturate dalla risoluzione del rapporto fino all'effettiva riammissione al lavoro, ma anche quelle relative al risarcimento del danno per il comportamento ingiurioso tenuto dall'azienda nei suoi confronti.

La sentenza di primo grado era stata confermata dalla Corte d'Appello di Venezia. Il ricorso in Cassazione, proposto dalla Società per vizi di motivazione e violazione di legge, è stato rigettato dalla Suprema Corte, che ha ritenuto correttamente motivata la sentenza della Corte d'Appello.

Secondo il parere della Cassazione, il giudice di merito aveva correttamente giudicato lesive della reputazione del lavoratore le comunicazioni aziendali e la indebita pubblicità operata dalla datrice di lavoro in ordine al licenziamento, condannando la stessa datrice al risarcimento del danno per licenziamento ingiurioso.

Con la pronuncia in esame, il Supremo Consiglio conferma l'orientamento ormai consolidato in giurisprudenza e dottrina (cfr. da ultime Cass. 13 giugno 2005 n. 12642, in *ADL*, 2006, fasc. 2; Cass. 14 maggio 2003 n. 7479, in *GC*, 2004, fasc. 3, con nota di P. ALBI proprio sulla distinzione tra ciò che concerne la giustificazione del licenziamento e ciò che lo rende lesivo della dignità del lavoratore o ingiurioso; Cass. 14 maggio 2003 n. 7479, in *MGL*, 2003; Trib. Milano 31 ottobre 2001, in *OGL*, 2002; Cass. 1° luglio 1997 n. 5950, in *LG*, 1998) secondo il quale è considerato necessario distinguere il licenziamento illegittimo dal licenziamento ingiurioso (in dottrina cfr. F. PASQUINI, *Licenziamenti ingiuriosi o offensivi*, in M. PEDRAZZOLI, *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2004; F. BUFFA, G. CASSANO, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*, Utet, Torino, 2005; M. PALADINI, *La responsabilità civile da licenziamento ingiurioso*, con prefazione di G. PERA, Cedam, Padova, 2000; C. CESTER, *Rapporto di lavoro, danno esistenziale e licenziamento*, in P. CENDON (a cura di), *Il danno esistenziale*, Giuffrè, Milano, 2000). La carenza di giusta causa o giustificato motivo non implica, infatti, di per sé la ingiuriosità del licenziamento. Nondimeno, anche in ipotesi di atto di recesso dal rapporto contrattuale pienamente valido ed efficace sul piano civilistico, il licenziamento può fondare la responsabilità civile in capo al datore di lavoro per le modalità diffamatorie adottate.

La Cassazione ha più volte sottolineato come il carattere ingiurioso del licenziamento non si identifichi né con la mera comunicazione o la previa contestazione dei motivi, di cui peraltro il datore è onerato, né con il difetto di giustificazione, ma si connota al contrario per le modalità usate o per altre peculiarità che abbiano cagionato al lavoratore un danno ingiusto, lesivo cioè, del decoro, dell'onore o di altro bene giuridico (Cass. 7 feb-

braio 1994 n. 1219, in *RCP*, 1995) ed ulteriore rispetto alle normali conseguenze pregiudizievoli di un licenziamento.

3. La distinzione tra licenziamento illegittimo e licenziamento ingiurioso non si attesta su un piano puramente formale, ma presenta notevoli implicazioni in ordine alla risarcibilità del danno. In seguito all'accertata illegittimità del licenziamento si applica la disciplina prevista dall'art. 18 Stat. lav. e dalla l. n. 604/1966, disciplina speciale dettata dal legislatore per le vicende estintive del rapporto di lavoro. Tale disciplina comporta una preeterminazione dell'indennità destinata al ristoro del lavoratore dal pregiudizio subito, consistente nelle retribuzioni perdute, se si rientra nell'ambito della tutela reale, o in un'indennità predeterminata e forfetaria se la tutela applicabile è quella obbligatoria. Il riconoscimento del licenziamento ingiurioso comporta, invece, la condanna al risarcimento di danni ulteriori rispetto a quelli che deriverebbero dal mero licenziamento illegittimo, che devono essere puntualmente provati dal lavoratore.

Sui caratteri del danno, è opportuno rilevare come la giurisprudenza abbia individuato vari tipi di danno da licenziamento ingiurioso. La lesione della dignità e professionalità del lavoratore può produrre un danno patrimoniale, consistente nel pregiudizio economico dovuto alla difficoltà di reperire altra occupazione. Il danno alla professionalità può anche essere considerato di carattere non patrimoniale. Ai fini di tale qualificazione risulta necessario accertare se il licenziamento abbia ricevuto, come nella fattispecie in questione, un'indebita pubblicità all'esterno. Le difficoltà a qualificare il licenziamento come ingiurioso, dimostrando quel *quid pluris* che lo renda tale, sorgono proprio laddove le modalità offensive rimangano interne al rapporto di lavoro: senza pubblicità non c'è notizia che possa nuocere alla reputazione del lavoratore.

Il danno alla professionalità può anche essere qualificato danno morale, ove siano presenti gli estremi dell'ingiuria e della diffamazione, penalmente rilevanti.

Gli ultimi orientamenti della giurisprudenza hanno mostrato una maggiore attenzione all'integrità psico-fisica del lavoratore, intendendo il danno alla professionalità in senso stretto come danno biologico o facendo emergere come nuova categoria autonoma di danno alla professionalità il danno esistenziale, danno che incide sulla complessiva qualità della vita della persona, compromettendo le attività che contribuiscono alla realizzazione della personalità del lavoratore (sulla dignità professionale del lavoratore: Cass. 2 gennaio 2002 n. 10, in *DL*, 2004, II; sul danno biologico e alla vita di relazione si veda tra le altre Cass. 28 maggio 2004 n. 10361, in *OGL*, 2004, I; a proposito del danno esistenziale si segnala: C. Cost. 6 aprile 2004 n. 113, in *ADL*, 2004, con nota di A. VALLEBONA).

Con riferimento alla natura della responsabilità da licenziamento ingiurioso, si sottolinea che la questione sottoposta all'attenzione della Corte ha consentito di confermare l'ormai inequivocabile tendenza della giurisprudenza (Trib. Milano 23 maggio 1995, in *OGL*, 1995, in cui il licenziamento era stato preceduto da una serie di atti denigratori della personalità del dipendente; Cass. 7 febbraio 1994 n. 1219, in *RCP*, 1995, Cass. 6 ottobre 1997 n. 9700, in *GI*, 1998, I) a favore di una qualificazione della natura della responsabilità da licenziamento ingiurioso come extracontrattuale. Il danno recato al lavoratore viene, pertanto, ricondotto sotto la responsabilità aquiliana (*ex art. 2043 c.c.*). Il potere unilaterale di recesso viene considerato lesivo del principio del *neminem laedere*, in quanto lesivo dell'«onore, del decoro e della dignità del lavoratore» per le modalità attuative adottate.

La Corte Suprema, ribadendo la necessità che «il contenzioso tra le parti sia improntato a regole di civile correttezza», afferma così un principio fondamentale all'interno del rapporto di lavoro, estendibile tra l'altro alle dinamiche aziendali *tout court*.

Non sono mancati, tuttavia, in giurisprudenza, tentativi interpretativi diretti a ricondurre la responsabilità da licenziamento ingiurioso nell'alveo della responsabilità contrattuale.

Seguendo tale impostazione ermeneutica, si è estesa la portata normativa dell'art. 2087 c.c., disponendo a carico del datore di lavoro un ampio dovere di tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, anche in relazione ai possibili effetti sulla persona del lavoratore delle scelte concernenti le modalità quantitative e qualitative della prestazione richiesta (Cass. 5 febbraio 2000 n. 1307, in *FI*, 2000, n. 5, I, 1557, con nota di L. DE ANGELIS). A ben vedere, il tenore dell'art. 2087 c.c., che impone l'obbligo al datore di lavoro di «adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore», spinge a ritenere più aderente all'intenzione legislativa la finalità di adeguare le modalità esplicative della prestazione di lavoro a modelli e tecniche rispettose della sicurezza e della dignità del lavoratore, apparendo più che forzato il riferimento al momento estintivo del rapporto.

4. Per completezza espositiva, preme sottolineare che la Cassazione era stata chiamata a pronunciarsi anche in ordine alla legittimità del licenziamento. Proponendo appello avverso la sentenza di primo grado, l'azienda aveva indicato come primo e principale motivo d'appello l'obbligo di prestazione di lavoro anche il sabato, desunto da un accordo pattizio *per facta concludentia* sulla prestazione di lavoro supplementare. Anche in ordine al primo motivo il Supremo Consiglio conferma l'interpretazione del giudice d'appello, considerando corretto il richiamo alla possibilità che in determinate circostanze il silenzio assuma significato di un rapporto contrattuale, ma sottolinea come il consenso di volta in volta espresso dal lavoratore non indicasse una sua intenzione di obbligarsi anche per il futuro. Il giudice di merito, a sostegno della tesi successivamente accolta dalla Suprema Corte, aveva espressamente richiamato i principi costituzionali in materia (art. 36 Cost.), affermando che le mutate esigenze familiari e personali ben potessero giustificare un rifiuto del lavoratore a prestare lavoro supplementare in quanto non contrattato con le rappresentanze sindacali e non rientrante nel tipo di lavori «eccezionali», indicati nel punto 11 dell'art. 14 del contratto collettivo.

È necessario rilevare, sul punto, che la questione sollevata pone delicati problemi circa la possibile flessibilizzazione dell'orario di lavoro ed in particolare sul tema della derogabilità dell'accordo collettivo da parte del contratto individuale, ammessa, secondo gli orientamenti dominanti in dottrina, soltanto *in melius* (sull'inderogabilità *in peius* dei contratti collettivi si veda E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2004, n. 22). Il principio espresso è naturalmente posto a tutela del lavoratore quale contraente debole, difficilmente in grado di «negoziare liberamente» le condizioni a lui più favorevoli.

La sentenza in commento ribadisce l'obbligo di non recare danno alla libertà ed alla dignità umana. Il riferimento è ad un reciproco dovere di civiltà, che è stato riaffermato dalla Corte, anche in occasione di comportamenti ingiuriosi da parte dei lavoratori (Cass. 1° dicembre 2004 n. 22532, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 15). La sentenza annotata conferma, pertanto, una linea di tendenza volta alla valorizzazione dei diritti fondamentali del lavoratore (e non solo), propedeutica all'attuazione dei diritti stessi, in quanto diretta a perseguire il fine ulteriore ed imprescindibile della tutela della persona umana.

Tiziana Fiore
Specializzanda in Diritto e processo del lavoro
Università degli Studi «La Sapienza» di Roma

4. Licenziamento (*segue*)

4.2. Trib. Torino 14 settembre 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 19).

Licenziamento - Tutela contro il licenziamento illegittimo - Tutela reale - Esercizio da parte del lavoratore dell'opzione relativa alla l'indennità sostitutiva della reintegrazione - Conseguenze - Estinzione immediata del rapporto di lavoro - Sussistenza - Irrevocabilità dell'opzione - Sussistenza - Ritardo nella corresponsione da parte del datore di lavoro della indennità - Ultrattività del rapporto di lavoro - Esclusione.

A fronte dell'esercizio da parte del lavoratore dell'opzione per l'indennità sostitutiva ex art. 18, comma 5, Stat. lav. l'estinzione del rapporto di lavoro è da considerarsi immediata ed irrevocabile, esonerando lo stesso dall'obbligo di qualsiasi prestazione lavorativa e rendendolo creditore, verso il datore di lavoro, delle quindici mensilità garantite dalla legge in qualità di indennità sostitutiva. Va per altro specificato che eventuali ritardi sulla corresponsione degli oneri a carico del datore potranno, dal lavoratore, essere rilevati ai fini degli accessori del credito tardivamente corrisposto, ma non determinare una eventuale ultrattività del rapporto ormai privo di alcuna obbligazione tra le parti, ivi inclusa quella relativa al pagamento delle retribuzioni a titolo di indennità risarcitoria per la mancata reintegrazione nel posto di lavoro.

4.3. Trib. Torino 19 agosto 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 22).

Licenziamento - Tutela contro il licenziamento illegittimo - Tutela reale - Esercizio da parte del lavoratore dell'opzione relativa all'indennità sostitutiva della reintegrazione - Valenza come atto di recesso - Sussistenza - Estinzione immediata del rapporto contrattuale - Sussistenza - Ritardo nella corresponsione da parte del datore di lavoro della indennità - Strumenti di tutela del lavoratore - Tutela generale per l'inadempimento negoziale.

La scelta operata dal lavoratore, illegittimamente licenziato, a favore dell'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18, comma 5, Stat. lav. ha valenza di recesso e comporta un'immediata cessazione del rapporto contrattuale, che scioglie il sinallagma funzionale del rapporto di lavoro tra scambio di prestazione lavorativa e corrispettivo economico. Qualora poi il datore di lavoro non adempia tempestivamente alla corresponsione del quantum dovuto al lavoratore, questi potrà avvalersi esclusivamente dei mezzi ordinari di tutela previsti per l'inadempimento negoziale.

4.4. Trib. Roma 4 febbraio 2005 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 22).

Licenziamento - Tutela contro il licenziamento illegittimo - Tutela reale - Esercizio da parte del lavoratore dell'opzione relativa all'indennità sostitutiva della reintegrazione - Valenza come atto di recesso - Sussistenza - Estinzione immediata del rapporto contrattuale - Sussistenza - Ritardo nella corresponsione da parte del datore di lavoro della indennità - Strumenti di tutela del lavoratore - Facoltà di opzione successiva per la reintegrazione nel posto di lavoro - Esclusione - Diritto al pagamento della retribuzione a titolo di indennità risarcitoria per mancata reintegrazione - Esclusione.

La dichiarazione del lavoratore circa la scelta svolta in favore della indennità sostitutiva della reintegrazione ex art. 18, comma 5, Stat. lav. gli garantisce la corresponsione di quindici mensilità retributive a titolo di indennità per l'illegittimo licenziamento e, al contempo, è idonea a risolvere il rapporto di lavoro interrompendo il sinallagma funzionale tra prestazione e corrispettivo e precludendo, pertanto, una successiva reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Ne deriva, altresì, che il datore di lavoro non è tenuto a corrispondere l'indennità risarcitoria commisurata all'obbligo retributivo per la mancata reintegrazione con riferimento al periodo successivo alla intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro.

(4.2. – 4.4.) L'orientamento della giurisprudenza di merito sulla spettanza della retribuzione nelle more del pagamento dell'indennità ex art. 18, comma 5, Stat. lav.

Le tre sentenze in commento intervengono sul problema, più volte affrontato dalla giurisprudenza, della spettanza della retribuzione nel caso in cui il lavoratore destinatario e beneficiario dell'ordine giudiziale di reintegrazione abbia optato, a sua scelta (ai sensi dell'art. 18, comma 5, Stat. lav.), per la percezione dell'indennità di quindici mensilità, in alternativa alla reintegrazione sul posto di lavoro.

Sul tema si registrano due orientamenti, nettamente contrapposti. L'orientamento maggioritario, che trae origine dalla motivazione di una sentenza della Corte Costituzionale (sentenza 4 marzo 1992 n. 81, in *GC*, 1992, I, 1425) ed è seguito dalla giurisprudenza di legittimità, ritiene che al lavoratore spetti la retribuzione sino al momento dell'effettiva percezione dell'indennità di cui al comma 5.

Un'altra tesi, minoritaria ma seguita dalla giurisprudenza di merito, ritiene invece che al momento dell'esercizio dell'opzione da parte del lavoratore per la percezione dell'indennità cessi il rapporto contrattuale, e pertanto anche l'obbligo retributivo; l'eventuale ritardo nel pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione sarebbe soggetto solo alle conseguenze di diritto comune previste per il ritardato adempimento delle obbligazioni.

La tesi maggioritaria anzidetta trae origine da un passaggio contenuto nella parte motiva della citata sentenza n. 81/1992 della Corte Costituzionale, la quale – incidentalmente – ricostruisce la natura giuridica della facoltà, concessa dal comma 5 dell'art. 18 Stat. lav. al lavoratore beneficiario dell'ordine giudiziale di reintegrazione, di optare per l'importo indicato dalla legge, in luogo della reintegrazione sul posto di lavoro.

Questa facoltà viene collocata dalla pronuncia della Corte Costituzionale nell'alveo della figura, di origine dottrinale, dell'obbligazione con facoltà alternativa *a parte creditoris*. Tale schema – diverso da quello dell'obbligazione con facoltà alternativa da lato del debitore – è in realtà discusso dalla dottrina, la quale non nega che si possano dare fattispecie normative diverse dalla obbligazione alternativa classica, in cui al creditore spetta la facoltà di chiedere una prestazione diversa da quella originariamente dovuta, ma nega viceversa che tali casi possano essere inquadrati nel rigido schema dell'obbligazione con facoltà alternativa, con tutte le conseguenze di ordine giuridico che ciò comporta e determina.

Nonostante lo scarso successo dottrinale della costruzione, come accennato la Corte la utilizza per inquadrare sotto il profilo giuridico la facoltà riconosciuta al lavoratore dall'art. 18, comma 5.

La conseguenza di questa qualificazione è che l'obbligo di reintegrazione facente carico al datore di lavoro si estingue soltanto con il pagamento della indennità sostitutiva prescelta dal lavoratore illegittimamente licenziato, e non già con la semplice dichiarazione, proveniente da quest'ultimo, di scegliere tale indennità in luogo della reintegrazione.

Tale lettura è maggioritaria anche nelle decisioni della Corte di Cassazione, la quale più

volte (vedi, tra le altre, la sentenza del 28 luglio 2003 n. 11609, in *NGL*, 2004, 73) ha sottolineato che l'obbligazione del datore di lavoro alla indennità pari a quindici mensilità di retribuzione di cui all'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970, si qualifica come obbligazione con facoltà alternativa, oggetto della quale è la reintegra nel posto di lavoro (Cass. 4 novembre 2000 n. 14426, in *GC*, 2001, I, 1891; Cass. 12 giugno 2000 n. 8015, in *MGC*, 2001, I, 1891; Cass. 8 aprile 2000 n. 4472, in *MGC*, 2000, 755; Cass. 16 ottobre 1998 n. 10283, in *MGC*, 1998, 2103).

In queste pronunce, la Suprema Corte sottolinea che fino a quando permane l'obbligo del datore di lavoro di reintegrare – e tale obbligo permane sino a quando egli non effettua il pagamento dell'indennità sostitutiva – lo stesso datore di lavoro è tenuto al risarcimento del danno cui il lavoratore ha parimenti diritto (Cass. 5 agosto 2000 n. 10326, in *MGC*, 2000, 1726).

La giurisprudenza di merito (vedi in particolare le sentenze raccolte in epigrafe e anche, richiamate in Trib. Torino 14 settembre 2005, Trib. Torino 10 settembre 2004 e Trib. Brescia 16 marzo 2005) è attestata su una posizione diversa.

Secondo questo orientamento, il rapporto di lavoro si estingue nel momento in cui il lavoratore opta per l'indennità sostitutiva, provocando con ciò la trasformazione dell'oggetto della primitiva obbligazione datoriale (quella di reintegrare il prestatore).

Da tale momento il lavoratore è esonerato dall'obbligo di rendere la prestazione, che il datore non potrà pertanto più chiedergli. Ne consegue che eventuali ritardi nella corresponsione dell'indennità potranno avere rilevanza unicamente sul piano degli accessori del credito tardivamente soddisfatto, mentre non potranno determinare una sorta di ultrattività del rapporto, che per le parti (*in primis* per il lavoratore) non è più, né può essere, fonte di alcuna futura obbligazione.

Si è in particolare osservato (Trib. Torino 10 settembre 2004, cit., riferimento contenuto in Trib. Torino 14 settembre 2005, cit.) che le decisioni della Corte di Cassazione si limitano tutte a ripetere in maniera sbrigativa ed apodittica il principio secondo cui il risarcimento del danno è dovuto fino al giorno del pagamento dell'indennità sostitutiva, senza minimamente farsi carico delle incongruenze logiche che quell'interpretazione comporta e senza porsi il problema di qualificare giuridicamente la facoltà di opzione che l'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970, assegna al lavoratore. La scelta del lavoratore in favore delle quindici mensilità, secondo il giudice di merito, diviene irrevocabile nel momento in cui è comunicata all'altra parte, e quindi come il datore di lavoro può liberarsi solamente pagando l'indennità, così il lavoratore non può che pretendere quella, non potendo più far rivivere l'altra obbligazione del datore di lavoro di riammetterlo in servizio e per la quale ha ormai irrevocabilmente dimostrato di non avere interesse.

In una situazione del genere viene ritenuto insostenibile il fatto che il lavoratore continui ad avere diritto a percepire le retribuzioni, in quanto l'obbligo di corrispondere la retribuzione in difetto di operatività del rapporto di lavoro costituirebbe un'eccezione rispetto al principio di sinallagmaticità, che potrebbe sussistere solo nei casi espressamente previsti dalla legge o dal contratto, oppure nelle ipotesi di *mora eccipienti* del datore di lavoro.

Nel caso di specie, manca la norma che autorizza la deroga, né è ravvisabile la *mora eccipienti* del datore di lavoro, essendo stato il lavoratore a manifestare la volontà di non riprendere il lavoro. Pertanto, in presenza di una prestazione (l'esecuzione dell'attività lavorativa) divenuta inesigibile, non potranno ritenersi dovute le retribuzioni.

Ne discende che, anche ad ammettere che il rapporto di lavoro non si estingua al momento in cui l'opzione viene esercitata, non può pervenirsi *tout court* alla conclusione che continuino a decorrere le retribuzioni, in mancanza di operatività del rapporto di lavoro ed in assenza di un preciso riferimento normativo (Trib. Torino 19 agosto 2005 cit.).

Tale lettura appare convincente, in quanto se si escludesse che l'opzione del lavoratore assume la valenza di una dichiarazione di recesso, si dovrebbe riconoscere una ultratti-

vità del sinallagma contrattuale, ricostituito per effetto della sentenza di reintegrazione, nonostante lo stesso fosse sprovvisto dello scambio tipico dell'obbligazione lavorativa tra retribuzione e prestazione di lavoro.

Giampiero Falasca
Avvocato del Foro di Roma

5. Mansioni

5.1. Trib. Roma 23 gennaio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 23).

Mansioni - Demansionamento - Tutela d'urgenza - Pregiudizio irreparabile.

L'assegnazione di mansioni inferiori rispetto al livello di inquadramento non costituisce e non comporta di per sé, sempre, un pregiudizio irreparabile, tutelabile in via d'urgenza: sotto il profilo della lesione del diritto all'esplicazione della propria professionalità; in sede di urgenza il ricorrente deve pur sempre provare l'esistenza di un pregiudizio irreparabile, non sussistendo automaticamente l'irreparabilità del danno in ogni ipotesi di demansionamento, occorrendo invece valutare in concreto la gravità del pregiudizio.

5.2. Trib. Roma 23 gennaio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 23).

Mansioni - Modifica quantitativa - Dequalificazione - Dirigenti - Elemento fiduciario.

Non ogni modifica quantitativa delle mansioni, con riduzione delle stesse, si traduce automaticamente in una dequalificazione professionale: in relazione alla speciale posizione dei dirigenti apicali non può pretermettersi la considerazione del peculiare elemento fiduciario che ne connota il rapporto di lavoro.

(5.1. – 5.2.) Demansionamento del dirigente apicale e tutela cautelare urgente

Sommario: **1.** I fatti oggetto della controversia. – **2.** La tutela cautelare *ex art.* 700 c.p.c. quale rimedio al demansionamento del lavoratore. – **3.** I requisiti necessari per il riconoscimento del danno da demansionamento. – **4.** Conclusioni.

1. Con la pronuncia in commento, il Tribunale di Roma affronta un caso di demansionamento lamentato da un dirigente apicale che si è rivolto al giudice del lavoro chiedendo l'emissione di un provvedimento di tutela cautelare urgente di riassegnazione nelle proprie mansioni.

In particolare, parte del contenzioso è un giornalista professionista assunto da una società con qualifica dirigenziale e con mansioni di direttore delle relazioni esterne. Oggetto delle mansioni del dirigente erano, in estrema sintesi: tenere i rapporti con gli organi di informazione, con gli enti locali, con le associazioni di consumatori e di disabili, oltre a curare l'editoria aziendale e la partecipazione a mostre, fiere, convegni.

Il referente gerarchico e funzionale del dirigente era direttamente l'amministratore delegato della società, dal che si assume negli atti delle parti (e tale lettura viene condivisa nella pronuncia) la natura apicale della posizione.

Il fatto rappresentato da parte ricorrente riporta di come l'amministratore delegato, senza alcun particolare preavviso, avesse pubblicamente comunicato al dirigente l'intenzione di sostituirlo nel suo incarico, in quanto non lo riteneva più idoneo allo stesso. Pertanto, con

un ordine di servizio specifico, il giornalista era stato rimosso dall'incarico e nominato titolare di una nuova struttura, istituita *ad hoc* e denominata "Regolazione di mercato". Compito della nuova struttura era di assistere il vertice aziendale nel processo di analisi e monitoraggio del mercato della concorrenza e della normativa nazionale ed internazionale, anche attraverso il ricorso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ente alle cui dipendenze il ricorrente aveva lavorato in passato.

A fronte di tale situazione, il dirigente promuoveva ricorso in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* al giudice del lavoro di Roma, affermando di essere stato escluso dal comitato esecutivo dell'azienda e mantenuto in condizioni di forzata inoperosità ed emarginazione dall'attività lavorativa. Allegava inoltre il ricorrente, per effetto delle vicende sopra narrate, di essere stato colpito da malattia avente ripercussioni sul sistema cardiocircolatorio. Infine, aggiungeva il dirigente che il comportamento aziendale era lesivo della sua immagine e gli aveva provocato un grave pregiudizio alla vita di relazione.

In ogni caso – prosegue parte ricorrente – il nuovo incarico assegnatogli era di livello nettamente inferiore a quello precedentemente rivestito, inadeguato alla qualifica dirigenziale e non conforme alla propria esperienza e qualificazione professionale. Denunciava, infine, che aveva perso poteri decisionali e di rappresentanza dell'azienda, che le mansioni a lui affidate rientravano comunque nella competenza di altre direzioni e che, quindi, egli aveva subito una grave lesione alla propria dignità e immagine professionale.

Sulla base di tale rappresentazione, deduceva il ricorrente la sussistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile, idoneo a fondare il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*

L'azienda si costituiva in giudizio, affermando che era insussistente il requisito del *periculum in mora*, in quanto gli assunti di parte avversa erano privi di fondamento, che non vi erano prove di un demansionamento e che, in ogni caso, non vi era nessun impedimento a che il ricorrente facesse uso del proprio bagaglio professionale nella nuova posizione ad esso assegnata.

La convenuta deduceva inoltre che il dirigente era rimasto nella sua posizione apicale (mantenendo l'obbligo di riportare direttamente all'amministratore delegato) e che l'azione cautelare era un mezzo strumentale impropriamente utilizzato dal lavoratore per far fronte ad un disagio lavorativo dello stesso, conseguente all'assegnazione alla nuova funzione.

Il giudice di prime cure, respingeva il ricorso per insussistenza del *periculum in mora*, prima ancora che per carenza del *fumus boni iuris*, motivando la decisione con la mancanza di elementi di prova nel senso che non poteva dirsi assolto l'onere istruttorio di parte ricorrente circa i pregiudizi gravi, imminenti ed irreparabili che la mancata adozione di un provvedimento d'urgenza avrebbe recato al lavoratore.

Avverso tale provvedimento il dirigente proponeva reclamo al Tribunale, in composizione collegiale, che confermava la decisione cautelare negativa, rigettando la domanda.

Le motivazioni adottate dal Collegio impongono alcune considerazioni sia sotto il profilo della valutazione della sussistenza dei requisiti per la concessione della tutela cautelare urgente, sia sotto il profilo sostanziale della fattispecie, ovvero il problema relativo ai criteri di valutazione circa la sussistenza di un demansionamento occorso, come nel caso in esame, ad un dirigente c.d. apicale (per un approfondimento dell'istituto del demansionamento, cfr. G. NICOLINI, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, 343 ss., e per un approfondimento relativamente al rapporto di lavoro dirigenziale, P. DUI, *Il rapporto di lavoro dirigenziale*, Ipsoa, Milano, 2002, 120 ss., ove ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza).

2. Sotto un primo profilo, che attiene a considerazioni di natura per lo più processuale, va rilevato che la pronuncia in esame ha ritenuto assorbente – come comunemente accade in fase cautelare ai fini del rigetto della domanda – l'insussistenza nel caso *de quo*, del *periculum in mora*, prima ancora che del *fumus boni iuris* (sul tema del ricorso *ex art. 700*

c.p.c. nel processo del lavoro ed in particolare quale rimedio esperibile dal lavoratore in caso di demansionamento cfr. V. DE GIOIA, A.M. RASCHELLÀ, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Experta, Forlì, 2004, 85 ss.; E. D'AVOSSA, *Ricorso ex art. 700 c.p.c. e dequalificazione*, in *DPL*, 1991, 3049).

Peraltro, è insegnamento noto che, anche in presenza di idonei elementi atti a fondare il *fumus boni iuris*, l'assenza del solo *periculum in mora*, impedisce la concessione della tutela cautelare urgente, finalizzata proprio negli intenti del legislatore a contrastare la durata del processo di merito rispetto al rapido deteriorarsi della posizione soggettiva del ricorrente (cfr. S. CIARLONI, C. CONSOLO, *I procedimenti sommari e speciali*, Utet, Torino, 2005, 111 ss., ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza, anche in chiave comparata).

La necessità di una valutazione concreta del *periculum in mora*, infatti, caso per caso ed al di fuori di un qualunque automatismo dell'esistenza del pregiudizio, è stata più volte sottolineata dalla dottrina, anche con riferimento all'istituto – le cui conseguenze per il lavoratore sono ben più gravi di quelle oggetto della decisione in commento – dei licenziamenti (cfr. G. ARIETA, *I provvedimenti di urgenza*, Cedam, Padova, 1985, II ed., 194-196; M. DINI, E.A. DINI, *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile e nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1981, V ed., 874).

È stato così affermato dal Collegio che il ricorrente deve pur sempre provare l'esistenza di un pregiudizio irreparabile, non sussistendo automaticamente l'irreparabilità del danno in ogni ipotesi di demansionamento, essendo, per contro, pregiudiziale la valutazione in concreto non solo del nocimento subito, ma soprattutto della gravità di esso sulla base di elementi quali, in via esemplificativa, il divario di livello tra vecchie e nuove mansioni e la durata del demansionamento.

In altre parole, in adesione ad un orientamento già formatosi nel merito presso lo stesso Tribunale di Roma, la pronuncia in commento ha statuito il seguente principio: che l'assegnazione a mansioni inferiori rispetto al livello di inquadramento non costituisce e non comporta di per sé, sempre, un pregiudizio irreparabile, tutelabile in via d'urgenza (cfr. anche Trib. Roma ordinanza 22 aprile 2005, *Mir Moini c. La 7 Televisione S.p.A.*, inedita; Trib. Roma ordinanze 29 luglio 2005, *Splendori c. Agenzia delle Entrate*, *Pucci c. Telecom S.p.A.*, *Di Maurizio c. Ospedale S. Giovanni Calibita*, inedite).

L'insussistenza del requisito del *periculum in mora*, pertanto, è stata affermata nel caso in esame, in ragione della mancata allegazione di circostanze precise, puntuali e concrete, idonee a dimostrare che la professionalità delle mansioni espletate dal dirigente reclamante fossero soggette ad una rapida obsolescenza.

L'insegnamento che si ricava dalla pronuncia è in sostanza che, diversamente opinando, il presupposto del procedimento cautelare, cioè il *periculum in mora*, verrebbe privato di qualsiasi pregio, atteso che qualunque provvedimento del datore di lavoro, modificando una situazione preesistente, comporta pur sempre un disagio più o meno intenso nel lavoratore e verrebbe così a confondere la propria natura con quella dell'altro presupposto del *fumus boni iuris*.

3. Sotto il profilo sostanziale del diritto azionato dal lavoratore, la fattispecie in esame offre interessanti spunti di riflessione in merito agli elementi che la giurisprudenza comunemente ritiene necessari al fine della concessione della tutela cautelare urgente in punto di demansionamento (per un'ampia disamina degli orientamenti giurisprudenziali formati in tema di demansionamento cfr. G. FAVALLI, *Codice di diritto del lavoro*, La Tribuna, Milano, 2003, 200 ss.; G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, vol. II, 290 ss.).

Inoltre, la pronuncia in commento si giova del fatto che lo *ius variandi* del datore di lavoro, ex art. 2103 c.c., è stato valutato dall'organo giudicante in ragione anche della qualifica dirigenziale del lavoratore ed in più della sua posizione apicale all'interno della strut-

tura di direzione della Società. Sul punto, infatti, il precedente panorama giurisprudenziale appare alquanto limitato e si segnala, in particolare, un precedente giurisprudenziale relativo, tuttavia, ad un caso di demansionamento occorso al dirigente in posizione apicale nella Pubblica Amministrazione, pronunciato, il 2 agosto 2000, dal Tribunale di Gorizia. In quella sede, infatti, era affermato che da un lato non appare configurabile un diritto soggettivo perfetto del dirigente pubblico a non essere demansionato all'interno della qualifica dirigenziale e, dall'altro, che occorre in ogni caso sempre accertare in concreto se il danno professionale possa comunque prospettarsi quale conseguenza dell'illegitimo comportamento della Pubblica Amministrazione (il provvedimento è pubblicato in *LG*, 2001, 565, con nota di D. PIZZONIA).

Il tema è stato affrontato dai giudici del Tribunale di Roma sulla scorta della più recente giurisprudenza in materia di danno da dequalificazione professionale, basata sul bilanciamento dell'interesse alla tutela della dignità del lavoratore che il legislatore, anche costituzionale, normalmente presuppone rispetto alle esigenze datoriali di collocazione della risorsa umana nel contesto della propria attività imprenditoriale, con l'interesse del datore di lavoro all'utilizzo «flessibile» delle proprie risorse, nel rispetto del precetto di cui all'art. 2103 c.c.

Come si legge in motivazione, peraltro, non è senza rilievo né novità di argomentazione la precisazione del Collegio secondo cui «specialmente alla luce dell'attuale sviluppo dinamico delle relazioni economiche e della connessa competitività tra gli organismi imprenditoriali», il lavoratore ha diritto, nell'ambito della prestazione lavorativa, ad utilizzare e migliorare il proprio cosiddetto «bagaglio professionale acquisito», a fronte del proprio adempimento degli obblighi di diligenza e fedeltà derivanti dal rapporto di lavoro (cfr. anche Cass. 12 novembre 2002 n. 15868, in *MGC*, 2002, 1962; vedila anche in *FI*, 2003, I, 480, nonché in *RGL*, 2003, II, con nota di dottrina di G. FONTANA).

Alla luce di tale principio, ha assunto rilievo decisivo ai fini del decidere la circostanza che nelle difese della società fosse riferito che il dirigente, oltretutto apicale, a fronte dell'attribuzione di nuovo incarico, fosse stato parte attiva nel porre in essere una colpevole inoperosità nelle nuove mansioni, di talché il ricorso in via d'urgenza assurgeva più ad un mezzo per reagire ad una contrarietà alla decisione aziendale piuttosto che un mezzo di tutela avverso un pregiudizio ingiusto ed effettivo.

Pertanto, la conclusione cui è addivenuto l'organo giudicante è stata nel senso di ribadire che l'attribuzione al lavoratore di mansioni inferiori rispetto a quelle proprie del livello contrattuale non è di per sé idonea a dare luogo ad un danno ingiusto e quindi risarcibile, cosicché deve escludersi che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo (fatto salvo il principio dell'immodificabilità della retribuzione cui provvede l'art. 2103 c.c.) comporti una automatica dequalificazione professionale, la cui natura risiede nell'abbassamento del livello complessivo delle prestazioni del lavoratore cui si aggiunge una sottoutilizzazione delle sue capacità ed un detrimento – non temporaneo, bensì permanente e definitivo – della sua professionalità, nonché una perdita di *chance*, di possibilità occupazionali e di potenzialità di guadagno economico (per una disamina degli orientamenti richiamati e seguiti dal Tribunale nelle motivazioni della pronuncia in esame si vedano: Cass. 4 agosto 2000 n. 10284, in *MGC*, 2000, 1718; Cass. 22 agosto 2003 n. 12365, in *MGC*, 2003, fasc. 7-8; in *OGL*, 2003, I, 512; in *NGL*, 2004, 64; e, con nota di dottrina di G. VECA, in *RCP*, 2005, 471).

Infine, per quanto riguarda, ulteriori profili di risarcimento del danno alla salute, nelle sue più varie e recenti declinazioni di danno biologico, esistenziale, alla vita di relazione, ecc. (per una cui ampia disamina delle nuove frontiere dei danni risarcibili, vedi G. CASSANO, M. SGROI, *Nuovi diritti e risarcimento del danno*, Utet, Torino, 2004), il Tribunale – anche in questo caso uniformandosi a principi giurisprudenziali già noti (cfr. App. Milano 21 ottobre 2003, in *D&L*, 2003, 1008) – ha rigettato la domanda del ricorrente, motivan-

do la decisione con il richiamo al principio secondo il quale il demansionamento, posto in essere dal datore di lavoro in violazione dell'art. 2103 c.c., quand'anche accertato e provato, non comporta automaticamente il diritto del lavoratore leso al risarcimento del danno biologico né del danno per dequalificazione professionale, richiedendo la prima voce di danno, la specifica allegazione e la prova di un nesso di causalità tra demansionamento e danno al bene salute e la seconda voce di danno, la dimostrazione del nesso tra violazione del dovere e diminuzione della capacità professionale, ancorché tale prova possa essere raggiunta anche attraverso presunzioni purché esse abbiano i caratteri della gravità, precisione e concordanza.

4. In sintesi, il contenuto della sentenza annotata trova il punto di maggior interesse nell'affermazione secondo cui la dequalificazione professionale trova una sua legittimità, seppur *lato sensu* considerata, anche rispetto alle esigenze datoriali di «ottimale composizione del fattore lavoro nel contesto della missione imprenditoriale».

In tale prospettiva viene statuito (*rectius*, ribadito) che l'asserito demansionamento necessita di superare il vaglio di una prova rigorosa, così come i profili del pregiudizio lamentato dal ricorrente, a causa del mancato coinvolgimento del dirigente nella partecipazione all'attività aziendale.

I giudici inoltre, hanno altresì affermato che, non ogni modifica quantitativa delle mansioni porta automaticamente ad una dequalificazione professionale ed in particolare, proprio per quel che attiene la posizione di un dirigente, la cui funzione è connotata da un particolare elemento fiduciario. Se dunque il lavoratore deve dimostrare una sua sottoutilizzazione e una menomazione della sua professionalità, al dirigente è richiesto che tale sforzo probatorio sia onerato anche di profili di illegittimità della condotta datoriale relativi alla particolare natura fiduciaria della relazione che, come è noto, è sottesa al vincolo fra il datore di lavoro ed i suoi preposti (nella fattispecie, oltretutto, assumeva il dirigente stesso per primo di rivestire i caratteri dell'apicalità nella funzione).

Sotto questo profilo, il Collegio censura il ricorrente per non aver fornito prove e rileva che il dirigente, comunque, ha mantenuto la posizione apicale precedente e non ha subito variazioni di trattamento retributivo. Ed ancora, è stato ritenuto che non è neppure stata fornita la prova della perdita del bagaglio professionale.

Infine, il presunto danno alla salute non è stato ritenuto provato dalla produzione di due certificati medici dal contenuto generico e cronologicamente collegati in modo eccessivamente strumentale all'azione proposta.

Il tutto, naturalmente, con il beneficio della analisi sommaria che caratterizza la fase cautelare.

Alessandro Crosta

Avvocato del Foro di Milano – Studio Legale Associato Ad Ashurst

6. Mobbing

6.1. Trib. Catania 7 febbraio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 27).

Mobbing - Nozione.

Il mobbing definisce una serie di pratiche vessatorie poste in essere da uno o più soggetti, sovra-ordinati e non, facenti parte della realtà aziendale, a discapito del lavoratore. Rientrano nella definizione di pratiche vessatorie l'ingiustificato trasferimento, il demansionamento, l'eliminazione di particolari status, il disconoscimento datoriale, comportamenti minacciosi ed ingiuriosi protratti nel tempo e volti alla lesione dell'integrità fisica e morale del prestatore.

re di lavoro. Tali comportamenti provocano spesso traumi psico-somatici, pregiudicando le condizioni di salute e questo spesso costringe il lavoratore, vessato nel tempo, alla risoluzione del rapporto di lavoro.

6.2. Trib. Catania 7 febbraio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 27).

Mobbing - Tutela risarcitoria - Danni risarcibili - Danno esistenziale - Criteri di accertamento e di prova.

Il danno esistenziale integra il danno tipico da mobbing, in quanto prescinde dal verificarsi di concrete lesioni alla salute e al patrimonio – e dunque dalla prova delle stesse – e sussiste ogni qualvolta il lavoratore venga aggredito nella sfera della dignità ed integrità personale. Il danno esistenziale derivante da mobbing è suscettibile di risarcimento e di valutazione equitativa a fronte dell'onere in capo alla vittima di dimostrare la realizzazione della condotta mobbizzante e con la esclusione della responsabilità datoriale in caso di prova da parte del datore di lavoro di adottare tutte le misure idonee, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, a tutelare la personalità morale del prestatore di lavoro. Si tratta, in questo caso, di una sorta di danno ex se, insito nel prodursi del comportamento illecito, come tale risarcibile a prescindere dalla specifica prova di conseguenze nella sfera patrimoniale e psicofisica.

(6.1. – 6.2.) L'utilità di una elaborazione autonoma della categoria di mobbing

Sommario: **1.** Il *mobbing*: quadro normativo e giurisprudenziale. – **2.** La sentenza in esame: la natura della responsabilità del datore di lavoro in caso di *mobbing*. – **3.** *Segue*: il danno da *mobbing*: natura e prova.

1. Ancora *mobbing* nella sentenza in commento, pregevole per l'ampia e completa motivazione.

Come è noto, con il termine *mobbing* si intendono tutti quei comportamenti di natura persecutoria e vessatoria che si attuano sul posto di lavoro e che possono concretizzarsi in molteplici comportamenti (parole, atti scritti, ecc.) tutti accomunati dal risultato della lesione dei diritti inviolabili della dignità umana e professionale (cfr. in *q. Rivista*, 2005, n. 4, il contributo di A. VALLEBONA, *Mobbing senza veli*, e, sempre in *q. Rivista*, A. RUSSO, *Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati*, 2006, 1051, nonché, per una rassegna giurisprudenziale, A. CORVINO, *Mobbing, straining e altre etichette* (nota a Cass. 6 marzo 2006 n. 4774 e altre), 2006, 801).

Il sempre maggiore rilievo sociologico del fenomeno ha, da qualche anno, suscitato anche l'interesse degli operatori del diritto, e non soltanto da un punto di vista teorico, per operare un inquadramento del *mobbing* nell'ambito del sistema normativo vigente, ma, soprattutto, sotto un profilo più pratico, per individuare, gli strumenti di tutela pertinenti ed adeguati per fronteggiare il fenomeno stesso e risarcire i soggetti lesi. Alla maggiore rilevanza sociale del fenomeno non ha fatto però seguito una disciplina normativa compiuta che lo regoli in modo unitario e coerente.

Le iniziative legislative delle Regioni (la l.r. n. 18/2005 della Regione Umbria e la l.r. n. 66/2005 della Regione Friuli-Venezia Giulia) – intervenute dopo che la l.r. n. 16/2002 della Regione Lazio, in tema di *mobbing* sui luoghi di lavoro, è stata dichiarata incostituzionale in quanto invasiva di competenze statali con la sentenza della Corte Costituzionale dell'11 luglio 2003 n. 233 (in *LPO*, 2003, 1251) – per essere compatibili con i rilievi

della Corte Costituzionale, hanno dovuto assumere una portata molto più circoscritta, con semplici finalità di studio, informazione, formazione e assistenza.

In assenza di una specifica previsione normativa, che consenta di qualificare giuridicamente il *mobbing*, i giudici hanno emesso decisioni fra loro diverse, sia in termini di identificazione della fattispecie, che per quanto concerne la tutela risarcitoria. A volte utilizzando la nozione di *mobbing* elaborata in campo sociologico e medico; altre volte qualificando come illegittimi vari comportamenti vessatori (Cass. 16 giugno 2001 n. 8173, in *RIDL*, 2002, II 154-160; App. Firenze 29 ottobre 2004, in *RGL*, 2005, II, 25); oppure, sebbene in maniera assolutamente minoritaria, ritenendo che la mancanza nell'ordinamento di una fattispecie legale di *mobbing* impedisca di prendere in considerazione questo fenomeno ai fini della decisione giudiziale (Trib. Venezia 26 aprile 2001, in *RGL*, 2002, 88).

Peraltro le sentenze di merito hanno superato il problema definitorio con tecniche differenti. A volte ricorrendo alla nozione di fatto notorio, che renderebbe superfluo l'accertamento medico legale (Trib. Torino 16 novembre 1999, in *LG*, 2000, n. 4, 361, e Trib. Torino 30 dicembre 1999, in *FI*, 2000, I, 389); in altre decisioni ritenendo invece di fondamentale importanza l'accertamento tecnico per evitare il rischio «di una equazione del tipo: tutto è *mobbing*, niente è *mobbing*» (Trib. Forlì 15 marzo 2001, in *RIDL*, 2001, II, 728).

Ancora, in altro gruppo di decisioni i giudici prendono atto dell'esistenza del fenomeno, senza preoccuparsi della tipizzazione legislativa o meno dello stesso, avvalendosi degli studi medici in materia (ad esempio, Trib. Forlì 6 febbraio 2003 e Trib. Pisa 10 aprile 2002, entrambe in  indice A-Z, voce *Mobbing*, che riporta integralmente la risoluzione del Parlamento Europeo (A50283/2001) sul *mobbing*, per dare un fondamento giuridico alla propria decisione; cfr. anche Trib. Torino 18 dicembre 2002, in *Gius: Rassegna di giurisprudenza civile annotata*, 2003, 2463, con una ricostruzione della giurisprudenza).

2. La sentenza in epigrafe si inserisce proprio in quest'ultimo filone secondo cui, come del resto affermato anche dalla Cassazione (Cass. 4 maggio 2004 n. 8438, in *OGL*, 2004, I, 343, che richiama la C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359, in *FI*, 2004, I, 1692), anche in assenza di una previsione normativa sul *mobbing*, deve comunque prendersi in considerazione il fenomeno ai fini dell'imputabilità della responsabilità datoriale.

Il Tribunale di Catania esprime perplessità sulle ricostruzioni operate in dottrina della categoria *mobbing* e critica le sottocategorie individuate, nel tentativo di distinguere per meglio definire. (Non esistono coordinate esatte ed infine ogni pronuncia, frutto spesso di articolate e sofferte motivazioni, finisce per essere la risultante di una navigazione a vista).

Seppure l'ampia analisi non è sempre strettamente funzionale al caso esaminato, traspare l'ansia del giudice di ricostruire, in mancanza di una tipizzazione normativa della categoria, una cornice regolatoria, all'interno della quale sussumere i casi concreti, quasi a voler scongiurare il pericolo che «al di là degli sforzi (forse inutili?) di elaborazione di una categoria unitaria il *mobbing* finisce per essere una sorta di cornice all'interno della quale di volta in volta racchiudere ipotesi in concreto quanto mai diverse e tali per lo più da avere dignità di autonoma e distinta tutela, già nell'ambito delle ipotesi normativizzate e disciplinate all'interno dell'ordinamento positivo».

Il giudice della sentenza in oggetto, dopo aver richiamato la definizione sociologica, tiene conto delle definizioni elaborate sia nella sentenza C. Cost. n. 233/2003, cit., che in numerose sentenze di merito che hanno esaminato la fattispecie, puntualmente richiamate.

La sentenza sembra allinearsi alla dottrina maggioritaria e alla più recente giurisprudenza di legittimità, che rinviengono nell'art. 2087 c.c. il fondamento giuridico della tutela contro il *mobbing*, considerando, conseguentemente, la responsabilità del datore di lavoro di natura contrattuale. Quest'ultima consegue alla inosservanza di un obbligo del datore di

lavoro, previsto anche dalla Costituzione come limite al diritto di libertà di iniziativa privata nell'esercizio dell'impresa (art. 41). Tale limite si sostanzia nell'obbligo di non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, e, posto in relazione agli artt. 32, comma 1, Cost. e art. 2087 c.c., nell'obbligo del datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psicofisica del lavoratore.

Dalla natura contrattuale della responsabilità deriva che il lavoratore deve dimostrare il fatto lesivo, il danno ricevuto, nonché il nesso di causalità fra inadempimento e danno, rimanendo esonerato dalla prova della sussistenza della colpa o del dolo del datore di lavoro. In questo senso le recenti Cass. 6 marzo 2006 n. 4774, in *RIDL*, 2006, II, 562, e Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, in *RIDL*, 2005, 1128. *Contra*, oltre a quanto citato in sentenza, Trib. Forlì 10 marzo 2005, in *RFI*, 2005, n. 1624, 3890.

3. Il Tribunale di Catania si discosta invece dal prevalente orientamento dei giudici di legittimità in ordine alla natura ed alla prova del danno subito dal lavoratore mobbizzato.

È stato da più parti rilevato che la condotta del datore di lavoro ha in caso di *mobbing* natura plurioffensiva, potendo ledere o mettere in pericolo, l'integrità fisica del lavoratore, ovvero la sua dignità morale, la vita di relazione, la professionalità, oltre che il patrimonio presente e futuro.

Nella sentenza che si commenta viene incidentalmente considerata la modifica dell'orientamento giurisprudenziale verificatosi allorché, con le sentenze 31 maggio 2003 n. 8827 e n. 8828 (entrambe in [❏](#) indice A-Z, voce *Mobbing*), la Cassazione ha affermato che la tradizionale lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c. in relazione all'art. 185 c.p. non può essere ulteriormente condivisa nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione, e che pertanto riconduce la tutela risarcitoria della persona al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale.

Il Tribunale di Catania non fa però discendere dal nuovo orientamento alcuna conseguenza, ma identifica il danno esistenziale quale «danno tipico da *mobbing*, in quanto prescindendo dal verificarsi di concrete lesioni alla salute e al patrimonio – e dunque dalla prova delle stesse – e sussiste ogni qual volta il lavoratore venga aggredito nella sfera della dignità ed integrità personale».

Quanto poi alla prova del danno subito, viene condiviso quell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene provato il danno esistenziale, suscettibile di risarcimento e di valutazione equitativa, allorché sia soddisfatto da parte della vittima l'onere di dimostrare la realizzazione della condotta mobbizzante. Una sorta di danno *ex se*, insito nel prodursi del comportamento illecito, come tale risarcibile a prescindere dalla specifica prova di conseguenze nella sfera non patrimoniale.

Va registrato che il Tribunale di Catania si pone in contrasto con la più recente giurisprudenza di legittimità, per la quale il lavoratore non solo deve fornire la prova della condotta lesiva del datore di lavoro, ma anche la prova dell'esistenza del danno e del nesso di causalità dell'inadempimento, prova che costituisce il presupposto indispensabile della valutazione equitativa (così Cass., sez. un., 24 marzo 2006 n. 6572, in *RIDL*, 2006, II, 687; Cass. 28 maggio 2004 n. 10361, in *LG*, 2005, 1216, tra i giudici di merito cfr. Trib. Enna, 28 settembre 2004, inedita a quanto consta).

Sulla scorta del principio affermato dalla C. Cost. nella sentenza n. 372/1994 (in *FI*, 1994, I, 3297) ogni tutela risarcitoria non può attuarsi se non con la mediazione del sistema della responsabilità civile organizzato dall'ordinamento, sistema che solo il legislatore può modificare. Ciò porterebbe a concludere che, allo stato attuale, nessun danno si identifica nella mera lesione del diritto, ma richiede la prova del pregiudizio secondo il sistema ordinario di ripartizione dell'onere della prova.

Diversamente il risarcimento più che una funzione ristorativa finisce per assumerne una sanzionatoria o afflittiva, come l'istituto dei *punitive damages* del diritto anglosassone, in cui lo strumento risarcitorio è destinato a colpire un comportamento illecito e social-

mente riprovevole, lesivo di diritti della persona.

Va a questo proposito ricordato che, nel caso di lesione a beni immateriali, come l'immagine, la dignità, la professionalità ecc., viene ampiamente ammesso il ricorso alla prova per presunzioni, mezzo non relegato in grado subordinato nella gerarchia delle prove, cui il giudice può far ricorso anche in via esclusiva.

Quanto infine alla liquidazione del danno, nella sentenza in oggetto il Tribunale, sulla scorta della considerazione che il *mobbing* ha causato l'interruzione del rapporto di lavoro, liquida il risarcimento in dieci mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, pari al risarcimento massimo previsto in caso di illegittimo licenziamento nelle ipotesi di tutela obbligatoria.

In verità se si ricorre a criteri di calcolo, tutto sommato abituali per il giudice, fondati sulla retribuzione in godimento, si rischia di introdurre un elemento di disparità tra vittime del *mobbing*, che non trova giustificazione in tema di danno alla persona.

Pur comprendendo la difficoltà, senza parametri certi, di individuare la concreta adeguatezza del risarcimento rispetto al danno patito, sarebbe forse preferibile utilizzare indicatori indipendenti dalla retribuzione o dalla anzianità di servizio, ad esempio la gravità delle lesioni, il valore dell'interesse leso, la durata della condotta illecita, la situazione personale della vittima.

Palma Balsamo
Avvocato del Foro di Catania

7. Rapporti interpositori

7.1. Cass., sez. un., 26 ottobre 2006 n. 22910 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 58).

Rapporti interpositori - Prestazioni di lavoro effettuate in violazione del divieto di interposizione (l. n. 1369/1960, abrogata) - Nullità del contratto stipulato tra committente (interponente) e appaltatore (interposto) - Sussistenza - Imputazione diretta del rapporto di lavoro in capo al committente - Conseguenze - Responsabilità esclusiva del committente per gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro - Sussistenza - Responsabilità concorrente dell'appaltatore - Esclusione.

Nelle prestazioni di lavoro cui si riferiscono i primi tre commi dell'art. 1, l. 23 ottobre 1960, n. 1369 (divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego della manodopera negli appalti di opere e di servizi), la nullità del contratto tra committente e appaltatore (o intermediario) e la previsione dell'ultimo comma dello stesso articolo – secondo cui i lavoratori dell'imprenditore sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che ne abbia utilizzato effettivamente le prestazioni – comportano che solo sull'appaltante (o interponente) gravano gli obblighi in materia di trattamento economico e normativo scaturenti dal rapporto di lavoro nonché gli obblighi in materia di assicurazioni sociali, non potendosi configurare una (concorrente) responsabilità dell'appaltatore (o interposto) in virtù dell'apparenza del diritto e dell'apparente titolarità del rapporto di lavoro, stante la specificità del suddetto rapporto e la rilevanza sociale degli interessi ad esso sottesi.

Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto

Sommario: 1. L'esclusione della responsabilità dell'interposto nella vigenza della l. n. 1369/1960 – 2. ... e del d.lgs. n. 276/2003.

1. Pur dopo essere stata abrogata (ma sulle implicazioni giuridiche di tale abrogazione, come anche qui si accennerà, circolano alcuni fraintendimenti), la l. n. 1369/1960 continua ad affaticare la giurisprudenza.

La sentenza delle Sezioni Unite che qui si annota ha avuto l'occasione – ma anche la tempestiva consapevolezza – di chiarire una questione che non era mai stata compiutamente risolta dalla giurisprudenza precedente, forse anche a motivo della dispersione della casistica nella quale si era posta (pretese creditorie avanzate da lavoratori o da enti previdenziali, misure sanzionatorie disposte da organismi ispettivi, problematiche processuali in ordine alla controversa – ma per lo più negata (vedi, ad esempio, Cass. 23 giugno 1998 n. 6214) – sussistenza di un litisconsorzio necessario nei riguardi dell'interponente e dell'interposto).

L'interrogativo da risolvere era dato dal se, accanto agli obblighi incumbenti sull'appaltante/interponente a norma dell'ultimo comma dell'art. 1, l. n. 1369/1960, potesse configurarsi anche – evidentemente, per il periodo anteriore all'emanazione della sentenza – una responsabilità (solidale) del secondo, nei confronti del dipendente, per i crediti da questi maturati durante il rapporto formalmente in essere.

Non serve ripercorrere, in questa nota, le evoluzioni (non sempre lineari) dei due indirizzi che si erano profilati, per il semplice motivo che quelle evoluzioni sono ricostruite con puntualità e dovizia di dettagli nella motivazione della pronuncia in commento.

Non meno chiara la sentenza è stata nello schierarsi, fra le contrapposte tesi, a favore di quella per cui doveva escludersi una, pur concorrente, responsabilità dell'interposto, rimanendo pertanto imputati all'appaltante, in via esclusiva, gli obblighi contrattuali nascenti dall'illecita utilizzazione della manodopera.

E, se può sembrare che l'argomento essenziale portato a sostegno della conclusione sia stato di natura essenzialmente esegetica (pur senza dare a tale giudizio alcuna sfumatura negativa), non è difficile scorgerne la tenuta sistematica.

Ha osservato la Corte, in sintesi, che il fatto che la legge prevedesse, quale conseguenza della violazione del divieto, il riconoscimento di un rapporto giuridico diretto fra lavoratore e imprenditore che ne avesse effettivamente utilizzato le prestazioni doveva ritenersi sufficiente ad imputare in capo a quest'ultimo i relativi obblighi contrattuali, senza che residuassero margini per ipotizzare un parallelo coinvolgimento del datore di lavoro apparente.

Una conclusione semplice, nell'economia della quale, peraltro, la pur accolta premessa in ordine alla nullità (per illegittimità dell'oggetto e della causa) del contratto fra il committente e l'appaltatore, rappresenta un passaggio ricostruttivo coerente e, tuttavia, a rigore, non imprescindibile.

La nullità veramente rilevante, ai fini, era infatti un'altra, ossia quella del *contratto di lavoro formalmente concluso fra lavoratore e appaltatore*. Essa era anzitutto desumibile, sul piano esegetico, dal fatto che l'azione prefigurata dall'art. 1, ultimo comma, l. n. 1369/1960, volta ad accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra lavoratore e appaltante, era costruita come un'azione meramente *dichiarativa*, implicita premessa della quale – e possibile oggetto di un accertamento meramente incidentale nel procedimento promosso contro l'appaltante, e perciò senza necessità di coinvolgimento nel giudizio dell'appaltatore, cui pure la situazione giuridica era riferita – non poteva non essere la contestuale inesistenza (per nullità, o al massimo inefficacia, del relativo contratto) di un rapporto di lavoro, riconoscibile dall'ordinamento, fra lavoratore e appaltatore.

A ciò si aggiunga che la nullità in discorso poteva essere ricavata, se non dalla diretta contrarietà del contratto di lavoro *de quo* alla stessa l. n. 1369/1960, intesa come espressione del divieto di dar corso ad un contratto di lavoro *apparente*, dal fatto che quel contratto era stato lo strumento di una triangolazione contrattuale in frode alla legge.

V'era poi, *ad abundantiam*, l'ulteriore riscontro rappresentato dalla previsione (vedi art. 2) di una sanzione di natura penale, applicabile anche all'interposto.

Se, dunque, oggetto dell'accertamento giudiziale doveva ritenersi l'esistenza di una relazione giuridica già creatasi, e se il contratto di lavoro formalmente realizzatosi con l'interposto doveva essere considerato nullo o inefficace, ne segue – in conformità a quanto statuito dalle Sezioni Unite – che non potessero nascerne, al di là di quanto spontaneamente già erogato in ossequio all'apparenza del diritto, pretese di carattere sostanziale, a favore del lavoratore come di terzi; fatta salva, forse, la possibilità del lavoratore di imputare all'interposto una responsabilità di natura extra-contrattuale, per l'atto illecito commesso ai suoi danni, in concorso con l'appaltante.

Ciò anche perché – è appena il caso di notare – nell'ipotesi non poteva essere invocato neppure l'art. 2126 c.c., non essendosi realizzato, per definizione, alcun rapporto lavorativo «di fatto».

D'altra parte, come ricordato dalla Corte in uno dei passaggi finali della motivazione, esiste una consolidata e generale «regola giuslavoristica» (ma sarebbe stato più corretto dire un «principio»), «secondo la quale in relazione ad identiche, anche per quanto attiene ai periodi temporali, prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro, dovendosi considerare come parte datoriale solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo, con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro».

Avendo identificata questa come la direttrice centrale della motivazione, ne escono come meramente ancillari, in qualche misura, gli altri argomenti sviscerati dalla Corte, in chiave critica di tesi sostenute nel quadro dell'indirizzo giurisprudenziale dal quale essa si è discostata.

Ci si riferisce, in particolare, alla tesi secondo cui la persistenza di obblighi in capo all'interposto doveva essere fatta discendere dai principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi di buona fede: principi che, secondo la Corte, non potevano avere la forza di «sovrastare singole figure legislativamente ed esaurientemente disciplinate allorché la normativa legale è funzionalizzata alla tutela di interessi meritevoli di una efficace tutela in ragione della loro rilevanza a livello costituzionale»; e che, oltretutto, non erano invocabili con riguardo all'esecuzione di obbligazioni pubbliche, come quella contributiva.

Ciò acquisito, si deve pure ammettere che la soluzione già sostenuta da una parte della giurisprudenza, ed ora avvalorata dalla Cassazione, era foriera di non poche complicazioni, se non, con riguardo ai profili spiccatamente sanzionatori, di vere e proprie irragionevolezza.

Accadeva infatti, seppure non sempre, che l'Inps restituisse al datore di lavoro formale quanto questi aveva pagato a titolo di contribuzione previdenziale, e che richiedesse l'importo, però aggravato da sanzioni civili e interessi, al datore di lavoro effettivo. Così come accadeva che la Dpl – Sezione ispettiva – irrogasse all'appaltante, *ex post*, sanzioni amministrative per la mancata formalizzazione dell'«assunzione».

Né sarebbero state da escludere, in teoria, rivendicazioni retributive piene nei confronti dell'appaltante, anche se questi avrebbe potuto eccepire, in giudizio, l'*aliunde perceptum*; e neppure, portando il ragionamento alle estreme e paradossali conseguenze, azioni di ripetizione promosse dal datore di lavoro, poi rivelatosi meramente apparente, nei confronti del dipendente.

2. L'uso dell'imperfetto, nelle considerazioni che precedono, non deve far supporre che qui si condivida la tesi secondo cui l'abrogazione della l. n. 1369/1960, e il sopravvenire

della nuova disciplina recata dal d.lgs. n. 276/2003, avrebbe realizzato una rottura con la precedente tradizione normativa.

Nulla del genere. Come si è sostenuto più ampiamente altrove – ed a quelle riflessioni ci si permetta di rinviare (vedi, ad es., *Le nuove regole dell'outsourcing*, in C. SERRA (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o riregolazione?*, Giuffrè, Milano, 145 ss., e in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2006, vol. I, 625 ss., e anche *Il «nuovo» divieto di appalto di manodopera*, in *DPL*, 2005, n. 36, 1953) –, l'abrogazione della l. n. 1369/1960 non ha comportato alcuna eliminazione del divieto di interposizione, ma soltanto la ridefinizione della fattispecie di appalto illecito, o – per usare le parole della legge – di «*somministrazione di lavoro*», in quanto distinta da quella dell'appalto ex art. 1655 c.c.

Anzi, la norma-chiave del nuovo assetto, dettata dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, è in effetti una norma che *integra e specifica la definizione di appalto ex art. 1655*, in un'ottica rivolta alla delimitazione dei confini con l'ipotesi in cui, a motivo del mancato dispiegamento, da parte dell'appaltatore, di mezzi materiali e/o organizzativi, nonché della non assunzione di alcun rischio di impresa, gli unici mezzi conferiti nell'appalto finiscono col risultare i lavoratori.

E non vi sono dubbi, a mio giudizio, sul fatto che l'ordinamento continui a reputare *illecita* questa ipotesi di *default*. A sostegno di tale opinione, che è stata raccolta senza esitazioni dalla giurisprudenza penale già formatasi in tema (vedi, ad esempio, Cass. pen. 16 giugno 2006 n. 20758, in  indice A-Z, voce *Somministrazione*), militano solide ragioni di carattere tanto esegetico quanto sistematico.

Merita soffermarsi qui sulle prime, perché la riflessione sul nuovo dispositivo sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 276/2003 consente di comprendere, con specifici riflessi sulla questione affrontata dalla sentenza in commento, dove si sia realizzata la vera «discontinuità» con la normativa precedente.

Come già in passato, il dispositivo in discorso si articola sul doppio binario della qualificazione della violazione del divieto come reato (vedi art. 18, comma 5-*bis*) e come illecito civile. E, ora come allora, l'art. 29, comma 3-*bis*, consente al lavoratore di veder consacrata giuridicamente l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con l'appaltante.

L'azione in discorso, peraltro, è configurata dalla normativa in modo diverso dall'art. 1 ultimo comma, l. n. 1369/1960, in quanto l'effetto dell'imputazione del rapporto di lavoro subordinato all'appaltante è fatto discendere da una pronuncia giudiziale di carattere *costitutivo*, conseguibile soltanto dalla parte direttamente interessata, e cioè dal lavoratore, tramite la proposizione di un ricorso giudiziale «notificato [ma sarebbe stato più pertinente scrivere «proposto», ndr] anche soltanto al soggetto che ha utilizzato la prestazione».

In altri termini, «quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1 [quando, cioè, si sia di fronte ad una mera somministrazione di lavoro, e non ad un appalto «autentico» di opera o servizio, ndr], il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 c.p.c., [...] la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo».

Si potrebbe pensare che, dal punto di vista del lavoratore, questa diversa configurazione dell'azione non comporti apprezzabili differenze pratiche, e fondamentalmente il rilievo sarebbe esatto.

Ma una differenza si coglie proprio guardando al profilo della responsabilità dell'interposto, affrontato dalla sentenza delle Sezioni Unite.

Difatti, in presenza di una sentenza costitutiva, la tesi della nullità del contratto di lavoro precedentemente concluso fra lavoratore e interposto non sembra riproponibile, per cui viene a mancare l'argomento fondamentale a sostegno della tesi di cui alla pronuncia in commento.

Anzi, in realtà, il problema non sorge neppure, in quanto, anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 29*, comma 3-*bis*, ogni responsabilità patrimoniale rimarrà a carico dell'unico datore di lavoro in quel momento formalmente riconosciuto come tale, cioè dell'appaltatore; mentre, posteriormente a detto momento, essa si sposterà tutta sul nuovo – ed ancora unico – datore di lavoro, cioè sull'appaltante.

Questa lettura trova un definitivo riscontro nella previsione (art. 27, comma 2, cui fa espresso rinvio l'art. 29, comma 3-*bis*, ultimo inciso) per cui, nell'ipotesi di acclarato appalto di manodopera, «tutti i pagamenti effettuati dal somministratore [leggi, dall'appaltatore fasullo, *ndr*], a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a conoscenza della somma effettivamente pagata», e «tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione».

È appunto la previsione di una siffatta formula di salvezza, estesa agli atti gestionali compiuti dal datore di lavoro formale (con la conseguenza, ad esempio, che il licenziamento irrogato dall'appaltatore deve ritenersi normalmente produttivo di effetti, e può quindi essere impugnato dal lavoratore, *ex art. 6*, l. n. 604/1966, anche nei confronti del solo appaltatore; e ciò malgrado che la relativa azione giudiziale possa essere promossa anche contro il solo appaltante) – e non una pretesa discontinuità normativa «generale» –, l'elemento di novità che rende ulteriormente non estensibile al diritto vigente il postulato della nullità del contratto di lavoro *de quo*, e con esso la soluzione ricostruttiva delle Sezioni Unite. Pare fra l'altro singolare che, pur avendo dedicato un esplicito riferimento alla permanente attualità delle questioni affrontate «anche all'interno del nuovo quadro normativo delineato dal d.lgs. n. 276/2003», esse non abbiano menzionato l'art. 27, comma 2, che avrebbe potuto essere invocato anche come riscontro *a contrario* della tesi sostenuta per il pregresso.

Ma è su altro piano, e cioè nei riguardi dei *terzi* interessati, che le conseguenze della nuova configurazione dell'azione appaiono di gran lunga più rilevanti. Infatti, prendendo la disposizione (doverosamente) alla lettera, un terzo come l'Inps non può né richiedere direttamente (tramite l'esercizio del proprio potere impositivo) i contributi a carico dell'utilizzatore, né agire in giudizio per far accertare come dovuti tali contributi, in virtù di un accertamento incidentale costitutivo di un rapporto contrattuale corrente fra altri, uno dei quali assente nel giudizio.

In altre parole, se il presupposto della debenza dei contributi è l'esistenza di un rapporto di lavoro con il datore appaltante, in forza della violazione, da questi posta in essere, del divieto di interposizione, è appunto tale presupposto a fare ora difetto, giacché dalla violazione non discende più, automaticamente, la predetta conseguenza, se non a seguito di una sentenza costitutiva del giudice del lavoro, provocata da un'azione del lavoratore ed efficace soltanto *ex nunc*, con decorrenza – per consolidato principio giurisprudenziale (vedi, ad esempio, Cass. 4 luglio 2003 n. 10564) – dal momento del passaggio in giudicato.

All'Inps non rimane, di conseguenza, che muoversi «a ruota» di un procedimento giudiziario vittoriosamente intentato dal lavoratore (nel corso del quale, peraltro, l'Istituto avrebbe potuto intervenire in adesione al medesimo).

Lo stesso dicasi a proposito dell'esercizio del potere sanzionatorio della Dpl – Sezione ispettiva, abitualmente sfociante, come è noto, nell'emanazione di un'ordinanza-ingiunzione. Anche l'irrogazione di eventuali sanzioni amministrative (ad esempio per omissione delle comunicazioni formali previste per l'assunzione di un lavoratore) presuppone, infatti, che come conseguenza della realizzazione della fattispecie illecita si sia prodotto l'effetto legale rappresentato dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordi-

nato con il soggetto destinatario delle sanzioni: che, però, non è più previsto dalla nuova disciplina, se non per la via più faticosa di una pronuncia giudiziale «costitutiva».

Pare lecito concludere, quindi, che la vera ragione per cui all'Inps ed alla Dpl è inibito (*ex art. 29, comma 3-bis, prima parte*) l'esercizio del potere impositivo o sanzionatorio, risiede nel fatto che essi non dovrebbero aver nulla «da pretendere» dall'imprenditore appaltante (e mero utilizzatore di manodopera), in forza della violazione del divieto *de quo*. Il che costituisce un risultato sistematicamente non disprezzabile.

Non sorprende, peraltro, che siano state avanzate proposte interpretative miranti a scongiurare la conseguenza descritta, asserendosi che il fatto che l'azione possa essere promossa soltanto dal lavoratore non impedisce che, per altri effetti, l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione sia richiesto da altri soggetti (non soltanto Inps o Dpl, ma anche, dicasi, altri lavoratori od organizzazioni sindacali, interessati a far valere il numero effettivo dei dipendenti di una certa impresa; vedi F. SCARPELLI, *Commento all'art. 27*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 409 ss., qui 429).

In questi casi, peraltro, l'ostacolo da superare è rappresentato dal fatto che, se pure l'irregolarità della somministrazione, in quanto tale, potrebbe essere oggetto della cognizione da parte del giudice adito, l'esistenza del rapporto (che certo i soggetti diversi dal lavoratore avrebbero legittimazione a far accertare, per ottenere il riconoscimento delle situazioni soggettive a ciascuno di essi di volta in volta spettanti) presuppone pur sempre il passaggio attraverso una pronuncia che quel rapporto crea, e il cui ottenimento è viceversa rimesso alla legittimazione del lavoratore interessato.

Non è da sottacere, comunque, che nella maggior parte dei casi in esame – alla luce della pur parziale sovrapposizione fra l'area del divieto di interposizione e quella della subordinazione *ex art. 2094 c.c.* –, l'Inps e la Dpl potrebbero teoricamente provare ad aggirare l'ostacolo posto dalla nuova normativa sostenendo non la violazione del divieto di interposizione, bensì, in modo più spiccio – e purché ve ne siano, naturalmente, gli estremi –, la realizzazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato fra l'appaltante/utilizzatore e il lavoratore; «dimenticandosi», insomma, dell'appaltatore, e trattando i lavoratori coinvolti come degli ordinari lavoratori «in nero».

In tale evenienza si può forse sostenere, facendo leva sulla diversità del presupposto su cui vengono fondati, in giudizio, la pretesa contributiva o l'esercizio del potere sanzionatorio (la *causa petendi* della domanda essendo rappresentata dall'art. 2094 c.c., e non dalla disciplina sull'interposizione; rimane però da valutare se, riguardata dalla prospettiva del lavoratore, quella domanda, che non introduce alcun diverso tema d'indagine e che si differenzia solo per la norma invocata e per il *petitum* processuale, non sarebbe nella sostanza la stessa, e se questo non ostacoli l'accoglimento della soluzione che si ipotizza nel testo), che non possa frapporsi al soggetto pubblico l'ostacolo derivante dalla necessità del previo esercizio dell'azione costitutiva da parte del lavoratore.

Riccardo Del Punta

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Firenze

8. Sciopero

8.1. Cass. 9 maggio 2006 n. 10624 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 34).

Sciopero - Sostituzione di lavoratori scioperanti con altri dipendenti - Previsioni di legge e di contratto collettivo - Violazione - Comportamento antisindacale - Sussistenza.

Costituisce comportamento antisindacale la sostituzione di lavoratori in sciopero con altri dipendenti della medesima impresa, in violazione delle previsioni di cui all'art. 3, comma 13, d.lgs. n. 61/2000 e del contratto collettivo nazionale di lavoro in tema di lavoro supplementare nonché delle disposizioni contenute nelle norme del contratto collettivo aziendale circa la possibilità di stipulare contratti di lavoro a termine con lavoratori a tempo indeterminato dipendenti da altro datore di lavoro.

L'ipotesi «classica» della sostituzione dei lavoratori in sciopero tra fonti di disciplina e diritti costituzionali

Sommario: 1. I principi costituzionali e la fattispecie. – 2. La casistica e la *ratio* della decisione. – 3. Crumiraggio, parola antica ma significato attuale.

1. Nella trattazione manualistica degli aspetti giuridici attinenti allo sciopero manca raramente l'esemplificazione, quale condotta antisindacale, della sostituzione dei lavoratori in sciopero, tipico esempio nel quale viene leso, come noto, uno dei beni protetti dalla norma citata: il diritto di sciopero appunto (per tutti F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Vol. I, Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2004, 263; sulla centralità, invece, della questione in oggetto, vedi R. FLAMMIA, *Osservazioni sul comportamento antisindacale ex art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300, dei datori di lavoro privati e pubblici con riferimento all'esercizio del diritto di sciopero*, in *MGL*, 1994, 450 ss., che si sofferma in particolare sulla nozione di illiceità rilevante nella specie). E tuttavia tali puntuali aspetti non hanno successivamente incontrato l'attenzione e l'approfondimento della dottrina. Le discussioni intorno ai confini del diritto di sciopero, soprattutto di fronte a diritti ugualmente garantiti a livello costituzionale, hanno infatti trovato solo parziale soluzione con le l. n. 146/1990 e quindi n. 83/2000; solo parziale perché, come noto, il diritto di sciopero o forse meglio *i diritti* di sciopero propongono all'attenzione nuove ed ancor più inquietanti problematiche (A. PILATI, *I diritti di sciopero*, Cedam, Padova, 2004).

La sentenza in commento affronta dunque esattamente il, forse tralatizio ma sempre attuale, tema del confronto fra diritto di sciopero e «altri» diritti costituzionali, con particolare riguardo ad una fattispecie nella quale vengono in gioco, oltre al rapporto tra i diritti costituzionalmente garantiti di cui agli artt. 40 e 41 Cost. (diritto di sciopero e di libera iniziativa economica), anche quello tra le diverse fonti che, a diverso titolo e con diverso impatto, regolamenta gli istituti coinvolti, in particolare l'orario di lavoro e la possibilità di assumere lavoratori a tempo determinato, nonché la loro collocazione nella organizzazione aziendale.

In effetti, la società ricorrente, già soccombente nei precedenti gradi di giudizio, cerca di collegare le proprie richieste a specifici dati normativi, sia di legge che di contratto collettivo, ravvisati nelle previsioni per le quali da un lato il datore di lavoro può avvalersi, in caso di «brevi necessità di intensificazione dell'attività lavorativa», del lavoro supplementare (art. 3, comma 13, sull'ultra vigenza degli accordi collettivi in tema di part-time e quindi art. 53 del Ccnl 20 settembre 1999); dall'altro può assumere con contratti a tempo determinato e parziale, per lo svolgimento di 8 ore settimanali e con prestazioni di 4 ore al sabato e alla domenica (c.d. contratti *week-end*: accordo aziendale 28 febbraio 2001).

A tale stregua il giudicante, dopo aver ribadito la necessità di bilanciare, come di regola, diritto di sciopero e altri diritti di rango costituzionale, sottolinea come la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. non possa non essere estesa al «diritto del datore di esercitarla) e di attenuare gli effetti dello sciopero». Così facendo si impongono recipro-

ci limitazione e condizionamento tra i diritti citati, all'esito dei quali viene riconosciuta una «legittima antitesi» tra i medesimi e dunque un punto oltre il quale, in particolare, il diritto di iniziativa economica diviene illegittimo e foriero di conseguenze sul piano dell'art. 28 Stat. lav.

2. La decisione in commento si colloca nell'alveo dei pochi, di recente quasi rari, casi giurisprudenziali in materia di condotta antisindacale (*contra* tuttavia con riguardo ai precedenti giurisprudenziali in genere sull'art. 28 Stat. lav., F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 1999, 86; per la sola trattazione specifica della tematica vedi inoltre F. DE FALCO, *Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale*, in *RIDL*, 1992, I, 331 ss.). Sebbene l'art. 28 Stat. lav. sia stato a ragione qualificato come una norma di portata storica, nell'ambito delle relazioni collettive e di lavoro dell'epoca (per tutti T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974; U. ROMAGNOLI, *Commento sub art. 28*, in G. GHEZZI, F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1972), esso è invece stato utilizzato, successivamente, con una certa parsimonia dagli attori sindacali, che hanno spesso preferito spostare sul piano della negoziazione il conflitto in essere. E tuttavia, non sono mancate rilevanti questioni poste in giudizio e discusse in dottrina; tra queste anche quella, qui in rilievo, del rapporto tra diritto di sciopero e diritto di iniziativa economica (vedi, ad esempio, solo alcuni cenni in A. COLONNA, *Volontà del datore di lavoro e condotta antisindacale*, Cedam, Padova, 1999; e, più di recente e ampiamente, F. COLLIA, F. ROTONDI, *Il comportamento antisindacale*, Cedam, Padova, 2004, spec. 152 ss.).

Invero, la scarsa giurisprudenza di merito aveva ritenuto, sul punto, escluso dal novero delle condotte antisindacali «il comportamento del datore di lavoro il quale, a fronte dello sciopero di alcuni dipendenti, si avvalga dei suoi poteri organizzativi e gestionali sostituendo gli scioperanti per evitare la paralisi della produzione» (Trib. Milano 30 gennaio 1999, in *LG*, 1999, I, 483; sulla stessa linea, già Pret. Milano 15 gennaio 1992, in *RIDL*, 1993, II, 99, con nota di O. BONARDI, che chiarisce come la sostituzione dei lavoratori in sciopero «attuata allo scopo di limitare i danni causati dalla astensione collettiva dal lavoro, non è mai illecita a causa di questa sua – esclusiva, aggiungiamo noi – finalità»; cfr. anche Cass. 16 novembre 1987 n. 8401 e Cass. 13 marzo 1986 n. 1701, in *GC*, 1986, I, 1909, con nota di M. ANDREUCCI; e già, per un caso di scuola, Pret. Roma 2 marzo 1994, in *Diritto e pratica dell'aviazione civile*, 1995, 373, sul legittimo affidamento di voli ad altre compagnie da parte di Alitalia; Cass. 29 novembre 1991 n. 12822, in *RIDL*, 1992, II, 518, con nota di C. CORSINOVI; quanto all'influenza della concreta sostituzione dei lavoratori ai fini della competenza territoriale *ex art. 28 Stat. lav.*, sempre ricondotta al luogo di ubicazione dell'impianto o azienda, vedi chiaramente Cass. 26 marzo 1993 n. 3622, in *MGL*, 1993, 392; sottolinea da ultimo come il problema centrale sia quello dell'individuazione dei limiti entro i quali la condotta datoriale corrisponda ad un legittimo esercizio di poteri gestionali ed organizzativi incensurabile *ex art. 28 Stat. lav.*, P. POZZAGLIA, *Diritto di sciopero e crumiraggio* (nota a Cass. 4 luglio 2002 n. 9709), in *DL*, 2002, II, 595, e ivi ulteriori riferimenti).

In verità essa si è pronunciata di regola su ipotesi solo «attigue» a quella qui risolta dal giudice di legittimità: così si è ritenuto che la libertà di iniziativa economica incontri un doppio limite, quello dato dalla mancata violazione di norme di legge e quello costituito dalla necessità che i comportamenti datoriali non limitino, anche solo oggettivamente, la libertà sindacale e il diritto di sciopero (cfr., in tal senso, tra alcune decisioni di merito, Trib. Venezia 7 luglio 2002, in *RGL*, 2003, II, 384, con riguardo alla adibizione a mansioni inferiori dei sostituti, contrariamente a quanto disposto dall'art. 2103 c.c.; ma in senso opposto, nell'orientamento senz'altro maggioritario, vedi Cass. 4 luglio 2002 n.

9709, in *DL*, 2002, II, 588, e in *RIDL*, 2003, II, 3; nonché in dottrina, relativamente a un caso di spontanea collaborazione dei lavoratori ad un demansionamento per così dire «mirato» alla sostituzione, G. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 240; a meno che il mutamento *in pejus* di mansioni non sia temporaneo e collegato a straordinarie esigenze dell'impresa: Cass. 8 luglio 1987 n. 5963, in *MGC*, 1987, e ivi, 2001, 1160, anche Cass. 8 luglio 2001 n. 7821, sul presupposto che i compiti inferiori siano marginali rispetto a quelli propri del livello del lavoratore).

Si è ritenuto altresì lesivo dei beni protetti dall'art. 28 Stat. lav. l'utilizzo dei lavoratori «temporanei» per la sostituzione di lavoratori in sciopero, in quanto ipotesi specificamente vietata dalla stessa l. n. 196/1997 (Trib. Voghera 2 marzo 2002, in *OGL*, 2003, II, 8). E sempre con riguardo ai c.d. collegamenti tra imprese (sui quali per tutti, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004; R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004) si è anche valutata, negativamente, la diversa ipotesi nella quale il datore giunge a sostituire lavoratori dell'impresa appaltatrice in sciopero con propri lavoratori (Trib. Milano 16 febbraio 2002, in *RCDL*, 2002, 325).

A soluzioni diverse è giunta invece altra parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale, come accennato sopra, il datore di lavoro può fruire di ogni mezzo *legale* (Cass. 4 luglio 2002 n. 9709, su cui vedi anche *infra*, in *RIDL*, 2003, II, 3, con nota di F. FOCARETA) che, senza impedire l'esercizio del diritto di sciopero, ne eviti o ne attenui gli effetti negativi, tra i quali rientra il ricorso all'impiego di personale non scioperante per ovviare alla mancata prestazione del personale in sciopero (Pret. Cagliari 3 giugno 1999, in *Rivista giuridica sarda*, 2000, 503, con nota di F. BANO; con riguardo al settore scolastico, vedi, altresì, TAR Lazio, sez. III, 2 dicembre 1989 n. 2075, in *TAR*, 1990, con la quale si è legittimato, diremo ovviamente, visto il diverso contesto normativo, il ricorso al personale vicario in luogo dei presidi in sciopero; ma sul punto, vedi anche Cass. 29 novembre 1992 n. 12822, in *MGL*, 1993, 16, con nota di B. BRATTOLI, *La sostituzione dei lavoratori in sciopero e la giurisprudenza della Suprema Corte*, che ritiene non antisindacale la nomina, da parte del Ministero dell'istruzione e del Provveditorato agli studi, di sostituti dei docenti scioperanti con altri docenti non scioperanti o con supplenti). Altre volte, tuttavia, la mera assunzione di personale a tempo determinato al fine di sostituire i lavoratori aderenti ad una proclamata agitazione sindacale è stata al contrario valutata negativamente (Pret. Roma 15 luglio 1998, in *RGL*, 1999, II, 326, con nota di P. SANDULLI).

Ancora diversamente, poi, debbono considerarsi – e sono state giudicate in tempi non recenti (Trib. Roma 6 marzo 1991, in *FI*, 1993, I, 262) – le ipotesi nelle quali il datore di lavoro raggiunge l'obiettivo della mancata astensione lavorativa sia attraverso la violenza e la minaccia nei confronti dei lavoratori aderenti allo sciopero, sia mediante la sostituzione dei lavoratori scioperanti.

Quanto all'utilizzazione, al fine di fronteggiare utilmente le iniziative sindacali di sciopero, di prestazioni rese in regime di straordinario oltre le previsioni di legge – argomento questo che si ricollega alla fattispecie *de qua* nella quale si ricorre invece all'istituto del lavoro supplementare dei *part-timers* –, basti segnalarsi come la giurisprudenza sul punto si sia espressa per il rispetto dei limiti legali, altrimenti ponendosi i presupposti per ravvisarsi una condotta antisindacale (Pret. Milano 24 luglio 1990, in *OGL*, 1990, 40).

3. L'istituto che, forse non sempre propriamente, viene richiamato a proposito del tema qui affrontato è quello del c.d. *crumiraggio*. Con tale termine si è inteso, in tempi non recenti, lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte di lavoratori non partecipanti allo sciopero medesimo nell'impresa; una attività che, da un certo punto di vista, veniva riguardata come «odiosa» dai lavoratori in sciopero e forse ancor più dalle organizzazioni sindacali proclamanti l'astensione (vedi per tutti già M. MISCIONE, *Valutazione giuridica*

del *crumiraggio* nello Statuto dei lavoratori, in *Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del Lavoro e in organizzazione aziendale*, 1972, n. 52-53; ma anche F. GUIDOTTI, voce *Crumiraggio*, in *Enc dir*, 1962, vol. XI, 436 ss.).

Ebbene non deve stupire se questa parola, e soprattutto il comportamento fattuale che essa sottende, risulta ancor oggi di estrema attualità, sia per l'evoluzione del concetto stesso di sciopero, sia per la sempre più pressante esigenza imprenditoriale di limitare gli effetti, se non evitarli del tutto, dei fenomeni di conflitto con la controparte sindacale ed i lavoratori rappresentati. È proprio su questo piano che si dipana la tematica in oggetto, e che la giurisprudenza, come già visto, si è soffermata al fine precipuo di contemperare gli interessi in conflitto. In proposito è possibile anche ricordare, perché la questione non sembra estranea alla fattispecie in esame, la consueta distinzione tra *crumiraggio* c.d. diretto ed indiretto; questo ultimo distinto a sua volta in interno ed esterno (di recente P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 591). A seconda cioè che la prestazione non svolta a causa di uno sciopero sia poi concretamente attuata da lavoratori della stessa impresa ovvero da lavoratori di impresa diversa o appositamente assunti.

Sul primo tipo di *crumiraggio*, come noto, la dottrina non ha avuto eccessivi dubbi nel qualificarlo come legittimo: la libertà sindacale negativa e lo stesso diritto di sciopero garantiscono infatti il lavoratore rispetto all'obbligo (non sussistente) di aderire ad una astensione dal lavoro, pure proclamata dalla organizzazione sindacale di appartenenza (cfr. P. CAMPANELLA, *Gli effetti dello sciopero*, in M. MISCIONE (a cura di), *Diritto del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Commentario*, Utet, Torino, 1998, I, 582 ss.; in via minoritaria, sul significato in proposito dell'art. 4 Cost., V. SIMI, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956; e altresì G.F. MANCINI, *Sub art. 4*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Roma-Bologna, 1975, 273). Sul secondo tipo, ed in particolare sulla versione «esterna», il dibattito è assai più complesso, non coinvolgendo solo il rapporto tra singolo ed organizzazione sindacale, ma anche quello tra associazione sindacale e datore di lavoro, sino all'ipotesi di configurare un comportamento sanzionabile *ex art. 28 Stat. lav.*, come avvenuto nella specie (per più ampi riferimenti giurisprudenziali vedi P. POZZAGLIA, *op. cit.*, spec. nota 5 ss.); d'altro canto la stessa Corte Costituzionale ha chiaramente e a più riprese legittimato il *crumiraggio* indiretto interno (C. Cost. 23 luglio 1980 n. 125, in *FI*, 1980, I, 2369).

Invero, anche sulla scorta della migliore dottrina (R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, F. Angeli, Milano, 1978; T. TREU, *op. cit.*, 120 ss.; U. NATOLI, *Ancora la Corte di Cassazione in materia di sciopero*, in *RGL*, 1988, II, 64; V. PINTO, voce *Sciopero*, in *DDPComm*, 1996, XIII; più di recente, F. BALESTRIERI, *Sostituzione dei lavoratori in sciopero e condotta antisindacale*, in *ADL*, 1997, n. 6, 150), non è possibile negare che l'ordinamento, in particolare a livello costituzionale, tuteli il diritto di sciopero piuttosto che i suoi effetti, come appare evidente anche ad una sola lettura dell'art. 40 Cost. Se così è – risulta facile corollario – il datore di lavoro potrebbe cercare nei modi legittimi di contenere gli effetti dannosi dello sciopero, ma giammai di impedire ai lavoratori di scioperare; e si potrebbe distinguere così tra atti di neutralizzazione ed atti impeditivi (F. DE FALCO, *op. cit.*, 331 ss.).

Più difficile, come detto, appare il discorso intorno al c.d. *crumiraggio* indiretto esterno, ovvero quello svolto mediante l'utilizzo di lavoratori esterni all'impresa, per il quale deve anzitutto segnalarsi come sia intervenuto lo stesso legislatore a regolare taluni aspetti della questione. Invero, l'art. 1, comma 4, lett. b), della l. n. 196/1997 e l'art. 3, comma 1 lett. a), del d.lgs. n. 368/2001 hanno vietato l'adibizione di lavoratori assunti con contratto di lavoro temporaneo ovvero di somministrazione nonché con contratto a tempo determinato ai fini della sostituzione di lavoratori in sciopero; un caso, quest'ultimo, che peraltro era già stato sindacato negativamente sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza precedenti alla riforma del 2001.

In ogni caso la dottrina ha fatto correttamente notare come le disposizioni di legge debbano essere interpretate anche alla luce, diremo costituzionale, della valutazione dello sciopero in termini di legittimità ovvero illegittimità; in altre parole risulterebbe a tale stregua legittimo il ricorso ad assunzioni a tempo determinato laddove si tratti di rispondere ad uno sciopero illegittimo o in caso di pericolo di lesione di diritti fondamentali (M. TIRABOSCHI, *La legalizzazione del lavoro interinale tramite agenzia nell'ordinamento giuridico italiano. Prime riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in *DLRI*, n. 3, 52; *contra* O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001, 229). E'altra, autorevole, dottrina ha recisamente ritenuto legittimo il crumiraggio esterno con lavoratori assunti a tempo determinato in caso di scioperi illegittimi (A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 32; sulla possibilità, sostanzialmente esclusa, di utilizzo per il c.d. crumiraggio esterno di collaboratori e addirittura di imprese esterne del medesimo settore, vedi ancora P. POZZAGLIA, *op. cit.*, 600, nonché i diversi progetti di legge in materia di lavoro atipico nei quali, non a caso, viene puntualmente vietato il ricorso a contratti di collaborazione per una durata inferiore ad un dato periodo). Solo poche, necessariamente, battute intorno ad un tema in qualche modo vicino a quello qui brevemente affrontato. Si tratta della possibilità sostanzialmente offerta, ai datori di lavoro esercenti servizi pubblici, dall'ordinamento giuslavoristico, di «comandare» alcuni dipendenti a svolgere la propria prestazione lavorativa nonostante lo svolgimento di una astensione dal lavoro e la loro (astratta) partecipazione allo sciopero medesimo. La materia, come noto, ha trovato una sola parziale disciplina nelle l. n. 146/1990 e quindi n. 83/2000, le quali hanno dettato una regolamentazione dell'esercizio dello sciopero nell'ambito dei c.d. servizi pubblici al consueto fine di contemperare il diritto di sciopero con i diritti, nello specifico, della persona costituzionalmente garantiti. Ebbene, tale non modesta disciplina (sulla quale di recente A. PILATI, *op. cit.*; e già P. PASCUCCI, *L'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali: una prima ricognizione*, in *DLRI*, 1993, 370 ss.; sullo specifico aspetto delle «comandate» vedi tra gli altri M.T. CARINCI, *Il potere di comandata prima e dopo la l. n. 83/2000*, nota a Cass. 15 marzo 2001 n. 3785, in *LG*, 2001, n. 5, 535, 544), è stata variamente interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza proprio sul punto della sua (mancata) previsione espressa del potere di comandata, utilizzato spesso dalle imprese quale sostituto funzionale dei citati strumenti di riduzione degli effetti dello sciopero. Va ad onor del vero rilevato che la quasi unanime giurisprudenza, specie della Cassazione, è chiara nel riconoscere, nonostante le lacune legislative, il potere di comandata in capo al datore di lavoro; potere raramente negato per far posto, al contrario, alle scelte compiute nell'ambito della contrattazione collettiva. Così, al di là di un dibattito che ha perso di attualità a seguito dell'introduzione della c.d. «provvisoria regolamentazione» della Commissione di garanzia (M.T. CARINCI, *Il potere di comandata prima e dopo la l. n. 83/2000*, cit., 545), quel che conta è che, proprio perchè inscindibilmente legata alla suddetta proposta della Commissione di garanzia, l'eventuale determinazione del datore di lavoro sulle prestazioni da rendersi comunque in presenza di uno sciopero difficilmente risulterà riconducibile ad una condotta antisindacale nel momento in cui essa risulta conforme alla «provvisoria regolamentazione». Si è detto, più precisamente, che tale determinazione – ovvero il «vecchio» potere di comandata alla luce delle nuove regole – costituisce una *facoltà*, un *potere*, soprattutto un *potere-dovere* (M.T. CARINCI, *op. ult. cit.*, 547, e ivi ulteriori riferimenti), ma quel che è certo, ci pare, è che in questi ambiti, diversi da quelli tipici del settore privato e, aggiungiamo noi, prevalentemente industriale, il rapporto tra poteri (o contropoteri: su questo interessante aspetto vedi G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1991, 12, e R. FLAMMIA, *op. cit.*, 452) del datore di lavoro e diritto di sciopero perde necessariamente di rilievo.

Gaetano Zilio Grandi
Professore associato di Diritto del lavoro – Università Ca' Foscari di Venezia

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Appalto

- politiche di contrasto al lavoro nero (1.1.)
- tutela dei lavoratori in appalto (1.2. – 1.3.)
- certificazione del contratto (1.4.)

Apprendistato (professionalizzante)

- regolamentazione regionale (Lombardia) (2.1. – 2.3.)
- regolamentazione regionale (Emilia Romagna) (2.4.)

Dirigenti

- regolamentazione collettiva (sostegno al reddito in caso di disoccupazione) (3.1. – 3.3.)

Lavoro a progetto (in Pubblico impiego)

- regolamentazione collettiva

(6.2.)

Mercato del lavoro

- regolamentazione regionale (Piemonte) (4.1. – 4.3.)
- analisi empiriche (4.4. – 4.8.)

Previdenza

- fondo di tesoreria per l'erogazione del t.f.r. (5.1.; 5.3. – 5.4.)
- fondo di garanzia per l'erogazione del t.f.r. (5.2.)
- fondo di garanzia e fondo di tesoreria (differenza) (5.5.)

Pubblico impiego (collaborazioni e incarichi esterni)

- quadro normativo (6.1.; 6.4. – 6.6.)
- regolamentazione regionale (Emilia Romagna) (6.3.)

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva (*)*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi» all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con ADAPT – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Servizio sindacale, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Appalto

Le politiche di contrasto al lavoro «nero» tra nuovo regime degli appalti e procedure di certificazione

Sommario: **1.1.** Il nuovo regime degli appalti e la certificazione: tecniche indirette di contrasto al lavoro nero. – **1.2.** Il vincolo di solidarietà come strumento di bonifica del mercato degli appalti: il contributo apportato dalla riforma Biagi. – **1.3.** La tutela in caso di segmentazione degli appalti: il decreto Bersani e la Finanziaria per il 2007. – **1.4.** Le prospettive aperte dalla certificazione e la valorizzazione della autonomia contrattuale.

1.1. Nel primo semestre della XV legislatura il contrasto al lavoro nero e grigio ha costituito una delle priorità di intervento dell'azione di governo (per un quadro di sintesi vedi i contributi raccolti in C. BIZZARRO, F. PASQUINI, *Contrasto al lavoro irregolare e strumenti di emersione: il ruolo della certificazione*, [📖](#) Dossier Adapt, 2007, n. 16). In questo contesto, particolare attenzione è stata riservata alla regolamentazione del lavoro in appalto. L'intervento legislativo non ha tuttavia riguardato i profili più propriamente sanzionatori, relativi all'utilizzo dei c.d. appalti fittizi, che nascondono, di fatto, somministrazioni di lavoro irregolari o fraudolente. È stata invece ampliata, sul piano della disciplina sostanziale dell'istituto, la responsabilità solidale diretta del committente rispetto ai debiti connessi all'utilizzo della forza lavoro alle dipendenze non più solo dell'appaltatore ma anche di eventuali subappaltatori (cfr. art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 come modificato dal comma 911 dell'art. unico della l. n. 296/2006, la Finanziaria per il 2007; la tabella comparativa tra le due versioni dell'art. 29 è disponibile in [📖](#) indice A-Z, voce *Appalto*).

In vero, tale scelta era stata preceduta da un ambiguo intervento contenuto nel decreto Bersani, tutto improntato ad un complesso sistema di controlli e sanzioni, che non è mai divenuto operativo e il cui coordinamento con le modifiche apportate dalla finanziaria mostra profili di evidente criticità, tanto sul piano ricostruttivo quanto su quello pratico-operativo (per una proposta ricostruttiva vedi sin d'ora P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, Working paper C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2007, n. 52).

L'intervento sul regime giuridico degli appalti non può tuttavia essere pienamente inteso se non alla luce del più ampio quadro degli strumenti che l'ordinamento adotta per innalzare il tasso di effettività della disciplina del lavoro regolare.

Si deve così segnalare che dati recenti, diffusi all'inizio del 2007, mostrano come l'istituto della certificazione dei contratti stia iniziando ad affermarsi nella prassi, seppure con un certo grado di lentezza e con una esperienza limitata, per ora, solo ad alcune sedi privilegiate (vedi al riguardo i dati raccolti nel Dossier Adapt, 2007, n. 16, cit.). Se gli stessi dati evidenziano che l'interesse delle imprese e dei lavoratori si è concentrato principalmente sui rapporti di lavoro più controversi e, segnatamente, sulle collaborazioni a progetto, si segnalano comunque anche esperienze di certificazione relative a contratti di appalto là dove la possibilità di ricorrere alla procedura anche per questo tipo contrattuale – solo indirettamente riconducibile al novero dei contratti di lavoro, quale strumento di acquisizione indiretto dell'utilità derivante dal lavoro altrui – è stata introdotta, nell'ordinamento, anche al fine della distinzione con la somministrazione e l'interposizione nei rapporti di lavoro.

Sembra così possibile adottare una chiave di lettura che consideri contemporaneamente la nuova disciplina del lavoro in appalto e la certificazione del relativo contratto come tecniche indirette di promozione del lavoro regolare e di contrasto al lavoro nero.

1.2. Il presupposto fondamentale affinché una data regolamentazione legale sia suscettibile di essere effettivamente applicata è dato dalla corretta rappresentazione della realtà

che si intende regolare. La disciplina previgente del lavoro in appalto, la nozione di appalto endoaziendale e, più in generale, la vicenda relativa al divieto di interposizione appaio esemplificativi di come la distanza tra prassi e dato legale possa tradursi in deficit di effettività, incertezza del diritto, trattamenti potenzialmente discriminatori e rimessi, quanto alle ragionevolezza degli esiti applicativi, al buon senso dell'operatore, giudice o ispettore (la nota espressione di «chiusura d'occhio selettiva» con riferimento alla applicazione del divieto di interposizione di cui alla l. n. 1369/1960 da parte di giudici e ispettori è di P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. 1, qui 446, ma per la relativa analisi vedi specificatamente, 438-446; per le coordinate essenziali del vasto dibattito *de iure condendo* circa opportunità e modi di intervento sul quadro regolatorio fondato sulla l. n. 1369/1960, si invia in questa sede a M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 271, ai contributi raccolti in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione: opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, e a R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *ADL*, 2002, 289 ss.).

Peraltro se la corretta rappresentazione della realtà appare un presupposto imprescindibile lo è anche predisporre strumenti specifici affinché la disciplina sostanziale risulti, poi, effettivamente applicata. Di nuovo, l'esperienza della l. n. 1369/1960 appare esemplificativa, atteso che il divieto di interposizione come strumento per discernere tra appalti leciti e operazioni di esternalizzazione fittizie trovava nel sistema sanzionatorio, con particolare riferimento al profilo della imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro alla sfera giuridica dell'utilizzatore, l'elemento di maggiore rischio per le imprese e quindi la leva maggiore – ma inefficace – di dissuasione rispetto alle condotte vietate (per questa considerazione vedi, per tutti, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit.).

L'esigenza di procedere ad una riforma del sistema di regolazione delle esternalizzazioni produttive, basato sulla l. n. 1369/1960, derivava quindi da un duplice profilo di inadeguatezza della disciplina previgente: la sopravvenuta inidoneità a discernere tra fenomeni di esternalizzazione buona (riconducibili ad esigenze di adeguamento delle imprese rispetto a standard elevati di organizzazione e quindi di competitività) ed esternalizzazione cattiva (giustificata unicamente dall'esigenza di non assumere direttamente la forza lavoro, di comprimere le dimensioni di impresa per evitare la applicazione della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo fino al limite di speculare direttamente sul costo del lavoro) e l'inadeguatezza rispetto all'obiettivo, fondamentale, di orientare la prassi applicativa.

L'intervento riformatore del 2003, con l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e la contestuale revisione del quadro di tutele del lavoro in somministrazione e in appalto, trova allora, tra i suoi obiettivi fondamentali, non solo l'adeguamento del dato legale rispetto ai nuovi modelli organizzativi di impresa ma anche l'esigenza, stringente, di indirizzare in maniera efficace la prassi applicativa.

Se quindi permane la scelta di perseguire questo obiettivo attraverso un rigoroso apparato sanzionatorio (con riferimento al quale si rinvia, in questa sede, a C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, e qui ulteriori riferimenti bibliografici), vengono, però, anche potenziati gli strumenti indiretti volti a indirizzare, più che a reprimere, le scelte degli operatori. Si tratta, in questo caso, di introdurre regole di disciplina del rapporto tra privati il cui effetto sia quello di spiazzerli gli operatori poco (talora per niente) rispettosi dei diritti dei lavoratori con un'opzione di carattere strutturale seppure percepibile sul lungo periodo.

La regolamentazione del lavoro in appalto introdotta dalla riforma Biagi si caratterizza così per il legame che, a seguito della stipulazione del contratto di appalto, si instaura tra

committente e appaltatore rispetto alle sorti dei rapporti di lavoro utilizzati per la esecuzione dell'opera e del servizio oggetto del contratto.

Si tratta di un vincolo di solidarietà, e quindi di corresponsabilità, inderogabile tra appaltatore e committente che ha per oggetto gli adempimenti retributivi e previdenziali connessi al rapporto di lavoro: un regime «universale» che, nella sua versione attuale, non incontra limiti rispetto all'oggetto dell'appalto (di opere o di servizi), relativamente alla collocazione dell'appalto rispetto al ciclo produttivo dell'impresa committente (appalto esterno o endoaziendale), esclusioni per determinate categorie di soggetti (con riferimento alla situazione nella Pubblica Amministrazione, cfr. H. BONURA, *Somministrazione di lavoro e appalti nella pubblica amministrazione: il quadro normativo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, cit., 532-533).

A fronte di tale regime, il lavoratore che presta la sua attività per l'esecuzione dell'opera o del servizio può quindi agire nei confronti del committente per l'adempimento degli obblighi retributivi e previdenziali e il committente non può opporre alcuna eccezione circa il debito residuo nei confronti dell'appaltatore come accade, invece, secondo il modello, oggi di applicazione residuale, di cui all'art. 1676 c.c.

In questo quadro, tuttavia, il profilo che davvero rileva è il fatto che, con ogni probabilità, il lavoratore si troverà regolarmente assunto e retribuito (godendo delle tutele assicurative e previdenziali dovute) direttamente dall'appaltatore.

Sarà infatti il mercato ad escludere, progressivamente, gli appaltatori che non siano in grado di sostenere pienamente con una vera e propria organizzazione d'impresa il costo del lavoro, atteso il fatto che il committente porrà in essere ogni cautela per evitare che operi, in concreto, il regime della solidarietà, a partire da un controllo, verosimilmente più meticoloso di quanto accadeva in precedenza, sulla posizione che l'appaltatore ricopre sul mercato, sulla sua solidità economica e sull'affidabilità della sua organizzazione anche sul piano della regolarità e tenuta amministrativa dei propri rapporti giuridici.

1.3. La normativa in esame, tuttavia, incontrava, nella sua formulazione originaria, un limite derivante dalla prassi, alquanto ricorrente, di frammentazione degli appalti. Al riguardo occorre rilevare come tale fenomeno, particolarmente diffuso non solo negli appalti di servizi ma anche negli appalti di opere (si pensi in via esemplificativa all'edilizia), si attua nella maggior parte dei casi mediante il meccanismo del subappalto seppure appaiano di rilievo, ponendo questioni applicative della nuova disciplina cui in questa sede è solo possibile fare cenno, anche strumenti diversi di integrazione tra imprese, come accade, ad esempio, nel caso dei consorzi rispetto ai quali si pone la questione della qualificazione giuridica dell'atto di assegnazione dell'esecuzione dei lavori da parte del consorzio alle singole imprese consorziate.

Con riferimento specificatamente al subappalto è chiaro che nella formulazione originaria dell'articolo, risultante dalla riforma Biagi e dalle modifiche apportate dal correttivo del 2004 (cfr. d.lgs. n. 251/2004, in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), il committente non aveva alcuna responsabilità rispetto ai lavoratori impiegati nell'appalto ma alle dipendenze di un eventuale subappaltatore, là dove la formulazione letterale della norma e il riferimento alle qualifiche formali di «committente» e «appaltatore» poteva anche sollevare una qualche ambiguità, superabile alla luce di una interpretazione teleologica della norma, con riferimento alla responsabilità solidale dell'appaltatore con il subappaltatore incaricato.

Il mancato specifico rilievo accordato al fenomeno della segmentazione degli appalti affidava, sostanzialmente, la selezione degli operatori «potenzialmente» più pericolosi – a fronte di una consistenza organizzativa tendenzialmente ridotta parallelamente con la frammentazione dell'incarico oggetto dell'appalto principale – all'unico vincolo individuato in generale già nel codice civile (cfr. art. 1656): il divieto per l'appaltatore di ricorrere al subappalto senza il consenso del committente; una disciplina ampiamente deroga-

bile tra le parti e comunque rilevante unicamente sul piano della responsabilità contrattuale tra gli operatori commerciali senza alcun autonomo rilievo rispetto alle sorti dei lavoratori eventualmente coinvolti nell'ulteriore esternalizzazione.

Inizialmente il fenomeno in questione è stato oggetto di considerazione specifica dal decreto Bersani, nell'ambito, come sopra ricordato, delle misure di contrasto al lavoro nero, attraverso un meccanismo di controllo incentrato proprio sul rapporto di subappalto e, tuttavia, basato su oneri di carattere formalistico e burocratico, fondati sull'acquisizione di documenti neppure specificati esattamente nella norma di legge (la disciplina non è, al momento in cui si scrive, operativa in assenza dell'atto regolamentare che avrebbe dovuto appunto individuare la documentazione da cui desumere la regolarità dei rapporti di lavoro alle dipendenze del subappaltatore e dell'appaltatore, cfr. art. 35, comma 34, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 24; la tabella comparativa con il testo originario del decreto legge e quello risultante in sede di conversione è disponibile in  indice A-Z, voce *Appalto*), con l'ulteriore, grave, limite, dal punto di vista tecnico, di poter dare adito ad interpretazioni derogatorie dell'art. 29 proprio per il profilo più delicato del meccanismo stesso, quello relativo al rapporto di responsabilità tra appaltatore e subappaltatore rispetto ai debiti nei confronti dei lavoratori. La regolazione in esame sembra infatti basarsi sul presupposto, alquanto discutibile, di una diversità tipologica tra appalto e subappalto (in chiave critica anche P. CHIECO, *op. cit.*, qui 4) che, ove condivisa, avrebbe potuto persino spiazzare tutto il meccanismo dell'art. 29, basato sulla qualificazione come appalto del contratto commerciale tra committente e appaltatore.

Non solo. In questo quadro la posizione del committente, rispetto ai dipendenti del subappaltatore, risultava gravata non di una responsabilità solidale che poteva essere fatta valere direttamente dal lavoratore interessato bensì solo di un onere di controllo sanzionato in via amministrativa con una pena pecuniaria di importo alquanto elevato e soprattutto caratterizzata per una ampiezza francamente esorbitante del *range* edittale, pure tenendo conto della necessità di considerare il diverso possibile valore dell'operazione di appalto rispetto alla quale la sanzione avrebbe dovuto essere applicata.

A fronte di tali considerazioni il successivo intervento in materia, attuato con la legge finanziaria per il 2007, accompagnato dall'inerzia nell'adottare il provvedimento regolamentare sopra richiamato, sembra essere dettato dalla necessità di «correggere il tiro» e si segnala per una netta conferma della strada intrapresa dal legislatore del 2003.

La formulazione attuale dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, dispone infatti, come sopra anticipato (cfr. § 1.1.) che il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.

Non solo. La stessa legge finanziaria ha ulteriormente esteso l'ambito di applicazione della responsabilità solidale del committente con riferimento agli infortuni eventualmente occorsi al lavoratore in appalto. L'art. 1, comma 910, ha infatti introdotto, nell'art. 7, d.lgs. n. 626/1994, il comma 3-*bis*, a mente del quale «l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro» (vedilo, nella versione aggiornata con le modifiche apportate dalla finanziaria in  indice A-Z, voce *Appalto*).

Quanto al decreto Bersani risulta ad oggi, come sopra anticipato, non operativo per la mancata emanazione di un decreto ministeriale la cui effettiva adozione, attesa la perdurante inerzia dell'azione amministrativa e il superamento sostanziale delle norme in esame per effetto della disciplina sopravvenuta ad opera della legge finanziaria, sembrerebbe

dover essere improbabile (ma per una analisi dettagliata del contenuto delle disposizioni contenute nel decreto in esame e dei profili possibili di interazione rispetto a quanto disposto dalla legge finanziaria ove, infine, tali disposizioni divenissero operative, vedi la ricostruzione di P. CHIECO, *op. cit.*).

A fronte della analisi sopra svolta, rispetto al fenomeno sostanzialmente incontrollato degli appalti non genuini – che si caratterizzano proprio per l'assenza di una reale organizzazione di impresa utilizzata per l'esecuzione dell'appalto e che nascondono vere e proprie somministrazioni di lavoro – una soluzione quale quella adottata dal legislatore del 2003 e confermata in occasione della finanziaria per il 2007 appare particolarmente efficace in quanto si avvale delle logiche di mercato da una prospettiva di governo del fenomeno e di indirizzo della prassi applicativa.

Da questa prospettiva, si riduce inoltre la rilevanza pratica dei rimedi sanzionatori in senso stretto, il cui funzionamento presuppone un'attività di controllo e di accertamento, con l'auspicata possibilità per i servizi ispettivi e di vigilanza di concentrare la propria azione sulla repressione dei casi di più eclatante, e grave, illegalità.

Anche il quadro attuale mostra tuttavia un profilo di criticità con riferimento alla estensione del vincolo di solidarietà. Non convince infatti la scelta, operata dal legislatore del 2006, di estendere il beneficio della solidarietà non più solo ai lavoratori (e agli enti previdenziali) ma anche all'erario (cfr. art. 35, comma 34, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge, con modifiche, dalla l. 4 agosto 2006, n. 24, in [📖](#) indice A-Z, voce *Appalto*) consentendo così il concorso di un nuovo debitore con i soggetti a tutela dei quali il meccanismo stesso della solidarietà è stato introdotto ed è stato successivamente confermato. Tale scelta appare distorsiva dello strumento della solidarietà utilizzato per raggiungere fini ultronei e, segnatamente, far fronte alle esigenze della riscossione e della continuità del gettito con un ampliamento ingiustificato – in quanto non riconducibile né ad una istanza di tutela né ad una logica di corresponsabilizzazione rispetto all'utilizzo del lavoro altrui – della posizione di garanzia del committente.

A fronte della analisi sopra svolta si può quindi concludere che lo strumento della solidarietà, tenuto conto del grave rischio a cui espone l'impresa committente che non è sostanzialmente in grado di prevedere l'ammontare del debito al quale potrebbe essere esposta, dovrebbe indurre le imprese stesse a superare, nella scelta dei propri partner commerciali, logiche di mero risparmio sui costi, per accedere, invece, a criteri di solidità, affidabilità e controllo sulla qualità dei processi (una via alta, dunque, per incentivare la competitività delle imprese italiane; ma per una diversa opzione interpretativa del regime in esame, concentrata, rispetto alla analisi sopra svolta, sul venir meno del vincolo, tutto formalistico e di ridotta applicazione pratica, relativo alla parità di trattamento negli appalti endoaziendali, vedi, per tutti, F. SCARPELLI, *Sub art. 29*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, qui 437).

L'opzione, poi, di accordare rilevanza, nel configurare la responsabilità del committente, a tutta la filiera degli appalti può anche essere interpretata come un incentivo indiretto per il committente a valorizzare lo strumento contrattuale per individuare tutte le possibili cautele al fine di garantire la propria posizione giuridica rispetto a quella dell'appaltatore: si pensi a possibili clausole penali, assicurazioni integrative, clausole limitative del ricorso al subappalto che, al limite, impongano all'appaltatore di far partecipare il committente ai processi di selezione di eventuali subappaltatori.

Si evidenzia così, accanto all'obiettivo primario di tutelare i lavoratori e contrastare, seppure con incentivi indiretti, il lavoro nero e irregolare, un ulteriore obiettivo di politica del diritto che caratterizzava, invero, il complessivo impianto regolatorio della riforma del mercato del lavoro del 2003: valorizzare il diritto del lavoro non solo quale strumento di tutela ma anche quale occasione per promuovere un innalzamento degli standard quali-

tativi delle organizzazioni di impresa sostenendo, quanto al governo dei processi di esternalizzazione, logiche di rete e di effettiva specializzazione produttiva.

Nel quadro sopra delineato, inoltre, il «contratto», come fonte più prossima di regolamentazione e programmazione della relazione commerciale tra le imprese, può assumere un ruolo di rinnovato interesse per le prospettive che si aprono all'autonomia delle parti non di derogare al precetto legale ma di intervenire per governarne gli effetti sulla propria relazione giuridica.

1.4. Come sopra anticipato anche per la certificazione dei contratti di appalto è possibile individuare una chiave di lettura che riconduca l'istituto della certificazione agli strumenti di contrasto al lavoro nero e soprattutto irregolare.

Come lo strumento della solidarietà negli appalti sollecita le imprese committenti a selezionare partner contrattuali solidi e affidabili per evitare gli effetti derivanti dalla responsabilità per i debiti retributivi e previdenziali, così la certificazione dei contratti di lavoro e di appalto persegue un innalzamento degli standard di correttezza e di qualità dei processi organizzativi di impresa attraverso un utilizzo consapevole degli strumenti contrattuali.

Invero, ad una prima analisi della disciplina, la certificazione potrebbe essere considerata uno strumento con un'intrinseca valenza sanzionatoria, di contrasto al lavoro nero o irregolare: un provvedimento di diniego emesso a fronte di una istanza di certificazione equivale, infatti, da un punto di vista sostanziale, ad una attestazione, particolarmente qualificata, della irregolarità del contratto. Con riferimento al contratto di appalto questo profilo è ancora più grave se si considera, come sopra evidenziato, che la possibilità di certificare i singoli contratti, non strettamente di lavoro, è stata introdotta nell'ordinamento proprio allo scopo di favorirne la distinzione rispetto alla ipotesi di somministrazione/interposizione, un crinale lungo il quale corrono fattispecie di rilevanza penale e con conseguenze potenzialmente dirompenti sul piano della imputazione soggettiva dei rapporti di lavoro. Un effetto per così dire di «emersione» che troverebbe pieno riscontro nel fatto che – a fronte degli effetti tipici della procedura e, segnatamente, dell'opponibilità ai terzi del provvedimento di certificazione fino ad un eventuale provvedimento contrario emesso in sede giurisdizionale – l'intervenuta presentazione dell'istanza è oggetto di comunicazione obbligatoria, da parte della Commissione adita, alla Direzione provinciale del lavoro e, tramite questa, a tutti gli altri soggetti pubblici interessati.

Ove una prospettiva di questo tipo fosse ritenuta esaustiva della finalità dell'istituto, ne verrebbe tuttavia completamente obliterata una caratteristica fondamentale e cioè la natura volontaria del procedimento. Si giungerebbe, così, a compromettere la possibilità stessa che la certificazione riscuota un qualsiasi successo tra gli operatori, atteso il rischio che la procedura sia interpretata come una mera pratica burocratica, nel caso di esito positivo, ovvero, in caso provvedimento negativo, alla stregua di una «autodenuncia» di ricorso al lavoro irregolare da parte degli stessi soggetti istanti.

Per contro, maggiormente convincente, e coerente con l'obiettivo fondamentale di contrastare il lavoro nero e irregolare, appare una ricostruzione dell'istituto e della relativa procedura che riservi piena valorizzazione alla competenza, pure attribuita dalla legge alle Commissioni di certificazione, di assistere e consigliare le parti circa lo strumento contrattuale da utilizzare per regolare, nel modo giuridicamente più opportuno, la propria relazione commerciale o di lavoro.

Nel contesto di questa attività, infatti, l'ente di certificazione può svolgere un'attività promozionale non tanto di un rispetto astratto e formale della legalità quanto di un corretto e consapevole utilizzo dello strumento giuridico.

Non occorre scomodare l'analisi economica del diritto per ricordare che una delle utilità fondamentali delle regole giuridiche nell'ambito dei rapporti governati dall'autonomia privata è quella di assolvere, per le parti, alla funzione di un modello standard di riferi-

mento per il governo delle proprie relazioni economiche, utile a ridurre i c.d. costi transattivi tanto nella fase di stipulazione del contratto quanto dalla prospettiva di un possibile contenzioso.

Da questo punto di vista l'attività della Commissione non mostra alcun profilo di sovrapposizione con la attività di carattere giurisdizionale in senso tecnico: non mira tanto a sanzionare, qualificare, discernere, decidere, quanto piuttosto a sostenere, spiegare, illustrare, promuovere la applicazione corretta della disciplina legale. Un'opportunità, questa, che si qualifica in relazione ai soggetti cui l'ordinamento ha attribuito il ruolo di enti di certificazione e che potrà avere tanto più riscontro quanto, da un lato, le Commissioni si mostreranno disponibili a valorizzarla e, dall'altro, l'istituto troverà diffusione e applicazione sempre più generalizzata.

Di tutto quanto sopra osservato l'esperienza della certificazione dei contratti di appalto costituisce una specifica e rilevante occasione di riscontro per due motivi essenziali:

- consente di far fronte alle incertezze applicative della distinzione tra interposizione e appalto;
- assolve, quando anche l'appalto sia sin dall'origine genuino, alla funzione di valorizzare lo strumento contrattuale, tanto nella fase di definizione dei contenuti del programma negoziale per attuare, sul piano dell'autonomia privata, la regolazione legale dell'istituto (affinché siano inseriti nel contratto specifici strumenti di effettività degli obblighi e delle responsabilità previste dalla legge), quanto, nella fase esecutiva della prestazione, come punto di riferimento per gli imprenditori, al fine di evitare che profili di interposizione possano evidenziarsi per una, anche non voluta, difformità tra rapporto e contratto certificato (si pensi allora all'opportunità di inserire nel contratto clausole specifiche contenenti obblighi di informazione verso il committente relativamente alle modalità concrete di amministrazione dei rapporti di lavoro e all'intervenuto adempimento dei relativi obblighi, penali in caso di specifiche ipotesi di inadempimento oppure obblighi di stipulare assicurazioni integrative per i danni occorsi ai terzi e soprattutto ai lavoratori nella esecuzione dell'appalto).

Si coglie così l'ulteriore opportunità di rivolgersi ad una Commissione che si presenta neutra rispetto agli interessi delle parti e, per la competenza specifica dei membri che la compongono, si fa portatrice, nel caso dell'appalto, della ampia elaborazione giurisprudenziale relativa alla interposizione nei rapporti di lavoro: non solo e non tanto in una funzione di una operazione qualificatoria astratta, quanto piuttosto per il patrimonio, prezioso, che tale elaborazione rappresenta rispetto all'analisi giuridica dei diversi modelli organizzativi di impresa di volta in volta sottoposti all'attenzione della giurisprudenza.

L'alternativa tra somministrazione, secondo il modello legale di cui al d.lgs. n. 276/2003, e appalto è così considerata non più a posteriori, da una prospettiva patologica dei rapporti, ma a priori, al momento della scelta operata dalle parti circa le modalità di regolazione della loro relazione giuridica.

Ove l'impresa, a seguito della analisi delle proprie esigenze e della propria organizzazione, necessiti di un servizio suscettibile di autonoma valutazione, idoneo a rappresentare, per come si configura, una distinta utilità per il committente, lo strumento più adeguato potrà essere l'appalto da stipulare con un soggetto realmente imprenditoriale che dimostri di avere la professionalità, le competenze e la struttura organizzativa (capitale fisso, *know how*, manodopera) per la realizzazione diretta di tale utilità. Il committente, da questa prospettiva, potrà conseguire direttamente l'utilità oggetto del contratto avendo preferito perdere il controllo sulla fase esecutiva della prestazione per esternalizzare la relativa organizzazione nonché il rischio derivante dalla mancata esecuzione della stessa.

Per contro, ove l'impresa preferisca mantenere direttamente il controllo sulla fase esecutiva della attività, ma necessiti comunque di manodopera con adeguate competenze professionali, ovvero, più in generale, debba far fronte ad un'esigenza oggettiva della propria

organizzazione, strumento più adeguato risulta essere la somministrazione di lavoro effettuata da un soggetto autorizzato.

La scelta dell'uno o dell'altro tipo contrattuale non può in ogni caso prescindere dalla piena consapevolezza della regolamentazione giuridica, per alcuni profili inderogabile, che l'ordinamento prevede per il ricorso ai due istituti: una regolamentazione giuridica che costituisce il contesto entro cui le parti potranno muoversi per individuare l'assetto migliore dei reciproci interessi.

Lo scenario sopra delineato potrebbe risultare condizionato da una esperienza che tiene conto dei profili evolutivi del fenomeno degli appalti (certamente sono «pionieri» i primi soggetti che hanno proposto istanze di certificazione aventi ad oggetto contratti di appalto) e potrebbe essere, quindi, ritenuto lontano dal dato reale circa l'abuso degli appalti di servizi, che nascondono vere e proprie somministrazioni di lavoro a basso costo, così come poco consapevole delle problematiche specifiche di alcuni settori (edilizia, pulizie, *facility management*).

Le modifiche apportate nel corso del 2006 alla disciplina degli appalti, tuttavia, sembrano aver in qualche modo contribuito a rendere questo scenario maggiormente prossimo. L'ampliamento del vincolo di solidarietà, tanto con riferimento all'ammontare del debito (anche nei confronti dell'erario) quanto con riferimento al numero dei soggetti garantiti (tutti i lavoratori che eseguano la prestazione per l'esecuzione dell'appalto anche se alle dipendenze di eventuali subappaltatori), ha configurato l'appalto come uno strumento molto più oneroso e rischioso di quanto non fosse in precedenza. Questa mutata condizione potrebbe a sua volta determinare, con un esito verosimilmente non cercato dal legislatore del 2006, un rinnovato interesse per la somministrazione di lavoro e, in particolare, per lo *staff leasing* che, introdotto nel 2003 come evoluzione del lavoro interinale e della somministrazione temporanea in concorrenza proprio con l'appalto di servizi ma caratterizzato da un più elevato standard di tutela per i lavoratori, ha sino ad ora scontato la diffidenza culturale verso l'istituto e, soprattutto, dal lato delle imprese, il costo maggiore derivante dal vincolo della parità di trattamento con i lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Chiara Bizzarro

Assegnista di ricerca – Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi»
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Apprendistato

Note sulla sperimentazione dell'apprendistato professionalizzante nel settore commercio e terziario in Lombardia

Sommario: 2.1. Quadro normativo di riferimento. – 2.2. I dati relativi alla sperimentazione nella provincia di Milano. – 2.3 La procedura per il ricorso all'apprendistato professionalizzante in Lombardia e la proroga della sperimentazione.

2.1. A due anni e mezzo dal suo avvio operativo, inaugurato dal Ccnl Terziario del 2 luglio 2004 (in  indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva (banca dati)*) il percorso dell'apprendistato professionalizzante è stato tutt'altro che lineare (per una ricostruzione vedi i contributi raccolti in *q. Rivista*, alla voce *Apprendistato* di *q. Osservatorio*, a partire dal 2005).

Nell'ambito di tale vicenda sembra anzi opportuno ricordare che proprio le modalità di avvio dell'istituto per il tramite del rinnovo contrattuale applicabile ai dipendenti delle aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi risultarono particolarmente contro-

verse e oggetto di aspre critiche e questo nonostante la centralità della flessibilità come strumento per ridare slancio all'occupazione e nonostante il fatto che si trattasse del primo intervento dell'autonomia collettiva volto a recepire elementi innovativi introdotti dalla riforma Biagi e dal suo decreto attuativo (cfr., sul punto, M. BERNASCONI, *Brevi note sul modello lombardo di sperimentazione dell'apprendistato professionalizzante nel settore del Terziario della Distribuzione e dei Servizi*, in *q. Rivista*, 2005, 839).

Eliminati per legge i contratti di formazione e lavoro, quello dell'apprendistato professionalizzante si è rivelato uno strumento prezioso per le aziende e per i giovani. Rispetto al cosiddetto «Pacchetto Treu», rimasto applicabile fino al rinnovo del Ccnl, con il nuovo apprendistato professionalizzante si possono assumere giovani fino a 30 anni non ancora compiuti. Un ampliamento di fascia d'età, rispetto ai 24 anni previsti dalla precedente normativa sopra ricordata, che ha «spalancato» le porte del mondo del lavoro ad un elevato numero di giovani laureati. E se è vero che le aziende risparmiano in termini contributivi, è altrettanto vero che l'opportunità di entrare nel mondo del lavoro è elemento determinante nella vita di ciascuno.

Con l'apprendistato professionalizzante, così come disciplinato dal Ccnl Terziario, vengono anche stabilite la durata minima e massima utilizzabile, in funzione del livello contrattuale finale da conseguire. Si va dai 24 mesi per apprendisti che termineranno il loro percorso con una qualifica di VI livello, ai 48 mesi per i livelli più alti, dal IV al II. Il contratto di apprendistato professionalizzante, non è poi ovviamente applicabile per i livelli I e Quadro, i quali richiedono già ampie conoscenze professionali.

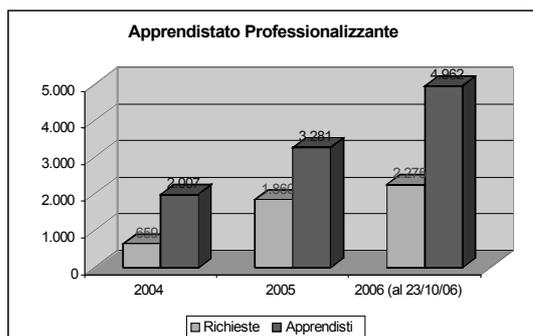
Altra differenza importante rispetto alla precedente normativa riguarda le ore di formazione. Se l'obbligo di 120 ore di formazione all'anno è rimasto invariato, è invece completamente mutata la configurazione della responsabilità dell'imprenditore. Se prima era compito della Provincia programmare l'offerta formativa chiamando l'apprendista a seguire le iniziative di formazione, sollevando così l'imprenditore da ogni responsabilità qualora l'offerta non fosse formalmente erogata, con il nuovo sistema è l'imprenditore stesso che deve attivarsi e che risponde dell'obbligatorietà del percorso formativo. Ciò comporta, in caso di insufficiente od omessa formazione, un duplice profilo di rischio per l'azienda. Da una parte, una responsabilità amministrativa a fronte della quale si potrebbe ritenere invalido il contratto di apprendistato con la conseguenza di dover corrispondere la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale di destinazione finale, maggiorata del 100% a titolo di sanzione. Dall'altra, una responsabilità nei confronti del lavoratore che potrebbe ottenere, in sede giurisdizionale, il riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dall'origine nonché il c.d. danno da mancata formazione.

Sono comunque ammessi periodi di formazione «*on the job*», purché ciò non si traduca in una semplice assegnazione di compiti senza reale apprendimento.

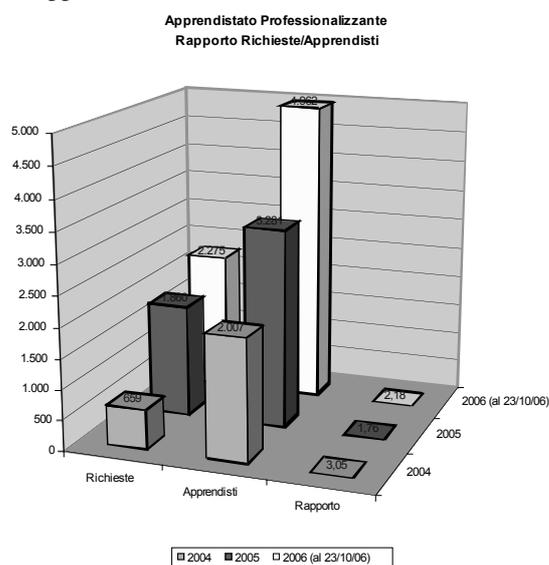
Altro punto di fondamentale importanza nella nuova disciplina è costituito dal ruolo attribuito ai c.d. tutor aziendali e conseguentemente il tema legato alla formazione degli stessi. Tali soggetti devono oggi essere qualificati a mezzo di corsi di formazione tenuti da enti autorizzati nell'ambito dei quali i soggetti identificati come «tutor» devono apprendere non solo la disciplina legale del rapporto di apprendistato, ma anche le modalità di erogazione della formazione interna all'azienda, i rapporti da mantenere con l'apprendista e tutti gli adempimenti, anche di ordine burocratico, che devono precedere la stipulazione del contratto e lo svolgimento del rapporto.

La nuova normativa ha pertanto previsto che il soggetto che segue l'apprendista nel suo percorso di formazione interno all'azienda sia un soggetto qualificato non solo dal punto di vista professionale, ma anche da quello formale. In tale ottica, appare rilevante anche il dato relativo alla richiesta di corsi di formazione per «tutor», che è stata particolarmente elevata nell'ambito del settore commercio in Lombardia.

2.2. Soggetto incaricato di valutare le richieste delle aziende è, per il Ccnl Terziario, l'Ente bilaterale provinciale di riferimento. Significativi sono i dati forniti da EBiTer Milano, che ha competenza per la Provincia di Milano, che ha visto crescere costantemente il numero di richieste per assunzione con contratto di apprendistato professionalizzante: dai 200 apprendisti richiesti nel 2004, si è passati a 3.300 nel 2005 e a 5.800 nella prima settimana di dicembre 2006 (cfr. grafico che segue).



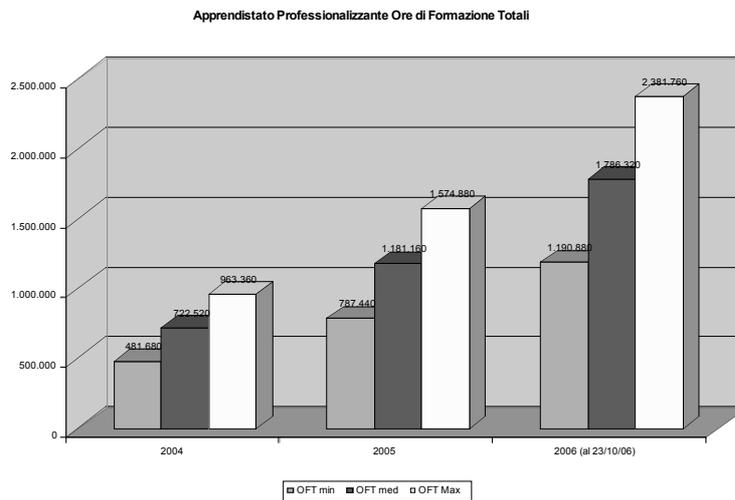
Se è pur vero che si tratta di richieste cui devono poi seguire le assunzioni, ci si rende subito conto della mole impressionante di ore formative che devono essere erogate, tanto più che generalmente ogni richiesta è relativa a 2 apprendisti di modo che si può ipotizzare che molte richieste troveranno piena applicazione (cfr. grafico che segue relativo alla rapporto tra richieste e apprendisti effettivamente assunti).



Solo per il 2006, se andassimo a calcolare le ore di formazione totali nell'ipotesi che tutti gli apprendisti richiesti fossero assunti e che a tutti venisse applicata una durata di 48 mesi, otterremmo che nel periodo 2006-2010 dovrebbero essere erogate 2.382.000 ore di formazione. Seguendo lo stesso calcolo, a queste cifre dovrebbero essere sommate 1.575.000 ore di formazione per gli apprendisti assunti nel 2005 e 970.000 ore di forma-

zione per quelli assunti nel 2004.

Ragionando per assurdo e volendo considerare tutti gli apprendistati di durata minima pari a 24 mesi, le cifre sopra esposte andrebbero dimezzate, rimanendo comunque impressionanti (cfr. grafico che segue).



2.3. L'azienda interessata ad assumere con contratto di apprendistato professionalizzante – ad esempio, nella Provincia di Milano –, presenta richiesta all'Ente bilaterale allegando il profilo formativo della persona cercata. Si tratterà di un profilo formativo tra quelli definiti dall'Isfol, oppure di un profilo approvato dal Gruppo Tecnico Regionale. Il profilo formativo definisce la ripartizione delle ore di formazione in funzione dei contenuti di base e contenuti specifici per la mansione richiesta. Ottenuta l'approvazione da parte della commissione dell'Ente bilaterale, l'azienda ha 90 giorni di tempo per procedere alla selezione ed all'assunzione di apprendisti nel numero massimo riportato nella richiesta. Assieme alla lettera di assunzione, l'azienda dovrà consegnare all'apprendista il Piano formativo individuale dove sono esplicitate specificatamente le attività formative preventivamente individuate nel profilo formativo.

Ultimo documento da redigere, ma non meno importante, è il Piano individuale di dettaglio, predisposto dopo l'incontro dell'apprendista con il suo *tutor*, figura, come si è detto, essenziale e vera e propria «guida» del lavoratore durante tutto il periodo di formazione. Quest'ultimo documento entra appunto nel dettaglio sia rispetto alle tematiche da trattare che alle ore di formazione necessarie.

Al termine del percorso, all'apprendista sono riconosciuti dei crediti formativi. Su questo punto non ci sono però ancora linee chiare e definite a livello regionale.

Da ultimo è da sottolineare che il particolare successo ottenuto dalla sperimentazione di cui si discute ha portato, in data 10 gennaio 2007, alla stipulazione, tra la Regione Lombardia e le parti sociali (Unione del commercio, Cgil, Cisl e Uil), di un accordo di proroga del Protocollo di intesa siglato in data 10 gennaio 2005 (rispettivamente in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 1, e in [indice A-Z](#), voce *Apprendistato*). Tale proroga è stata stabilita con termine finale al momento in cui la Regione Lombardia avrà dato piena attuazione all'art. 22 della l.r. 28 settembre 2006 (in [indice A-Z](#), voce *Mercato del lavoro*), e ciò ferma restando la validità dei contratti di apprendistato stipulati fino a tale data.

Maurizio Bernasconi

Avvocato del Foro di Varese – Realini & Bernasconi avvocati associati

2. Apprendistato (*segue*)

Un'intesa sull'apprendistato tra Regione Emilia Romagna, Direzione regionale del lavoro, Inps e Inail

2.4. L'obiettivo dell'intesa, firmata a Bologna il 12 marzo 2007 dall'assessore regionale al lavoro, Paola Manzini, e dai direttori della Direzione regionale del lavoro, Patrizio De Robertis, della Direzione regionale Inps, Sergio De Simone, e della Direzione regionale Inail, Francesco Barela (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 12), è quello di rendere disponibili, in un unico sistema, tutte le informazioni raccolte sui contratti di apprendistato attivati nel territorio regionale, consentendo in tal modo a ciascuno dei firmatari, per le proprie specifiche competenze, di verificare l'effettiva erogazione della formazione ai lavoratori assunti come apprendisti. L'accordo muove infatti dalla necessità di promuovere, a tutti i livelli coinvolti, gli strumenti per garantire un rispetto diffuso dell'obbligo formativo che costituisce requisito fondamentale del contratto di apprendistato: come noto, infatti, a fronte della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), a fronte della instaurazione di ogni contratto di apprendistato deve essere predisposto un piano formativo individuale (pfi), della cui attuazione è responsabile il datore di lavoro il quale è altresì tenuto, per tutta la durata del contratto, a erogare effettivamente all'apprendista la prescritta formazione professionale.

Con riferimento poi alla regolamentazione adottata nella Regione Emilia Romagna con la l. n. 17/2005 (in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 30, e per un commento generale vedi P. TIRABOSCHI, *Apprendistato professionalizzante in Emilia Romagna: tra regolamentazione regionale e contrattazione collettiva*, in *q. Rivista*, 2006, n. 1, 207) il percorso formativo in apprendistato deve portare il lavoratore a conseguire le competenze proprie di una delle qualifiche individuate dal Sistema regionale delle qualifiche (Sqr).

In concreto, pertanto, mediante l'intesa in esame la Regione si impegna a fornire alla Direzione regionale del lavoro, all'Inail e all'Inps tutte le informazioni in suo possesso sui contratti di apprendistato attivati, sui datori e i prestatori di lavoro coinvolti, nonché sul conferimento da parte dei datori di lavoro medesimi di incarichi a soggetti gestori di attività formative tra quelle contenute nel catalogo dell'offerta formativa regionale.

Ciò si realizza consentendo agli enti firmatari il libero accesso al portale web regionale, con la possibilità di selezione e utilizzo delle informazioni in esso contenute.

La Regione s'impegna inoltre a comunicare alla Direzione regionale del lavoro, all'Inail e all'Inps i riscontri e gli esiti dei monitoraggi quantitativi e qualitativi svolti in applicazione di disposizioni concernenti l'accesso alla formazione finanziata dall'Unione Europea e contenuta nel «catalogo dell'offerta formativa regionale».

Anche la Direzione regionale del lavoro metterà a disposizione le informazioni in suo possesso sui contratti di apprendistato stipulati, in modo da consentire la verifica di carenze o contraddittorie comunicazioni da parte dei datori di lavoro. Inoltre, con l'intesa in esame la stessa Drl si impegna a comunicare alla Regione i riscontri e gli esiti delle diverse attività svolte (non solo di tipo ispettivo e relative a procedimenti sanzionatori) connesse con l'adempimento dell'obbligo formativo da parte delle imprese che hanno assunto apprendisti.

L'Inps, a propria volta, fornirà, ogniqualvolta richiesto, il dato relativo al numero degli apprendisti, come emerso dai modelli DM10.

Tutti gli enti che aderiscono all'intesa, infine, si sono impegnati a partecipare ad incontri periodici che verranno organizzati per ricordare le politiche comuni in materia di apprendistato e coordinare la gestione dell'intesa stessa, e, in generale, per confrontare i dati comuni e diffondere tra i funzionari addetti alla vigilanza la conoscenza completa delle

regole definite dalla Regione, per quanto di competenza, in materia di formazione in apprendistato.

Maurizio Pozzi

Dirigente Regione Emilia Romagna – già Direttore dell'Agenzia Emilia Romagna Lavoro

3. Dirigenti

Dirigenti industriali in stato di disoccupazione e formule contrattuali di sostegno al reddito

Sommario: **3.1.** Una soluzione contrattuale articolata ed innovativa. – **3.2.** Il contesto normativo. – **3.3.** Il ruolo integrativo della contrattazione decentrata.

3.1. L'accordo tra Confindustria e Federmanager del 24 novembre 2004 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 46; per un primo commento cfr. A. CORVINO, *I rinnovi dei ccnl dirigenti*, 2005, n. 2, qui § 3.1), di rinnovo sia della parte economica che normativa del Ccnl per «dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi», ha completamente ridisciplinato i rapporti tra funzioni manageriali e sistema delle imprese, operando un'ampia revisione della complessa articolazione normativa che regola l'esplicazione dei ruoli aziendali contraddistinti «da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere disciplinare [...] al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa» (art. 1, comma 1). Si tratta di un'intesa condivisa solo al termine di confronti non agevoli, procrastinati lungamente ed alla cui risoluzione ha contribuito anche l'adozione di un procedimento dialettico basato su approssimazioni successive, ovvero una concatenazione di accordi programmatici e rinvii a successivi confronti, finalizzati a realizzare, a regime, un sinallagma tra maggiore flessibilità retributiva, da un lato, e un nuovo sistema di tutele, dall'altro. Ne sono derivati la valorizzazione degli emolumenti retributivi legati al raggiungimento di obiettivi (oggetto di monitoraggio congiunto, ad opera di un osservatorio permanente istituito con intesa del 15 giugno 2005, attuativo della nota di intenti posta in premessa al Ccnl), il riadeguamento dei regimi assicurativi e dei trattamenti previdenziali ed assistenziali, gravanti su Fasi e Previdai, nonché la introduzione di nuovi istituti di sostegno al reddito individuale nei periodi di non lavoro.

Più dettagliatamente, la ratifica dell'accordo di rinnovo è stata preceduta dal verbale del 21 settembre 2004, che oltre ad anticipare i contenuti del successivo testo contrattuale ha agevolato, per la sua formulazione schematica, l'interpretazione autentica della volontà delle parti sottoscrittrici, chiarendo *ex ante* il complicato sistema di equilibri finali ipotizzato, destinato ad acquisire evidenza solo al termine di un processo normativo basato sull'intervento di gruppi di lavoro paritetici incaricati di elaborare e condividere successive intese integrative. Pertanto la sostituzione del minimo tabellare con il nuovo TMCG – trattamento minimo complessivo di garanzia, non soggetto al consueto procedimento incrementale correlato all'andamento inflazionistico, ispirato al Protocollo interconfederale del 23 luglio 1991, peraltro non sottoscritto da Federmanager – e la soppressione degli aumenti di anzianità (ad eccezione di uno specifico regime temporaneo di ultrattività dell'istituto, di cui potrà fruire solo il personale già in forza con qualifica dirigenziale alla data di sottoscrizione dell'accordo di rinnovo) hanno rappresentato, stante la loro immediata applicabilità, il primo ma non l'unico né il prevalente effetto del tentativo contrattuale di riformulare la natura stessa del rapporto dirigenziale. Solo una visione di insieme dei confronti che hanno gradatamente composto il rinnovo del Ccnl permette infatti di comprendere un approccio che, confermando la tendenziale capacità di autoregolamentazione dei rapporti economici e normativi tra imprese e lavoratori con funzioni direttive,

ha introdotto anche ulteriori tutele compensative. Tra queste emerge, per il rilievo assunto in sede di trattativa, un nuovo sistema contrattuale di integrazione dell'indennità di disoccupazione ordinaria di cui al r.d.l. n. 1827/1935. Il trattamento di disoccupazione – che rappresenta notoriamente l'unico ammortizzatore fruibile dal personale con ruolo manageriale, non potendosi applicare, per vincolo legale, né la CIGO, né la CIGS, né la procedura di mobilità disciplinata dalla l. n. 223/1991, seppure finanziata anche da versamenti previdenziali gravanti sulla retribuzione dei dirigenti – era infatti di per sé palesemente inadeguato poiché, trattandosi di un'erogazione soggetta ad un massimale unico per tutte le categorie legali di inquadramento (operai, impiegati, quadri e dirigenti), in conseguenza della maggiore retribuzione percepita il personale inserito negli organigrammi aziendali in posizioni elevate ovviamente risulta, in proporzione, maggiormente penalizzato.

In particolare, con accordo del 27 luglio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 44) Confindustria e Federmanager hanno previsto la costituzione di un apposito fondo finalizzato all'integrazione dell'indennità succitata, alimentato inizialmente dalle risorse rese disponibili dalla liquidazione del Fipdai (fondo istituito da Confindustria, Intersind, Asap e Fndai con accordo sindacale del 13 aprile 1981 per integrare le pensioni erogate dall'Inpdai ai dirigenti di aziende industriali) e da un contributo di avvio a carico delle imprese, pari a 100 euro lordi annui per ogni dirigente in servizio. Al termine di un periodo di sperimentazione, che si concluderà il 31 dicembre 2008, gli oneri menzionati saranno sostituiti da una contribuzione a carico sia delle imprese che dei dirigenti. Il sistema consente quasi di triplicare il trattamento di disoccupazione dei dirigenti (attualmente, per le ragioni sopra esposte, di poco superiore a 900 euro lordi mensili) elevandolo di ulteriori 1.500 euro lordi mensili, per una durata di 6, 7 o 12 mesi in dipendenza della anzianità anagrafica del percettore e della procrastinazione oltre il termine del 31 dicembre 2006 degli effetti della l. n. 80/2005, che ha introdotto una parziale e temporanea estensione della durata dei trattamenti di disoccupazione.

Si consideri poi che il mancato completamento del processo di riforma del mercato del lavoro, nella parte relativa alla tutela del reddito individuale nei periodi di disoccupazione, dovuto alla sospensione del dibattito parlamentare sul sistema degli ammortizzatori sociali (confluito nel ddl n. 848-*bis*, tuttora inespreso), ha comportato l'attivazione di un percorso contrattuale alternativo, previsto dalla dichiarazione a verbale inserita in calce all'art. 15 del Ccnl. Si tratta dell'estensione ai casi di insolvenza datoriale – dovuta a cessazione dell'impresa od a sottoposizione a procedura concorsuale o comunque a sopravvenuta non assoggettabilità all'esecuzione – del diritto alla copertura delle spese sia per i gradi di giudizio relativi ai «procedimenti civili e penali relativi a fatti direttamente connessi all'esercizio delle funzioni attribuite al dirigente», sia per la conseguente responsabilità civile verso terzi. A tal fine, con accordo datato anch'esso 27 luglio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 44) si è provveduto ad attivare uno specifico strumento contrattuale volto a realizzare le coperture in parola e in forza del quale, dopo una fase transitoria della durata di un biennio, si potrà procedere alla riscossione dei contributi a carico delle imprese, raccolti con modalità oggetto di successive intese. Peraltro, l'operatività dell'intervento è subordinata alle modifiche statutarie e regolamentari del Fasi, «che saranno apportate nell'ambito della istituzione della Gestione Separata per il sostegno al reddito dei dirigenti involontariamente disoccupati».

I due citati accordi appaiono quindi informati alla medesima finalità, consistente nell'agevolare i processi di ricollocazione del personale con qualifica dirigenziale involontariamente disoccupato.

Si tratta di un tema già oggetto di specifiche discipline legislative, tra cui rileva l'art. 20 della l. n. 266/1997, che attribuisce alle imprese con meno di 250 dipendenti ed ai consorzi di esse, qualora assumano – anche con contratto di lavoro a termine – dirigenti privi

di occupazione, un contributo pari al 50% della contribuzione complessiva (quota datori di lavoro e lavoratori) dovuta agli istituti di previdenza, per una durata non superiore a 6 mesi, purché l'intervento sia operato in base a convenzioni tra associazioni datoriali, confederazioni sindacali dei dirigenti e centri per l'impiego. Tuttavia, alcune differenze caratterizzano le nuove forme di tutela, diversificandola da esperienze pregresse: la ampiezza della portata applicativa, non limitata all'ambito delle PMI, nonché la sostituzione di un sistema premiale rivolto al datore di lavoro subentrante con un ammortizzatore sociale di tipo diretto, che interviene a garanzia della conservazione del trattamento economico del dirigente gravando inizialmente solo sul sistema delle imprese e, nella fase a regime, parzialmente anche sul personale dirigenziale. La copertura dei maggiori oneri indotti da tale approccio è ricercata, in prospettiva, nello storno dei versamenti per l'indennità di mobilità, in quanto le parti hanno confermato «il proprio impegno affinché Governo e Parlamento emanino un provvedimento legislativo volto a destinare a favore dei dirigenti il contributo dello 0,30% attualmente versato dalle imprese all'Inps».

3.2. Le ragioni che hanno comportato l'adozione delle formule contrattuali succitate, volte a favorire i processi di reinserimento al lavoro del personale con qualifica di dirigente, integrando la l. n. 266/1997, possono essere in certa misura ricondotte – oltre che all'esito dei rituali tatticismi e tecnicismi caratterizzanti il processo negoziale – all'evoluzione già prodottasi nel contesto normativo entro cui tali formule risultano inserite, e particolarmente alla disciplina ed alla prassi applicativa di alcuni istituti complementari.

Si tratta innanzitutto dell'avvenuta progressiva disapplicazione *de facto* del modello di flessibilità in uscita definito dal Ccnl di categoria, integrativo del criterio di libera recedibilità operante ai sensi dell'art. 2118 c.c. Infatti, non potendo estendere *tout court* ai dirigenti la tutela, prevista dalla l. n. 604/1966 per le altre categorie di prestatori di lavoro, vale a dire la necessaria sussistenza di una giusta causa o giustificato motivo per legittimare gli atti risolutivi unilaterali, la parte normativa dell'intesa del 24 novembre 2004 ha nuovamente confermato, al fine di non precludere la stabilità del rapporto, l'obbligo contrattuale di motivazione di eventuali licenziamenti individuali (art. 22), nonché la perdurante vigenza della tutela sindacale prevista dalla parte V. Si tratta, con riferimento a quest'ultima, della opportunità di ricorso, facoltativo, quindi, ad uno specifico collegio arbitrale (art. 19), incaricato di valutare l'applicazione di un'indennità supplementare alle spettanze contrattuali di fine lavoro, qualora il provvedimento datoriale risulti immotivato. La debolezza intrinseca di tale formulazione, totalmente autoreferenziale in quanto priva di una qualche forma di cogenza legislativa che ne agevoli l'applicazione, ha sovente prodotto – è esperienza diffusa in molti territori, nota agli operatori d'impresa – la non esperibilità della procedura collegiale, per carenza di interesse di entrambi od anche di uno solo dei soggetti coinvolgibili attesa la possibilità di adire, comunque, in alternativa il giudice del lavoro per ottenere l'indennità in esame. La ricorrenza di tali situazioni ha indotto infatti le stesse parti contrattuali ad inserire una dichiarazione a verbale, in calce all'art. 19 del Ccnl, per confermare «la permanente validità della disciplina contrattuale [...] volta, in via principale, a favorire la conciliazione tra azienda e dirigente» precisando – con formula che implicitamente riconosce la sussistenza di prassi difformi – l'impegno delle parti «a svolgere nei confronti dei rispettivi rappresentati ogni opportuna ed utile iniziativa e azione affinché, nel caso di cui sopra, si avvalgano della disciplina prevista dal presente articolo». In realtà, il dettato contrattuale prevedrebbe la possibilità che sia il tentativo di conciliazione da parte del collegio arbitrale sia, nell'ipotesi di esito infruttuoso di questo, la successiva emanazione del lodo, si svolgano anche in contumacia del convenuto, consentendo quindi formalmente l'operatività del procedimento anche qualora la richiesta di attivazione provenga da un solo soggetto. Tuttavia la possibilità che una delle organizzazioni territoriali di rappresentanza, a cui è demandata l'istituzione del collegio, non provveda – ovviamente d'intesa con il proprio assistito – alla nomina

del componente di parte, provocando l'improcedibilità dell'intervento, rappresenta un elemento ostativo che può determinare di fatto la non operatività del modello ogniqualvolta difetti un mutuo interesse.

Peraltro, l'applicazione obbligatoria, in alternativa alla succitata procedura sindacale, del tentativo di conciliazione in sede pubblica (presso la competente Direzione provinciale del lavoro), disciplinato dal combinato disposto degli artt. 410 e 411 c.p.c., prodromico ad ogni eventuale ricorso in giudizio relativo a controversie di lavoro, non è scevro da analoghe problematiche operative. Infatti, l'assenza di precise indicazioni contrattuali in merito alla nozione di giustificato motivo riferibile al licenziamento dei dirigenti – non corrispondente a quella rinvenibile nelle disposizioni legislative riguardanti la tutela reale od obbligatoria del personale subordinato con diversa qualifica, stante la non assimilazione *ex lege* delle due fattispecie – non agevola il raggiungimento di intese deflative stragiudiziali. Inoltre, la giurisprudenza non sembra avere definito, sino ad ora, indirizzi sufficientemente precisi e costanti che possano consentire alle parti di valutare adeguatamente il reciproco contemperamento di interessi necessario a fini transattivi. A titolo esemplificativo, si consideri che la Corte di Cassazione, con sentenza 8 novembre 2005 n. 21673, ha ritenuto di restringere ai soli dirigenti c.d. «apicali» il regime di recedibilità *ad nutum*, demandando pertanto al giudice il compito di discriminare tra ambiti di applicazione/non applicazione della tutela di cui alla l. n. 604/1966, attraverso la ricostruzione della volontà delle parti all'atto della definizione dei contenuti del ruolo assegnato, formalmente dedotti nel contratto individuale regolante il rapporto. Tale orientamento, non ancora consolidatosi, aggiunge un ulteriore elemento di incertezza ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale, riferito ai criteri di valutazione della motivazione dei licenziamenti del personale con funzioni direttive, articolato ed instabile. Il conseguente maggiore rischio di protrazione dei contenziosi comporta, in particolare, la procrastinazione delle tutele economiche individuali previste dall'art. 19 al momento della conclusione della procedura giudiziaria, fortemente dilazionata dalle consuete tempistiche processuali.

Il quadro sopra delineato contribuisce quindi a giustificare la propensione, espressa dalla più recente contrattazione collettiva nazionale e segnatamente dalle intese del 27 luglio 2006, all'introduzione di forme di sostegno al reddito per i dirigenti in stato di disoccupazione che suppliscano alla carenza di formule di accompagnamento economico dei processi di ricollocazione sufficientemente rapide e condivise. Analoga finalità sembrano esprimere, seppure in ottica preventiva, anche le iniziative di formazione continua promosse da «Fondirigenti», associazione prevista dal Ccnl del 23 maggio 2000 e richiamata dall'art. 9 del Ccnl del 24 novembre 2004, che, attuando un rinvio contenuto nella l. n. 388/2000 (legge finanziaria 2001), tutela l'occupabilità delle funzioni manageriali, riqualificandole professionalmente.

Altre forme di tutela assimilabili si riscontrano poi nelle disposizioni dell'art. 14 del Ccnl, sul «trasferimento», e dell'art. 16 del Ccnl, sul «mutamento di posizione», del dirigente, che prevedono entrambe la possibilità di un trattamento pari all'indennità sostitutiva del preavviso spettante in caso di licenziamento con anche, nel primo caso, una indennità supplementare al trattamento di fine rapporto pari ad 1/3 del preavviso individuale maturato, qualora il rapporto stesso sia risolto entro 60 giorni.

Tuttavia, l'intesa nazionale più idonea ad evidenziare il tentativo, promosso dalle parti sociali, di contrattare percorsi che, attraverso un supporto economico temporaneo, facilitino i processi di ricollocazione al lavoro dei dirigenti in esubero, ammortizzando l'impatto del licenziamento, è forse rappresentata dall'accordo del 27 aprile 1995, riportato in allegato al vigente Ccnl. Si tratta della previsione di un'indennità supplementare al trattamento di fine rapporto, dovuta nell'ipotesi di risoluzione di contratti a tempo indeterminato disposta unilateralmente dal datore di lavoro in dichiarata conseguenza di uno stato aziendale di ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione, crisi, amministrazione

straordinaria, o liquidazione. La *ratio* della disciplina, oltre che nell'involontarietà dello stato di disoccupazione indotto in tali circostanze, è da ricercare anche nel rischio che si producano condizioni soggettive di forte disagio, per la criticità dei percorsi di reinserimento riscontrabili qualora le competenze dei dirigenti coinvolti siano incompatibili con le esigenze del mercato del lavoro. Tale obiettivo è desumibile da almeno tre elementi dell'accordo:

- a) il valore complessivo dell'indennità, che nell'ipotesi massima è pari a 17 mensilità di retribuzione lorda. Si tratta quindi di un percorso di accompagnamento economico di medio/lungo periodo, non di un indennizzo *una tantum* fondato su logiche risarcitorie;
- b) le modalità di quantificazione dell'importo, proporzionato non solo all'anzianità aziendale (in quanto corrisponde al corrispettivo del preavviso individuale maturato, che, ai sensi dell'art. 12 del Ccnl, da un riferimento-base pari a 8 mesi cresce di mezzo mese per ogni successivo anno, sino al limite di 12 mesi), ma, fatte salve solo poche eccezioni, anche all'età del dirigente. Ove questa risulti infatti compresa tra i 47 ed i 55 anni, stante la maggiore difficoltà di ricollocazione al lavoro, è prevista una maggiorazione dell'erogazione, compresa tra 1 e 5 mensilità di retribuzione lorda;
- c) nell'ipotesi di risoluzione del rapporto di lavoro disposta nei confronti di dirigenti in possesso dei requisiti di legge per la percezione della pensione di vecchiaia o di anzianità o che abbia comunque superato il 65° anno di età (60 se donne), la disciplina succitata non trova applicazione. In presenza di pensionamento anticipato, il trattamento risulta ridotto all'ipotesi *sub a*) e la procedura di ricorso al collegio arbitrale *ex art. 19 del Ccnl*, illustrata nei precedenti paragrafi, non è esperibile.

L'evoluzione recente della disciplina contrattuale nazionale è quindi contraddistinta dalla progressiva introduzione di una pluralità di istituti tutti orientati, più o meno esplicitamente, ad agevolare il reimpiego, presso altra impresa, delle competenze individuali maturate dai dirigenti prima dell'espulsione dal ciclo lavorativo. In base a quanto emerge dalla disamina sopra riportata, si tratta di formulazioni incentrate su specifiche fattispecie, oggettive o soggettive, ma tali norme, se complessivamente considerate, definiscono un ambito di operatività ampio ed articolato, offrendo tutela in numerose situazioni di disagio individuale, imputabili al sopravvenuto stato di disoccupazione, contraddistinte dalla involontarietà e dall'esigenza di strumenti di sostegno economico.

In tale contesto normativo, la principale novità introdotta dalle intese del 27 luglio 2006 sembra, dunque, consistere, oltre che nel carattere pienamente trasversale degli effetti prodotti, non correlati al riscontro di particolari circostanze di fatto, anche al minore impatto economico di questa opzione sul datore di lavoro procedente al licenziamento. Indipendentemente infatti dall'eventuale alleggerimento che potrà derivare dallo storno del contributo Inps per la mobilità, cui si è accennato (vedi *supra* nel testo, §1), l'attestarsi – al termine dei periodi transitori contrattualmente previsti – di una contribuzione gravante su tutti i datori e su tutti i prestatori di lavoro comporterà la ripartizione, e quindi il tendenziale contenimento, del costo dei nuovi ammortizzatori. Ne deriveranno, in altri termini, oneri ridotti ed omogenei, non correlati alla effettiva fruizione, da parte del personale dirigenziale, del supporto offerto dalla normativa contrattuale.

3.3. Gli effetti, virtuosi o non, delle intese nazionali del 27 luglio 2006, potranno essere compiutamente valutati solo a consuntivo, quando le conseguenti regolamentazioni avranno trovato pieno dispiegamento e sarà quindi possibile eseguire analisi quantitative e qualitative fondate su elementi fattuali sufficientemente numerosi ed attendibili. In ogni caso, la riconducibilità di tali accordi:

- al quadro normativo previgente, sopra illustrato, che ha gradatamente introdotto, attraverso la progressiva regolamentazione di vari istituti, percorsi contrattuali di sostegno alla ricollocazione delle qualifiche dirigenziali in esubero;
- nonché

- ad un processo, articolato ed esteso nel tempo, di ridefinizione contrattuale del ruolo dirigenziale (la nota posta in premessa all'accordo del 24 novembre 2004 esprime infatti l'esigenza di «un modello di relazioni industriali più moderno e rispondente alla figura manageriale»);

comporta forti e giustificate aspettative, dovute anche alla crescente flessibilità dei percorsi di carriera ed alla più frequente alternanza tra periodi di lavoro e di inattività.

Valga tuttavia, in conclusione del breve *excursus* normativo proposto, un richiamo alla specificità dei contesti territoriali entro cui il ruolo dirigenziale trova esplicitazione, contraddistinti da differenti situazioni di occupabilità anche per le figure destinate a ricoprire ruoli manageriali. Interventi contrattuali decentrati possono declinare le linee d'indirizzo definite a livello nazionale, adeguandole alle realtà locali entro cui debbono trovare, a regime, la loro concreta applicazione. In merito, si considerino alcuni confronti realizzati a livello territoriale, in relazione ad altre disposizioni di Ccnl (vedi, per esempio con riferimento ad una provincia particolarmente propensa all'innovazione contrattuale, l'accordo sottoscritto in data 7 febbraio 2006 da Federmanager e Confindustria Bergamo sulle conciliazioni delle controversie di lavoro, integrativo del combinato disposto di cui agli artt. 19 e 22 del Ccnl): questi possono forse rappresentare un utile stimolo – stante la sostanziale unicità del tema, ovvero l'agevolazione economica dei percorsi di ricollocazione al lavoro – per ulteriori regolamentazioni decentrate, riferite proprio ai contenuti delle intese del 27 luglio 2006, che consentano di conferire piena operatività alle strategie di sostegno definite a livello nazionale. La «modernizzazione dei sistemi gestionali delle imprese» e «la valorizzazione delle risorse dirigenziali» possono infatti essere conseguite anche attraverso opportune soluzioni contrattuali articolate sul territorio, confermativa della «valenza strategica del ruolo dirigenziale» (Ccnl del 24 novembre 2004, premessa).

Stefano Malandrini

Area sindacale e previdenziale – Confindustria Bergamo

4. Mercato del lavoro

La normativa di settore della Regione Piemonte in materia di autorizzazione e accreditamento

Sommario: **4.1.** Le due tipologie di intervento regionale nella regolazione del mercato del lavoro. – **4.2.** La regolamentazione piemontese del mercato del lavoro secondo la l. n. 36/2006. – **4.3.** Il quadro comparato della legislazione regionale in materia di mercato del lavoro: modelli a confronto.

4.1. Con la l.r. 27 novembre 2006, n. 36, recante «Autorizzazione ed accreditamento dei soggetti operanti nel mercato del lavoro regionale» (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2006, n. 61), anche la Regione Piemonte contribuisce, seppure parzialmente, al processo di adeguamento delle Autonomie territoriali alla riforma del Titolo V della Costituzione ed alle innovazioni introdotte dalla c.d. «Legge Biagi».

Come è noto, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 50/2005 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*, su cui vedi, in *q. Rivista*, il commento di S. SCAGLIARINI, *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*, 2006, n. 1, 183), Marche, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Toscana, Sardegna, Lombardia (vedi i relativi provvedimenti in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*; per un commento di insieme vedi, in *q. Rivista*, M. MAROCCO, *L'evoluzione della legislazione regionale in materia di mercato del lavoro*, 2006, 863, e con riferimento all'ultima di tali Regioni anche P.A. VARESI, *Regione Lombardia: la legge di politica del*

lavoro, in *DPL*, 2007, 7, inserto; cfr. inoltre  *Boll. Adapt*, 2006, n. 52, Speciale, *Tre anni di Legge Biagi: bilancio e prospettive*) sono intervenute in materia non limitandosi ad attuare nell'ambito del territorio di competenza i «principi fondamentali» posti dalla richiamata legislazione nazionale, ma dettando testi unici con cui le amministrazioni locali, nel rinnovare e sistematizzare il proprio apparato normativo ed istituzionale dedicato alla materia, dichiarano i propri obiettivi programmatici e disegnano una congruente strumentazione giuridica.

Come è evidente sin dalla epigrafe della legge in commento, il Piemonte invece ha ritenuto di disciplinare solo alcuni istituti di cui al d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) e di continuare per il resto ad affidarsi alla l.r. 14 dicembre 1998, n. 41, di attuazione del d.lgs. n. 469/1997, in tema di «Organizzazione delle funzioni regionali e locali in materia di mercato del lavoro». In altre parole, nonostante che anche la riforma costituzionale del 2001 autorizzasse l'amministrazione regionale a re-intervenire sul sistema regionale per l'impiego istituito a seguito del decentramento amministrativo disposto in attuazione della c.d. «Riforma Bassanini», si è preferito un intervento settoriale, lasciando, almeno per il momento, inalterato il complesso dell'apparato organizzativo consolidatosi nel tempo. Del resto, nella stessa relazione al ddl regionale n. 224 del 29 dicembre 2005, da cui è scaturita la l. n. 36/2006, si affermava che il disegno di legge era «passaggio propedeutico verso una più generale riforma della legge regionale 41/98 finalizzata ad una completa ed organica disciplina delle funzioni e dei compiti in materia di mercato del lavoro della Regione e delle Province».

Allo stato, pertanto, risulta ancora più evidente la scelta di «continuità» con il modello del citato d.lgs. n. 469/1997, avendo rinunciato il Piemonte a quella opera di *restyling* delle istituzioni regionali e provinciali di controllo del mercato del lavoro locale, che altre Regioni, in maniera più o meno profonda, hanno invece deciso di promuovere. I due istituti regolati dalla l.r. n. 36/2006 (autorizzazione ed accreditamento) risultano integrati nel sistema previgente, senza che comunque, ad un primo sguardo d'insieme, possano essere segnalate rilevanti peculiarità rispetto alle discipline adottate, sino ad ora, dalle altre Regioni. In Toscana, ad esempio, essendo stata emanata una disciplina completa di attuazione delle previsioni del d.lgs. n. 276/2003, gli operatori interessati possono ottenere sia l'autorizzazione all'esercizio della intermediazione, della ricerca e selezione di personale e di ricollocazione professionale sia l'accreditamento «per lo svolgimento di servizi al lavoro»; solo il primo istituto considerato è invece operativo nelle Marche ed in Emilia Romagna, mentre in Friuli Venezia Giulia e in Sardegna entrambe le procedure attendono di essere rese pienamente operative, in attesa dell'emanazione di appositi atti delle rispettive giunte regionali.

4.2. Venendo all'esame del contenuto specifico della l. n. 36/2006, fin dall'art. 1 risulta chiarita la natura parziale dell'intervento regolamentare, mediante il riferimento a due soli articoli del d.lgs. n. 276/2003 (artt. 6 e 7), nonché a fronte della precisazione secondo cui si intende disciplinare «le procedure di autorizzazione degli operatori pubblici e privati [...] nell'esclusivo ambito del territorio regionale, nonché l'accreditamento degli operatori pubblici e privati idonei ad erogare i servizi al lavoro nel medesimo ambito territoriale, anche mediante utilizzo di risorse pubbliche». Sono quindi individuati finalità e principi dell'intervento legislativo (art. 2), i quali confermano la già segnalata integrazione dei nuovi istituti nel sistema regionale dei servizi per il lavoro. Infatti, è soltanto dopo aver ribadito «il ruolo di programmazione, indirizzo e coordinamento generale della Regione nel rispetto delle competenze attribuite alle province e dei principi di sussidiarietà e di adeguatezza», che si richiama l'intento di «favorire l'interazione tra gli operatori pubblici e gli operatori privati accreditati» e di migliorare i «meccanismi di funzionamento dei soggetti componenti la rete», garantendo comunque il principio di parità di accesso e quindi il superamento delle discriminazioni di genere, ovvero «di ogni altra forma di di-

scriminazione nel mercato del lavoro».

Poste tali premesse, la legge in commento disciplina separatamente i due istituti, in primo luogo l'autorizzazione e poi l'accreditamento, per concludersi con l'individuazione delle specifiche funzioni attribuite in materia a ciascuno degli enti ed organismi facenti parte del sistema regionale per l'impiego (Province, agenzia tecnica regionale, commissione tripartita regionale e comitato interistituzionale).

La disciplina relativa al regime di controllo pubblico delle agenzie per il lavoro (di intermediazione, di ricerca e selezione di personale e di supporto alla ricollocazione professionale) e dei cosiddetti intermediari speciali (comuni, scuole, camere di commercio, associazioni datoriali, sindacati ed enti bilaterali), che desiderano operare nel solo ambito del territorio piemontese, è largamente modellata sulla disciplina nazionale. Infatti, l'art. 4 («Autorizzazione regionale e iscrizione delle Agenzie per il lavoro nelle sezioni regionali dell'albo nazionale») nell'affidare alla Giunta il compito di dettare la disciplina regolamentare dell'istituto, si limita ad individuare il soggetto competente – il direttore della struttura regionale competente in materia di politiche del lavoro – per la relativa procedura amministrativa limitandosi, per il resto, a rinviare ai requisiti richiesti dall'art. 5 del citato d.lgs. n. 276/2003, differenziati a seconda della tipologia di attività da esercitare e della natura del soggetto istante (si veda in proposito S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Regimi particolari di autorizzazione e autorizzazioni regionali*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, e, volendo, G. DI DOMENICO, M. MAROCCO (a cura di), *Gli intermediari speciali e le agenzie per il lavoro risultati d'indagine 2006*, Monografie sul mercato del lavoro e le politiche per l'impiego, Isfol, Roma, 2006, n. 8).

Più articolata è invece la disciplina relativa all'accreditamento (art. 5), anche perché si può affermare che è tale istituto, nel quadro comparato della legislazione regionale sino ad ora emanata, quello che qualifica, e differenzia, i modelli territoriali di gestione ed erogazione dei servizi al lavoro. Peraltro, la disciplina piemontese in materia corrisponde al modello sino ad ora adottato da tutte le Regioni ad esclusione della Lombardia. Difatti, diversamente dall'esperienza lombarda, il Piemonte ha deciso di confermare il ruolo svolto dalle Province di fulcro gestionale dei servizi al lavoro, non solo riservando alle stesse l'esercizio, in via esclusiva, di alcune funzioni amministrative (cfr. *infra*), ma soprattutto sancendo una clausola di preferenza per l'intervento diretto tramite gli uffici provinciali deputati («Le province esercitano le funzioni assegnate con le proprie strutture o tramite soggetti, pubblici o privati accreditati, che intervengono in via non sostitutiva per completare la gamma dei servizi, nonché per fornire interventi specializzati per determinate categorie di utenti in un'ottica di integrazione», art. 6, comma 3).

Ma procediamo con ordine. Il Piemonte, così come le altre Regioni, ha proceduto ad una delegificazione dell'accreditamento, essendo affidato ad un successivo provvedimento della giunta, da adottare entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge in esame, il compito di dettare la disciplina di dettaglio della materia. Va sottolineato che, in linea con gli orientamenti delle politiche del lavoro rinvenibili all'interno dello stesso d.lgs. n. 276/2003 (si veda in proposito F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30: problemi e prospettive*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004), l'intervento dovrà essere adottato «sentiti gli Enti bilaterali regionali» e solo «in caso di assenza di questi ultimi», a seguito del parere delle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello regionale.

In primo luogo – per così dire arricchendo i principi fondamentali previsti dall'art. 7 del d.lgs. n. 276/2003, destinati ad essere attuati dai legislatori regionali – sono individuati alcuni criteri ulteriori cui la giunta nella emanazione dell'atto regolamentare deve ispirarsi. Oltre ad essere ribadito il divieto di oneri in capo ai lavoratori (art. 5, comma 1, lett.

c) – già sancito dall'art. 9 del decreto legislativo – si impone, da una parte, la «necessità, per i centri provinciali per l'impiego (Cpi), di adeguare la propria offerta ad una domanda di servizi specialistici e innovativi» (lett. a)) e, dall'altra, il «rispetto di standard omogenei di servizio nel territorio regionale» (lett. b)). La *ratio legis* è individuata nella già ricordata relazione di accompagnamento della legge. Il primo criterio è – espressamente – rivolto ad assicurare che i Cpi costituiscano «una forte e reale alternativa rispetto agli altri soggetti operanti nel mercato», così accompagnando quella clausola di preferenza all'inizio ricordata, che, come vedremo, sembra costituire un *fil rouge* che percorre l'intero provvedimento legislativo. Il secondo, invece, «risponde all'esigenza di garantire che i soggetti pubblici e privati [...] si attengano a regole comuni, in modo da evitare spequazioni e diversità di trattamento tra cittadini appartenenti ad aree diverse».

I successivi commi dell'art. 6 della legge in commento, sempre sulla scorta dei «principi e criteri» fissati dal citato art. 7 del d.lgs. n. 276/2003, individuano le specifiche aree di intervento della giunta. Il regolamento dovrà, ai sensi del comma 2, contenere «indirizzi e criteri generali per l'attuazione di forme di collaborazione fra gli operatori accreditati e i centri per l'impiego», nonché «le modalità di raccordo con il sistema di accreditamento dell'istruzione e formazione professionale». Trattandosi di una mera conferma della norma nazionale (art. 7, rispettivamente comma 2, lett. a), e comma 1, lett. e)), conviene piuttosto sottolineare le «integrazioni» che la legge regionale pone, quasi nella forma di *obiter dictum*. In tale ambito, infatti, viene precisato sia che i Cpi non sono «soggetti ad accreditamento», sia che è riservata «in capo alle province la specificazione e l'attuazione dei predetti indirizzi e criteri generali» per la costituzione del sistema misto pubblico-privato. La rilevanza di tali precisazioni, a fini ricostruttivi dei diversi modelli regionali, si coglie tramite la comparazione con quanto disposto dalla l.r. 22/2006 della Regione Lombardia (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

È infatti ivi previsto che, ferma restando l'attribuzione all'ente provinciale dell'esercizio di talune peculiari funzioni di carattere squisitamente amministrativo, le restanti attività di intervento sul mercato del lavoro – in particolare le misure pro-attive per il miglioramento della occupabilità, di cui al d.lgs. n. 181/2000 – possano essere gestite esclusivamente da operatori accreditati, pubblici o privati che siano. Ne deriva che gli stessi uffici provinciali sono sottoposti a tale procedura amministrativa, pena l'esclusione dal sistema («I centri per l'impiego continuano ad erogare in via provvisoria, nell'ambito del sistema regionale, i servizi [...], sino all'acquisizione dell'accreditamento [...]. La mancata acquisizione dell'accreditamento comporta l'esclusione dal sistema, cui possono comunque partecipare con iscrizione successiva all'albo», art. 32). In altre parole, valorizzando in massima misura il principio di sussidiarietà orizzontale a scapito di quello verticale (così P.A. VARESI, *op. cit.*, VII), quel legislatore regionale ha preso le distanze dalle ipotesi di «collaborazione» tra soggetto pubblico e privato in cui quest'ultimo agisce in veste di attore aggiuntivo, preferendo un sistema in cui lo stesso operatore privato accreditato è invece protagonista a pari titolo, legittimato a sostituire l'istituzione pubblica nella gestione dei servizi all'impiego.

Tutt'altra impostazione è adottata dal Piemonte, che d'altronde ha seguito la via già battuta dalle altre Regioni.

Secondo l'impostazione maggioritaria, infatti, l'accreditamento costituisce solo un atto propedeutico all'affidamento del servizio – invero necessario, ma non sufficiente per l'effettivo ingresso nella rete degli operatori – che si concretizzerà solo nel momento in cui l'amministrazione competente, con un ulteriore e distinto provvedimento deciderà in concreto l'affidamento stesso. Nel caso specifico del Piemonte, la stessa relazione di accompagnamento alla l.r. 36/2006 precisa infatti che: «L'accreditamento costituirà il pre-requisito necessario perché gli operatori possano partecipare alle procedure ad evidenza pubblica indette dalle amministrazioni provinciali». In effetti, dal combinato disposto de-

gli artt. 5, comma 3, e 6, comma 2, lett. c), della stessa legge risulta confermato e rafforzato il ruolo di governo della rete locale dei servizi per il lavoro assegnato alle Province: ruolo da esse, tra l'altro, esercitato attraverso il conferimento delle risorse ai soggetti accreditati facenti parte della rete dei servizi provinciali. Detto conferimento peraltro dovrà avvenire «ferme restando le norme in materia di affidamenti per le pubbliche amministrazioni», sicché «l'erogazione delle risorse pubbliche assegnate alle province avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica finalizzate a garantire l'economicità della scelta del soggetto affidatario, nonché ad assicurare un servizio di qualità ed un corretto rapporto tra costi e benefici». In altre parole, alla Regione risulta attribuito il ruolo di programmazione delle politiche e delle risorse necessarie al supporto delle stesse, mentre le Province attuano gli interventi previsti in tale ambito con la collaborazione degli operatori accreditati. A sostegno di tale funzione di gestione e controllo delle fonti di finanziamento dedicate ai servizi all'impiego, il già citato art. 6 precisa che «il ruolo di governo della rete locale dei servizi per il lavoro» delle Province si esplica attraverso «la definizione degli interventi delle politiche attive del lavoro» e «il coordinamento degli operatori pubblici e privati accreditati». Nello stesso articolo è chiarito il ruolo «integrativo» degli operatori accreditati (cfr. il già citato comma 3), nonché fissata un'area di servizi da gestire esclusivamente *in house*. Difatti, alla stregua di quanto previsto dalle altre Regioni – in maniera più o meno estesa –, anche il Piemonte è intervenuto delimitando la sfera di intervento dei soggetti accreditati e circoscrivendo così, di conseguenza, gli interventi affidati in via esclusiva alla Provincia (ed ai Cpi) e quelli gestibili anche tramite partenariati pubblico-privato. Quanto all'area della *esclusiva pubblicistica* (stato di disoccupazione e avviamento a selezione presso la PA), si tratta di funzioni squisitamente amministrative, ma di notevole importanza in quanto destinate ad incidere sullo *status* dei soggetti e sulla pretesa dei cittadini/utenti a beneficiare delle politiche attive erogate nell'ambito del sistema regionale dell'impiego.

4.3. In conclusione, dal punto di vista dell'amministrazione precedente appare rinvenibile una differenziazione tra i diversi modelli regionali: mentre in generale si può affermare che dalla disciplina derivi l'obbligo di ricorrere ad operatori accreditati solo ove si intenda rivolgersi ad operatori diversi dai Cpi – quali attori comunque necessari della rete –, nel modello lombardo per «esternalizzare» talune attività non si rinviene, tranne che per alcune residuali funzioni, un campo di azione esclusivo e preferenziale affidato agli uffici provinciali. Ne deriva che in quest'ultima Regione il ricorso all'operatore accreditato non è facoltativo, ma comunque obbligatorio al fine di ricevere un'ampia gamma di servizi all'impiego. In altre parole, mentre nella maggioranza delle ipotesi sono disciplinate le modalità per la corretta instaurazione di partenariati pubblico-privati (accreditamento ed atto di affidamento del servizio), nel caso lombardo risulta regolato un univoco ed obbligatorio meccanismo di erogazione dei servizi, cui sono sottoposti tutti gli operatori della «rete», tanto pubblici quanto privati.

Il modello piemontese di gestione dei servizi all'impiego, in continuità con il d.lgs. n. 469/1997, si fonda dunque ancora sull'attribuzione di un ruolo di governo alle Province, supportato *in primis* dai Cpi ed in veste solo integrativa e non sostitutiva dagli operatori accreditati. A questo punto va analizzato in particolare il regime amministrativo di controllo posto in capo a questi ultimi soggetti, ove intendano registrarsi presso gli appositi elenchi regionali.

Anche in tale caso il comma 4 dell'art. 6 più volte citato si limita a riprendere, letteralmente, i principi e criteri fissati in sede nazionale (cfr. lett. a), b), c), d) dello stesso comma e lett. b), c), d), e), comma 2, art. 7, d.lgs. n. 276/2003), con aggiunte di scarso valore integrativo, in quanto comunque ricavabili dalla stessa norma nazionale (in particolare, si specifica che nel regolamento giuntale saranno individuate «le idonee forme di controllo», nonché «le modalità di conferimento obbligatorio delle informazioni e dei da-

ti, nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di protezione dei dati personali, nonché l'obbligo di interconnessione con la Borsa continua del lavoro»). Solo in tema di «requisiti minimi» imposti agli operatori è possibile avere maggiori indicazioni direttamente dalla legge regionale che impone agli operatori di dimostrare di avere «esperienze almeno biennali ed analoghe o assimilabili alle attività svolte dalle Agenzie per il lavoro», nonché la «prevalenza [...] di rapporti di lavoro subordinato [...]» tra il «personale direttamente adibito all'erogazione dei servizi», «nel rispetto dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale» con un vincolo analogo a quello previsto nella regolamentazione adottata nelle Marche e in Friuli Venezia Giulia.

Infine, a conferma che il Piemonte, con la legge commentata, si è limitato ad integrare i due nuovi istituti nel preesistente sistema *ex d.lgs. n. 469/1997*, si segnalano le norme – gli artt. 7 e 8 – con cui vengono attribuite le funzioni di monitoraggio del mercato del lavoro alla agenzia tecnica regionale, l'Agenzia Piemonte Lavoro, nonché funzioni consultive «per il miglioramento del funzionamento del sistema di accreditamento dei servizi al lavoro» alla Commissione regionale di concertazione ed al Comitato al lavoro e formazione professionale.

Manuel Marocco
Ricercatore Isfol – Area «Ricerche sui sistemi del lavoro»

4. Mercato del lavoro (segue)

Il Rapporto dell'Unione Industriale di Torino sul mercato del lavoro nell'anno 2005

Sommario: **4.4.** Il Rapporto dell'Unione Industriale di Torino sulla situazione dell'occupazione locale. – **4.5.** Le tipologie di lavoro prevalenti in ambito locale e le nuove assunzioni. – **4.6.** La risoluzione dei contratti di lavoro. – **4.7.** Struttura del mercato del lavoro torinese. – **4.8.** I flussi occupazionali locali secondo il Rapporto.

4.4. In occasione della recente seconda indagine promossa dalla Confindustria per il monitoraggio del grado di utilizzo delle novità legislative in materia di mercato del lavoro (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 12), l'Unione Industriale di Torino, grazie alla collaborazione di 123 imprese sue associate, ha concluso la redazione del proprio rapporto annuale evidenziando, nel territorio del capoluogo piemontese, alcuni embrionali ma pur significativi elementi di ripresa per il mercato del lavoro, soprattutto in rapporto ai dati statistici nazionali.

L'indagine, di portata più ampia rispetto a quella dell'anno precedente che si era focalizzata quasi esclusivamente sull'analisi delle applicazioni della Legge Biagi, ha avuto ad oggetto un esame approfondito delle dinamiche aziendali e occupazionali delle imprese associate, dal quale sono emersi risultati che, seppur del tutto univoci, appaiono comunque rappresentativi di un sistema economico territoriale in lenta ripresa; in particolare, per il settore manifatturiero, grazie anche all'indotto creato e sviluppato in occasione della preparazione degli eventi olimpici del 2006.

Il rapporto si suddivide sostanzialmente in due parti: la prima s'incentra sull'analisi dei dati emersi dallo studio sull'anno 2005, la seconda è finalizzata a comparare i risultati del 2005 con quelli dell'anno precedente, approfondendo, in particolare, i dati del c.d. «campionamento panel», vale a dire quelli provenienti da aziende che hanno partecipato ad entrambe le procedure di osservazione e la cui rilevazione permetterebbe, secondo l'intento dei ricercatori, una più attenta analisi delle evoluzioni del mercato torinese.

Le imprese considerate, per un totale di 116.000 lavoratori, appartengono per lo più al

settore chimico e metalmeccanico, e per quasi il 60% sono di dimensioni medio-piccole; con specifico riferimento al comparto industriale, le aziende associate all'U.I.T. rappresentano il 90% del campione totale, con un'incidenza, riferita al numero di lavoratori, pari al 68%, a conferma della tradizione manifatturiera delle imprese torinesi.

La flessione occupazionale – nel 2005 rispetto al 2004 – si è attestata sullo 0,3%, mentre il calo occupazione, a livello nazionale, mostra come peggior dato una flessione pari all'1,1%; le tipologie contrattuali maggiormente in calo sono risultate quelle dei contratti a termine (-11%) e dei CFL/contratti di inserimento (-22%), mentre i contratti a tempo indeterminato sono rimasti praticamente invariati (+0,1%).

4.5. Il rapporto evidenzia come le imprese continuino a privilegiare, quale forma di lavoro prevalente, il rapporto di lavoro a tempo indeterminato che rappresenta la forma contrattuale adottata per circa il 97% dei lavoratori in forza, mentre soltanto il rimanente 3% presta la propria attività con contratti di durata limitata (contratto a termine, di inserimento, di apprendistato). Tali ultime forme flessibili di prestazione lavorativa risultano ancora non diffusamente utilizzate e i datori di lavoro tendono a farvi ricorso generalmente per far fronte a specifiche richieste di mercato o a temporanee esigenze produttive, ma difficilmente si avvicinano a tali forme per il normale corso della propria attività.

Tale circostanza, secondo gli analisti U.I.T., è giustificata anche dalla possibilità di ricorrere – e lo si fa sempre più spesso – alla somministrazione a termine e alle collaborazioni a progetto per attività specifiche: queste due ultime forme contrattuali attraggono sempre più imprenditori ed il loro utilizzo è in sensibile aumento.

Nell'ultimo anno un'azienda su due ha fatto ricorso alle collaborazioni a progetto (per le quali si registrano 541 nuovi contratti) instaurando rapporti con lavoratori in possesso di laurea nel 60% dei casi, segno evidente che tale tipologia viene prediletta per l'espletamento di attività ad elevato contenuto professionale e che, nel contempo, viene utilizzata assai spesso per introdurre nel mondo del lavoro i giovani neolaureati.

Le ore «acquistate» per la somministrazione a termine sono in sensibile aumento: nel 2005 sono state in media pari a 1.076 per missione, corrispondenti complessivamente all'attività a tempo pieno di 1.984 lavoratori, calcolata rapportando il monte ore unitario al numero di lavoratori coinvolti, a fronte di un dato nazionale pari a 780 ore.

Un segno peraltro questo di miglioramento della situazione del mercato del lavoro, anche se ancora caratterizzato da picchi produttivi discontinui.

Significativa è anche l'analisi delle nuove assunzioni avvenute (circa 11.700) per le quali si è scelto nel 51% dei casi il contratto a tempo indeterminato e nel 46,6% quello a tempo determinato, mentre marginale è stato il ricorso ai contratti di inserimento e all'apprendistato che nel resto del territorio italiano vengono utilizzati ben cinque volte di più che in quello torinese.

È interessante osservare, tuttavia, che nel 30% dei casi le assunzioni a tempo indeterminato rappresentano la trasformazione di un precedente rapporto a termine: i due terzi provengono dalla conversione di un contratto a tempo determinato, l'8% di un contratto di inserimento ed il 24% da un precedente rapporto di lavoro in somministrazione, mentre solo nell'1% dei casi si tratta di trasformazione dei rapporti di apprendisti e collaboratori a progetto.

La ragione dell'ancora scarso utilizzo delle altre tipologie flessibili (il *job on call*, il *job sharing* e, in parte, anche lo *staff leasing*) sembrano doversi ricondurre, secondo gli imprenditori piemontesi, alle difficoltà congiunturali del sistema economico negli ultimi due anni e alla incompatibilità, talvolta, delle nuove forme contrattuali con le specifiche esigenze produttive delle aziende.

Ad ogni modo, con riferimento al c.d. tasso di trasformazione – percentuale di lavoratori assunti con contratto flessibile poi convertito in rapporto a tempo indeterminato – il rapporto U.I.T. segnala che nel 2005 il 36% dei contratti temporanei è stato trasformato a

tempo indeterminato. Un lavoratore assunto con contratto temporaneo ha quindi la prospettiva di vedere convertito il proprio rapporto di lavoro a tempo indeterminato entro tre anni e il tasso di trasformazione sale ulteriormente al livello del 39% se si concentra l'attenzione alle imprese dell'industria.

Questi dati sembrano quindi confermare la tesi formulata da coloro che vedono nel lavoro flessibile una condizione di accesso ad un'occupazione permanente là dove i lavoratori, i quali s'inseriscono, per il tramite di rapporti temporanei, progressivamente nella realtà aziendale per esservi poi assorbiti come forza permanente stabile.

Significativo risulta anche il dato relativo all'apprendistato che non sembra aver incontrato il favore delle imprese. Nel 2005, infatti, è stato utilizzato solo per 88 lavoratori, pari allo 0,1% del totale con una percentuale nettamente inferiore rispetto al dato nazionale corrispondente pari allo 0,5%.

Con riferimento a questo istituto, la perplessità è parzialmente giustificabile per i ritardi nell'emanazione della regolamentazione regionale attuativa che è stata infine adottata solo alla fine di gennaio 2007 (vedi la l.r. Regione Piemonte 26 gennaio 2007, n. 2, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 6). Rimane poi, negli imprenditori, l'idea di uno strumento non al passo con i tempi, anche se si segnalano accordi aziendali in cui il dibattito sindacale ha portato ad una valorizzazione dell'istituto (vedasi su tutti quello stipulato il 28 giugno 2006 fra il Gruppo Fiat e le associazioni sindacali Fiom, Uilm, Fismic e le rappresentanze sindacali unitarie).

Dopo le prime difficoltà applicative e un inizio stentato, nel corso del 2005 il nuovo contratto di inserimento benché ancora poco diffuso risulta caratterizzato da un rilevante trend di crescita (+77%) con una formazione scolastica di partenza, dei lavoratori inseriti con questa modalità, piuttosto elevata, con circa il 65% di laureati ed il 31% di diplomati. Per quanto riguarda le altre forme contrattuali flessibili (*job sharing*, *job on call*, telelavoro), risultano ancora poco diffuse sul mercato: solo il 2% delle aziende torinesi ha utilizzato tali istituti nel 2005 mentre permane il ricorso diffuso agli *stages*, offerti a 994 giovani da parte di una percentuale pari, circa, al 56% delle aziende associate, con una diffusione del 20% superiore rispetto al dato nazionale.

4.6. L'analisi dei flussi di uscita dei lavoratori (circa 11.000) è stata sviluppata su due canali distinti: il primo riguardante la causa dell'uscita (scadenza contrattuale, dimissioni, licenziamenti individuali e collettivi, mobilità, pensionamento) ed il secondo concernente le tipologie contrattuali interessate.

Nel 2005 i rapporti di lavoro si sono risolti nel 34,8% per dimissioni del lavoratore, nel 28,5% per scadenza del contratto, mentre il pensionamento ha inciso per l'11,6% ed i licenziamenti individuali hanno riguardato lo 0,8% dei lavoratori cessati.

I licenziamenti collettivi e la mobilità hanno visto invece coinvolti un numero notevole di lavoratori, circa il 24% degli estromessi: un indice, questo, del fatto che molte aziende torinesi stanno cercando di raggiungere un livello dimensionale che consenta loro di permanere efficientemente sul mercato, pur nella costrizione di dover rinunciare ad una parte del personale.

Per quanto riguarda le diverse tipologie contrattuali, se il 58,8% dei lavoratori estromessi era in forza con contratto a tempo indeterminato, un dato significativo, e per certi versi preoccupante, è costituito dalla causale più frequente di cessazione dei contratti di apprendistato che nel 78,6% si risolvono per le dimissioni rassegnate dal lavoratore: un dato questo da cui sembra emergere anche per i lavoratori un certo grado di scontento rispetto a questa tipologia contrattuale.

La situazione più frequente di estinzione del rapporto di lavoro con riferimento ai lavoratori a tempo determinato resta la scadenza del termine (69,4%) come pure per i lavoratori assunti con contratto di inserimento (70,1%).

4.7. La ricerca dell'U.I.T. si incentra poi sull'analisi della ripartizione del mercato del la-

voro torinese secondo criteri di qualifica, sesso e titolo di studio.

Se a riguardo della ripartizione della forza lavoro emerge un dato «tradizionale» (65% operai, 24% impiegati, 8% quadri, 2% dirigenti) un aspetto interessante è connesso all'occupazione giovanile: un assunto su quattro ha meno di 30 anni ed una formazione scolastica tendenzialmente superiore rispetto agli altri tre.

L'attività femminile risulta, invece, in parte ancora limitata, in quanto il tasso di femminilizzazione è pari solo al 25,3% del totale, a fronte di un miglior riscontro nazionale pari al 27,4%, ed il dato diminuisce sino al 19,5% con riferimento al settore industriale; la scarsa presenza delle donne sul mercato del lavoro è evidenziabile soprattutto nelle mansioni apicali dove soltanto il 4,4% delle donne ricopre la qualifica di quadro e lo 0,6% di dirigente: un dato questo certamente non incoraggiante e fortemente contrastante rispetto alle tendenze che si registrano a livello di Paesi europei economicamente più sviluppati, dove il ruolo femminile nel mondo del lavoro sta assumendo sempre più importanza e valorizzazione.

Analogamente, si assesta su livelli decisamente inferiori rispetto a molti altri Paesi europei il tasso di scolarizzazione dei prestatori di lavoro che, inferiore anche rispetto alla statistica nazionale, risulta essere ancora decisamente basso: solo il 10% dei lavoratori è laureato (15% è il dato nazionale) e i titolari di un diploma di scuola superiore rappresentano il 35% della forza lavoro, mentre il restante 55% ha un livello di scolarizzazione ancora più basso. In generale, come sopra già rilevato, si segnala il fatto che i lavoratori con laurea trovano più facilmente spazio nelle aziende per mezzo del contratto di inserimento.

La relazione U.I.T. sottolinea anche ulteriori elementi di interesse con riferimento ai canali di reclutamento del nuovo personale.

Nel 2005 le aziende torinesi hanno utilizzato prevalentemente le agenzie di somministrazione (60%) e molto frequente è stato il ricorso al canale informale (29%), nonché ad internet (20,3%) ed alle agenzie private (23,6%), mentre continua a persistere una certa diffidenza nei confronti servizi pubblici per l'impiego.

4.8. La seconda parte della ricerca si concentra, invece, sul raffronto dei dati emersi nel 2005 con quelli dell'anno precedente, soprattutto attraverso l'analisi del campione panel. Per quanto riguarda le assunzioni, le stesse sono aumentate di circa il 40%; è diminuito il peso dei contratti a termine e dell'apprendistato rispetto ai contratti a tempo indeterminato. Con riferimento a questi ultimi però si segnala che se nel 2004 il 55% delle assunzioni a tempo indeterminato era di trasformazione rispetto a precedenti contratti a termine, nel 2005 questo dato soffre una brusca inversione di tendenza con una flessione del tasso di trasformazione (cfr. *supra*) pari a circa il 50% con un ricorso da parte delle imprese al mercato interno che sembra essersi attestato intorno al 27; nel 2004, quindi, la probabilità per un lavoratore con contratto a termine di vedere trasformato il proprio contratto a tempo indeterminato era pari al 61,3%, mentre nel 2005 la probabilità si è sensibilmente ridotta al 36%.

Per quanto concerne il tasso di scolarizzazione globale, questo risulta inferiore per il 2005 rispetto al 2004 mentre l'occupazione giovanile rimane sostanzialmente stabile.

Di particolare interesse, poi, sono i risultati emersi dall'analisi delle forme contrattuali flessibili utilizzate nei due anni 2004 e 2005 dalle imprese aderenti all'U.I.T.

Come anticipato, nel 2005 si è registrato un aumento sensibile del ricorso alla somministrazione a termine (il 59% delle imprese ne ha fatto uso) e alle collaborazioni a progetto (utilizzate nel 49% delle aziende) mentre rispetto al 2004 trova ancor meno spazio l'apprendistato che sembra essere giudicato dalle imprese come uno strumento obsoleto seppure si auspica una inversione di tendenza a seguito della piena operatività della regolamentazione regionale. Infine, sebbene, nel 2005 si sia verificata una flessione dei rap-

porti temporanei (a termine *tout court* e di inserimento) rimane alta la percentuale di *stages* utilizzati dal 56% delle aziende.

Massimiliano Marche
Collaboratore – Studio Legale Capello

5. Previdenza

La natura del Fondo di tesoreria per l'erogazione del t.f.r.

Sommario: **5.1.** Premessa. I fondi di tutela. – **5.2.** La natura previdenziale del Fondo di garanzia. – **5.3.** La controversa natura del Fondo di tesoreria: I tesi, natura retributiva. – **5.4.** *Segue:* Il tesi, natura previdenziale. – **5.5.** Differenze tra Fondo di garanzia e Fondo di tesoreria e la natura retributiva di quest'ultimo.

5.1. Con la finanziaria per l'anno 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 1) è stato istituito il «Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'articolo 2120 del codice civile», definito correntemente Fondo di tesoreria (cfr. art. 1, comma 755 e ss., l. 27 dicembre 2006, n. 296). Il predetto fondo è gestito dall'Inps, pur se di titolarità esclusiva del Ministero dell'economia e delle finanze ed ha il compito di garantire ai lavoratori dipendenti l'erogazione del t.f.r. per il caso di cessazione del rapporto di lavoro dipendente, come previsto dal codice civile. Il contributo per ciascun lavoratore, a finanziamento del Fondo, è d'importo pari alla quota di t.f.r., al netto del contributo destinato all'analogo «Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto».

La previsione normativa è foriera di molte ambiguità, al punto tale che si dubita della costituzionalità del combinato disposto che deriva dall'innovazione legislativa. Occorre infatti sottolineare che l'esigenza di garanzia dell'effettiva erogazione del t.f.r. nei confronti dei lavoratori che ne hanno diritto è già assicurata dal citato Fondo di garanzia, istituito ormai da molto tempo (art. 2, l. 29 maggio 1982, n. 297, in  indice A-Z, voce *Trattamento di fine rapporto*) in ossequio ad obblighi di natura comunitaria. In proposito, occorre rammentare che con direttiva (la n. 1980/987/CE, in *GUUE*, 1980, L 283, 23, modificata dalla n. 2002/74/CE, in *GUUE*, 2002, L 270, 10, vedi la versione consolidata in  indice A-Z, voce *Trattamento di fine rapporto*, e per un commento cfr. M. PALLINI, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE*, in *RDSS*, 2003, n. 2, 695), furono impegnati gli Stati membri UE ad adottare le misure necessarie affinché appositi organismi di garanzia assicurassero la tutela dei diritti dei lavoratori subordinati nei confronti dei datori di lavoro in caso d'insolvenza concorsuale o di semplice inadempimento di questi ultimi confermato da una infruttuosa esecuzione individuale. In attuazione della citata direttiva, fu così istituito presso l'Inps il citato «Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto», con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro insolvente per il pagamento del t.f.r., di cui all'art. 2120 c.c., spettante ai lavoratori o ai loro aventi diritto. Il Fondo di garanzia interviene dopo l'infruttuoso tentativo di escussione del datore debitore ed eroga la prestazione, conservando il diritto ad una azione di regresso nei confronti del datore di lavoro medesimo, surrogandosi così *ex lege* nel privilegio riconosciuto al credito del lavoratore (artt. 2751-bis e 2776 c.c.) per le somme corrisposte.

Il nuovo Fondo di tesoreria, nonostante espressamente finalizzato a garantire i lavoratori, appare avere una ben diversa funzione. Il Fondo, infatti, risponde al principio della ripartizione (su cui vedi *amplius* di seguito § 4), e le sue risorse sono destinate al finanziamento di opere pubbliche (in tal senso si esprime il comma 758, art. unico della finanziaria)

di rilevante entità. L'intento è quello di consentirne l'effettuazione senza che lo Stato sia costretto ad accedere all'oneroso mercato dei capitali, con il rischio, peraltro, di sfondare il parametro del rapporto tra PIL ed indebitamento, imposto agli Stati nazionali dalla normativa comunitaria.

5.2. In ragione di questa diversa finalizzazione esiste, invero, tra i due fondi una marcata differenza.

Per il Fondo di garanzia infatti è possibile evidenziare una funzione previdenziale di tipo assicurativo per garantire il lavoratore da un evento incerto nell'*an*, prevedendo un intervento di natura fideiussoria dell'Istituto previdenziale per conto del datore inadempiente.

La natura testé descritta del Fondo di garanzia è tuttavia lungi dall'essere pacifica. Componendo un contrasto, le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 26 settembre 2002 n. 13988, in *RGL*, 2002, n. 4, 807, con nota di D. CARPAGNANO) sostennero in un primo tempo che il credito del lavoratore per il t.f.r. non muta la propria natura retributiva anche se adempiuto dal Fondo di garanzia per il caso d'insolvenza del datore di lavoro. Il pronunciamento era la conclusione coerente di un lungo iter giurisprudenziale (Cass. 23 novembre 1989 n. 5036, in *MGL*, 1990, 66, con nota di A. VALLEBONA, indirizzo ribadito successivamente da Cass. 9 giugno 1994 n. 5606, in *FI*, 1995, I, 568) nel quale le Corti avevano iniziato con il sottolineare la diversità della natura del t.f.r. – retribuzione differita, secondo una tesi confermata argomentando *a contrario* dal d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, che estende il Fondo «ai crediti di lavoro diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto» – rispetto alla vecchia indennità di anzianità, avente natura previdenziale, al fine di assicurarne la rivalutazione monetaria. Surrettiziamente, con il tempo, la giurisprudenza aveva esteso tale effetto anche alla prestazione sostitutiva erogata dal Fondo, riconoscendone medesima natura. Le Sezioni Unite superavano diverse argomentazioni (quali l'uso del vocabolo «prestazione», la previsione di un termine prescrizione e la peculiare natura dell'*adiectus solutionis causa*) che per taluna giurisprudenza evocavano una funzione previdenziale inserita nell'ambito di un rapporto a struttura assicurativa, alimentato mediante contributi del datore di lavoro, e, perciò, autonoma rispetto all'obbligazione retributiva originaria (in questo senso vedi Cass. 2 maggio 2000 n. 5489, in *MGC*, 2000, 915, e Cass. 18 aprile 2001 n. 5663, in *MGC*, 2001, 809, con riguardo, rispettivamente, all'applicabilità dell'art. 152, disp. att. c.p.c. e all'efficacia interruttiva della procedura concorsuale rispetto alla prescrizione del diritto alla prestazione nei confronti del fondo; vedi anche Cass. 23 marzo 2001 n. 4261, in *MGC*, 2001, 573, secondo cui si tratta di un'assicurazione sociale pubblicistica a cagione della natura del soggetto erogatore). Fu rilevato, allora, dalla Corte che se il Fondo di garanzia «si sostituisce» al datore si integra un acollo *ex lege* dello stesso debito (retributivo) datoriale, laddove una diversa natura fideiussoria sarebbe stata maggiormente coerente con l'uso del termine «garantisce».

La posizione delle Sezioni Unite, che aveva incontrato la perplessità dei commentatori (vedi D. GARCEA, *Osservazioni critiche alla giurisprudenza sul Fondo di garanzia del T.f.r.*, in *RDSS*, 2005, 3) fu disattesa successivamente dalla stessa Corte di cassazione: qualora l'intervento pubblico sia disciplinato *ex ante* in relazione ad un evento futuro ed incerto esso deve essere più propriamente collocato nel normotipo fideiussorio, anche per la semplice considerazione che un acollo di un debito futuro, eventuale ed indeterminabile è da reputare nullo per difetto di oggetto (cfr. Cass. 19 dicembre 2005 n. 27917, in *OGI*, 2005, n. 4, 964; il *revirement* è stato poi confermato anche nel 2006, allorché con una sentenza di analogo contenuto, la n. 4183, la Corte ha smentito nuovamente le conclusioni delle Sezioni Unite).

La dottrina ha rilevato che la disciplina dell'acollo con efficacia esterna (invocato dalle Sezioni Unite), preoccupandosi di descrivere gli effetti derivanti dalla adesione del creditore, presuppone che questi sia già titolare di un credito mentre, nel caso della prestazione del Fondo di garanzia, all'atto della devoluzione delle somme al Fondo, non si delinea un

diritto di credito perfetto (sub-giudiziale, illiquido o inesigibile che sia), bensì una mera aspettativa all'insorgere di una responsabilità solidale dell'Inps nel caso in cui si verificano date contingenze (sull'accollo con efficacia esterna vedi Cass. 23 settembre 1994, n. 7831, in *GI*, 1995, I, n. 1, 1018: «In ordine alla questione se oggetto dell'accollo possa essere un debito futuro, mentre Cass. 2042/78 l'ha risolta in senso positivo, Cass. 4109/74 si è espressa in senso negativo; Cass. 5102/88 ha pure negato che dall'art. 1273 c.c. possa desumersi un divieto di accollo di debito futuro, pur riguardando la decisione di un negozio preliminare di accollo; Cass. 1180/82 ammette l'accollo di debito futuro, peraltro limitato all'accollo interno». Da ultimo, la Suprema Corte ha sostenuto la ammissibilità di accollo su crediti futuri potenziali ma certi e determinabili, seppur non liquidi ed esigibili). In altre parole, era stato posto l'accento sul fatto che l'accollo si manifesta quando un terzo si ingerisce in un rapporto debitorio già esistente, sostituendosi al debitore nell'effettuazione della prestazione liquida ed esigibile, mentre la fideiussione si perfeziona precedentemente, in un momento in cui l'inadempimento del debitore è meramente eventuale. L'alea conseguente all'obbligo prefigurato dalla legge per il caso di intervento del Fondo di garanzia porta quindi a sussumere l'istituto in esame nel novero delle posizioni di garanzia inquadrandolo nel normotipo della fideiussione (P. BOER, *Il fondo di garanzia del tfr e le condizioni del suo intervento*, in *RGL*, 1991, III, 283).

5.3. Tracciata l'evoluzione storica della giurisprudenza sul contiguo Fondo di garanzia, può adesso trattarsi della natura giuridica del Fondo di tesoreria. Il quesito è sempre lo stesso: natura previdenziale o natura retributiva?

Anche in questo caso entrambe le opzioni apparirebbero coerenti con il laconico testo normativo.

La prima alternativa attribuisce all'erogazione del Fondo di tesoreria una natura retributiva.

Il Fondo in esame, da questa prospettiva, corrisponde ai lavoratori il trattamento di fine rapporto, seguendo peraltro le modalità già previste per il Fondo di garanzia. Restano inalterate le stesse considerazioni che avevano spinto le Sezioni Unite a riconoscere la natura retributiva del Fondo di garanzia: la somma erogata è costituita dal trattamento di fine rapporto, quindi rappresenta il debito datoriale da retribuzione differita. Il Fondo di tesoreria, infatti, eroga il t.f.r. nei limiti dei versamenti concretamente effettuati dai datori di lavoro, che sono contestualmente liberati. Il datore di lavoro, in altre parole, adempie immediatamente al debito retributivo differito, versando l'equivalente dell'accantonamento annuo nei confronti del Fondo, che opera come un terzo depositario delle somme così ricevute. Con l'avveramento della condizione che legittima la concreta esigibilità della retribuzione differita, e dunque con la cessazione del rapporto lavorativo, si perfeziona il diritto alla ricezione delle somme, ormai liquide ed esigibili, in capo al lavoratore. Costui, per il tramite di una domanda effettuata nei confronti del proprio datore, matura il diritto all'ottenimento dell'erogazione da parte del Fondo (per la quota corrispondente ai versamenti datoriali effettuati concretamente) e da parte del datore stesso (per la quota eventualmente non versata ovvero per la parte di t.f.r. già maturato al momento in cui è stato costituito il Fondo).

Occorre precisare che il debito per il t.f.r. è un debito da retribuzione accantonata e dunque costituisce un «risparmio forzoso» imposto al lavoratore (secondo Cass. 23 marzo 2001 n. 4261, cit.: «ha rafforzato la connotazione retributiva di tale prestazione, già costituente "ius receptum" sulla base della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, contemporaneamente evidenziando e disciplinando la concorrente natura di risparmio forzoso dell'accantonamento operato a favore del lavoratore». Conforme Cass. 13 novembre 2001, n. 14091, in *MGC*, 2001, 1912). Come tale, il credito retributivo insorge in ogni periodo di paga ed è contabilmente accantonato dal datore, nella cui posizione economica nasce immediatamente un correlato debito, pur se soggetto a condizione sospensiva (cfr.

Cass. 26 maggio 2005 n. 11175, in *MGC*, 2005, fasc. 5: «Il trattamento di fine rapporto, secondo la disciplina dettata dall'art. 2120 c.c., come sostituito dall'art. 1 l. 29 maggio 1982 n. 297, integra – così come l'eventuale anticipazione sullo stesso – un diritto di credito a pagamento differito, il quale matura anno per anno in relazione al lavoro prestato ed all'ammontare della retribuzione, costituendo in sostanza retribuzione differita della quota periodica afferente le singole retribuzioni». Conforme, Cass. 8 gennaio 2003 n. 96, in *NGL*, 2003, 389. *Ab initio* Cass. 9 giugno 1990 n. 5606, in *MGL*, 1990, fasc. 6: «il trattamento di fine rapporto ai sensi dell'art. 2120, matura giorno per giorno nel corso del rapporto, la cessazione del quale determina non la insorgenza del relativo diritto ma solo la sua esigibilità». Conforme anche, Cass. 19 luglio 1990 n. 7371, in *MGC*, 1990, fasc. 7). È questa la principale differenza con il trattamento di fine servizio del settore pubblico, che insorge solo con la cessazione del servizio (C. Stato, sez. V, 15 settembre 1997 n. 964, in *FA*, 1997, 2306, s.m.). Ciò premesso, l'oggetto del trasferimento coatto nei confronti del Fondo di tesoreria è un debito già sorto e maturato a fronte della contestuale cessione di una posta economica attiva. L'archetipo disegnato è quello dell'accollo *ex lege*, già in un primo tempo riconosciuto dalle Sezioni Unite a proposito del Fondo di garanzia. Cade peraltro, in questo caso, l'obiezione già sviscerata nel paragrafo che precede. Nel caso ora trattato, infatti, non si verte più nell'ipotesi di un debito futuro ed eventuale (connesso con l'incerto evento dell'insolvenza datoriale), ma si concreta un accollo relativo a un debito già sorto e perfetto, seppure non ancora esigibile (Cass. 23 settembre 1994 n. 7831, cit., ammette l'accollo di crediti futuri certi e determinabili, pur se non liquidi ed esigibili). Tale ricostruzione permette anche di superare un dubbio che sorge leggendo il testo normativo: ciò che è trasferito, infatti, non è la quota di t.f.r. accantonata annualmente (non può trasferirsi «un debito»), bensì l'oggetto del trasferimento è «un contributo pari alla quota» (inteso come controprestazione pecuniaria dell'accollo *ex lege*, corrisposto dal datore al Fondo in ragione della contestuale cessione della propria posizione debitoria).

5.4. La seconda opzione prospettabile, per contro, attribuisce al Fondo di tesoreria una funzione previdenziale.

Anche in questo caso si può pescare a piene mani dal dibattito intercorso sulla natura dell'analogo Fondo di garanzia.

La disciplina del Fondo di tesoreria è volta, infatti, a «garantire» l'erogazione del t.f.r. ai lavoratori del settore privato. Anche la recente interpretazione comunitaria (C. Giust. 4 marzo 2004, in cause riunite C-19/01, C-50/01 e C-84/01, in *RIDL*, 2005, II, nota di A. MONTANARI, e in *RDSS*, 2004, n. 2, 777) utilizza tale espressione nella definizione della funzione assegnata ai fondi di tutela in caso di insolvenza di modo che sembrerebbe potersi ascrivere anche al Fondo di tesoreria una funzione di assicurazione sociale dell'interesse dei lavoratori ultimi destinatari delle poste economiche accantonate. In tale ottica, il Fondo di tesoreria potrebbe rappresentare una nuova formulazione del Fondo di garanzia. Effettivamente, la direttiva comunitaria che ha imposto l'istituzione di un regime di garanzia (direttiva n. 1980/987/CE, cit., sulla quale M. PALLINI, *op. cit.*) prevede un sistema di tutela che i singoli Paesi membri hanno però facoltà di derogare in meglio. L'immediata apprensione delle quote di accantonamento in capo ad un fondo pubblico, come accade nel caso del Fondo di tesoreria così come introdotto dalla legge finanziaria, elimina, infatti, da questa prospettiva migliorativa, i rischi di inadempimento e sgrava, così, il lavoratore dalle complesse procedure imposte dalla norma europea in tema di preventiva escussione del datore di lavoro e di contestuale presenza di uno stato di insolvenza. Il Fondo di tesoreria si sostituirebbe, così, sostanzialmente, al Fondo di garanzia dapprima affiancandosi a questo (che opera per la copertura del t.f.r. già maturato alla data di entrata in vigore del nuovo Fondo e non oggetto di trasferimento) e poi, nel lungo periodo, sostituendolo integralmente man mano che le vecchie posizioni di t.f.r. vengano ad

esaurirsi.

Tale ricostruzione non tiene però conto della circostanza per cui l'ulteriore finalizzazione del Fondo di tesoreria è, come visto nel primo paragrafo, quella di garantire l'afflusso di rilevanti risorse economiche allo Stato per finanziare a buon mercato, e nel rispetto dei parametri di Maastricht, una serie di opere pubbliche preindividuate.

Un altro argomento, questa volta letterale, a favore della natura previdenziale del Fondo in esame si potrebbe rinvenirsi nella previsione di un «contributo» quale forma di finanziamento: termine evocativo di un contesto previdenziale. Chi scrive sostenne effettivamente, pur se come argomento marginale, che l'analogo termine desse questo connotato anche al Fondo di garanzia (cfr. D. GARCEA, *op. cit.*): *in re melius perpensa* si deve però negare una siffatta conclusione. Il contributo non è altro che una posta economica pretesa per finanziare un interesse dello stesso soggetto passivo. Nel caso in parola il contributo è richiesto per rispondere ad un interesse datoriale, ed in particolare è il corrispettivo dell'accollo, e dunque della cessione della posizione debitoria maturata nei confronti del lavoratore. Il contributo rientra dunque nel novero della classica tripartizione delle entrate tributarie (tasse, imposte e contributi). Rappresenta in sostanza una spesa forzata a fronte di un servizio imposto. È dunque un contributo di natura tributaria e non ha nessuna correlazione con finalità previdenziali, in quanto nulla muta per i lavoratori destinatari della posta retributiva differita.

Ulteriore argomentazione potrebbe trarsi dal modo di funzionamento del Fondo di tesoreria, che risponde al principio della ripartizione. Del resto, una siffatta argomentazione è già stata avanzata in dottrina nei confronti del Fondo di garanzia, la natura previdenziale del quale poteva essere evidenziata dal compendio normativo disciplinante le relative modalità operative: la ripartizione è infatti un meccanismo normalmente associato alle forme di prestazione mutualistica (vedi al riguardo, D. GARCEA, *op. cit.*: «si fa riferimento alla legge che ha ristrutturato l'Inps che ascrive il Fondo alle "forme di previdenza a carattere temporaneo", art. 24, Legge 9 marzo 1989, n. 88: emerge chiaramente la intenzione del Legislatore e sarebbe dunque assurdo ed incongruente sul piano sistematico estrapolare una diversa *ratio legis* nella norma previa che lo istituiva dovendosi reputare la novella successiva quale ineluttabile limite interpretativo»). Tuttavia, l'argomentazione appare debole. Un sistema previdenziale non deve necessariamente operare a ripartizione: può anche essere sostenuto da un meccanismo a capitalizzazione, senza che venga meno la natura previdenziale della prestazione. Ciò che conta è che l'erogazione sia destinata a far fronte ad un bisogno sopravvenuto del lavoratore con una prestazione indeterminata nell'*an* (es. sostegno del reddito) o nel *quantum* (pensione). E tale finalizzazione è indipendente dal meccanismo di determinazione delle risorse erogabili.

5.5. Quest'ultimo elemento è dirimente per tracciare una linea discretiva tra prestazione retributiva e prestazione previdenziale, quando erogate da fondi pubblici. La distinzione si appoggia al carattere che nei due casi assume la controprestazione. Quando è corrisposta in diretta ragione dell'attività lavorativa svolta essa è retribuzione; quando invece è corrisposta in guisa di una relazione assicurativa per eventi aleatori nell'*an* o nel *quantum* essa è riconducibile all'alveo della previdenza (A. VALLEBONA, *Autonomia dell'obbligazione del fondo di garanzia del tfr rispetto a quella del datore e prescrizione*, in *DL*, 1992, II, 426).

Nel caso in trattazione si possono pertanto formulare le seguenti considerazioni conclusive:

a) diversa è la forma di finanziamento. Il contributo che alimenta il Fondo di garanzia si sussume nel novero degli ordinari premi assicurativi a cagione della sua esiguità (art. 2, l. 29 maggio 1982, n. 297: «Il fondo, per le cui entrate ed uscite è tenuta una contabilità separata nella gestione dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, è alimentato con un contributo a carico dei datori di lavoro pari allo 0,03 per cento della retribuzio-

ne») rapportata all'eventuale ed aleatoria controprestazione attesa: cosa che esclude il rapporto sinallagmatico proprio dell'accollo. Il Fondo di tesoreria è invece alimentato con un contributo esattamente uguale alla futura erogazione (salva la rivalutazione di periodo) che, peraltro, non è affatto aleatoria. Non può dubitarsi, dunque, dell'esistenza del sinallagma tipico dell'accollo;

b) il Fondo di garanzia è comunque tenuto alla prestazione indipendentemente dagli effettivi versamenti contributivi da parte del datore poiché tali corresponsioni «alimentano» il Fondo ma non sono espressamente reputati titolo per l'accesso alla prestazione, e la automaticità è il carattere principe di una prestazione previdenziale. Il Fondo di tesoreria invece risponde dell'erogazione soltanto nei limiti di quanto ricevuto, restando ferma la responsabilità del datore di lavoro per la parte eventualmente non conferita.

La natura del Fondo di tesoreria è dunque retributiva. Lo Stato drena risorse economiche dal sistema imprenditoriale, prelevando il «risparmio forzoso» dei lavoratori per distrarlo in favore del finanziamento dei citati progetti di interesse collettivo, salva la corresponsione futura da parte del Fondo di quanto dovuto ai lavoratori in modo tale che si estrinseca, comunque, con il pagamento l'originario rapporto di provvista. L'Inps quindi non restituisce quanto ricevuto e conservato quale semplice detentore bensì, in ragione del succitato principio della ripartizione, operando da possessore, con il relato concreto ed immediato uso delle risorse raccolte, proprio al fine della ricordata *ratio* delle pubbliche opere.

Non sembra potersi trarre diversa argomentazione dal fatto che è stata estesa al prelievo in esame la normativa in tema di contributi obbligatori previdenziali. Proprio la necessità di siffatta estensione depone, infatti, in senso tale da escludere che, *ab origine*, il contributo fosse così configurabile, a pena, altrimenti, di pletoricità dell'inciso.

Un ulteriore argomento *a contrario*, che corrobora la tesi del carattere non previdenziale del Fondo di tesoreria rispetto all'analogo Fondo di garanzia sarebbe rappresentato dalla peculiare natura dell'*adiectus solutionis causa* della prestazione: non può considerarsi invero meramente incidentale e privo di un effetto ermeneutico discendente il fatto che la gestione sia affidata ad un ente pubblico di natura previdenziale (vedi al riguardo Cass. 23 marzo 2001 n. 4261, in *MGC*, 2001, 573, in base alla quale, in relazione al Fondo di garanzia, si configura una forma di assicurazione sociale pubblicistica a cagione della natura del soggetto erogatore). Tale argomento è adoperabile solo per ricostruire la natura del Fondo di garanzia, attinente alle competenze proprie dell'Istituto nazionale della previdenza sociale; diversamente, per il caso del Fondo di tesoreria, che è invece in titolarità piena del dicastero finanziario essendo dall'Istituto semplicemente «gestito».

Le conclusioni fin qui espresse, tuttavia, potrebbero essere tra qualche anno oggetto di una profonda rivisitazione in ragione delle prospettive *de iure condendo*, già preannunciate nella finanziaria citata. Si fa riferimento al comma 760 che ho in altra sede definito «un trucco giuridico» (D. GARCEA, Sub art. 9, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *NLCC*, 2007, 3) e che un altro acuto osservatore definisce «comma oscuro ed un po' trascurato» (M. MESSORI, in un intervento in *www.Lavoce.info*). Nascosto alla fine di un comma a tutt'altro dedicato esso così recita: «Nella prima relazione il Ministro riferisce altresì sulle condizioni tecnico-finanziarie necessarie per la costituzione di una eventuale apposita gestione Inps, alimentata con il TFR, dei trattamenti aggiuntivi a quelli della pensione obbligatoria definendo un apposito Fondo di riserva»: è evidentemente allo studio, in previsione del «fallimento» delle adesioni al pilastro complementare, un generale e collettivo esproprio, che convertirà *ex abrupto* il t.f.r. accantonato nel Fondo di tesoreria in una futura rendita vitalizia, conseguendo così lo stesso effetto previdenziale che avrebbe dovuto essere assicurato dal pilastro complementare. È chiaro che siffatta previsione muterà *ab origine* la natura dell'accantonamento (non più retribuzione differita ma contributo previdenziale a tutti gli

effetti) con i consequenziali effetti discendenti sulla natura del Fondo di tesoreria.

Donatello Garcea
Funzionario – Direzione Generale Inps

6. Pubblico impiego

L'accordo sulle collaborazioni coordinate e continuative nella Regione Emilia Romagna, tra disciplina degli «incarichi» e lavoro «a progetto»

Sommario: **6.1.** Premessa: il lavoro parasubordinato nel settore pubblico. Il «novellato» art. 7, comma 6 ss., d.lgs. n. 165/2001. – **6.2.** Cenni alla contrattazione collettiva sul lavoro parasubordinato (dopo il d.lgs. 276/2003). – **6.3.** I contenuti dell'accordo: una sintesi. – **6.4.** *Segue:* le collaborazioni come lavoro autonomo. – **6.5.** *Segue:* le collaborazioni e la subordinazione. – **6.6.** Osservazioni conclusive.

6.1. Con l'accordo (regolamento) del 7 luglio 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 41), che qui si commenta, viene definita, o per meglio dire aggiornata, la disciplina dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nell'amministrazione regionale ed in altri enti collegati del sistema regionale in Emilia. Si tratta di un documento di notevole interesse, come tutta la recente produzione negoziale sul lavoro parasubordinato, in ragione della nuova luce alla quale esso va inquadrato, dopo l'importante riforma operata nel 2003 (d.lgs. n. 276, artt. 61 ss., in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*), con l'introduzione delle nuove collaborazioni a progetto. In particolare, per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, vi è un interesse per così dire «specifico», per il fatto che, come noto, il settore pubblico, ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 276, è escluso dall'ambito di applicazione della c.d. riforma Biagi del mercato del lavoro (vedi S. MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, 1069). Pertanto, le amministrazioni non hanno l'obbligo di applicare le nuove collaborazioni a progetto, e possono ancora far riferimento alla precedente (non) regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative. Il che non toglie interesse alla disamina dell'accordo in questione, in considerazione del dibattito che sul tema si è acceso dopo la riforma del 2003, offrendosi anche l'occasione per una verifica del grado di influenza che la nuova disciplina del lavoro a progetto, e la *ratio* ad essa sottesa, hanno avuto e possono avere sulla regolazione collettiva delle collaborazioni nel settore pubblico.

A questo proposito, va tenuto presente che le ragioni della proliferazione del lavoro atipico (parasubordinato) nelle amministrazioni sono affini ma comunque diverse rispetto al settore privato: se infatti in quest'ultimo la progressiva diffusione del fenomeno trova fondamentalmente motivo nell'esigenza di evitare, in generale, i maggiori oneri, in particolare, la rigidità «in uscita» del lavoro dipendente, nel settore pubblico, invece, storicamente trae la sua linfa dall'opportunità di aggirare in tal modo la rigidità «in ingresso» – derivante dal vincolo costituzionale del «concorso» (art. 97 Cost.) –, per motivi più o meno «confessabili» (far fronte alle carenze di organico, in particolare per incarichi richiedenti specifiche elevate professionalità; politiche clientelari di favore) (sulle collaborazioni coordinate e continuative nel settore pubblico vedi, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, R. SALOMONE, *Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2004, V).

Come noto, anche per le ragioni appena esposte, le politiche legislative, a fronte della legittimazione dei rapporti di lavoro flessibili/atipici nel settore pubblico ed alla omogeneizzazione della disciplina a quella del settore privato (d.lgs. n. 165/2001 – dapprima

d.lgs. n. 29/1993 – , specialmente gli artt. 7 e 36), hanno per altro verso cercato di evitarne un uso indiscriminato o comunque non coerente rispetto alle croniche esigenze di contenimento della spesa pubblica (per una recente ricostruzione della successione normativa, vedi M. POZZI, *Incarichi esterni e esigenze di contenimento della spesa: il caso dell'Emilia Romana*, in *q. Rivista*, 2006, 538 ss.). Circa le collaborazioni coordinate e continuative, però, sono state avanzate interpretazioni volte ad escludere quelle per attività e professionalità di livello medio-basso dai suddetti limiti agli incarichi esterni (vedi C. Conti delibera 15 febbraio 2005 n. 6, in *EU Boll. Adapt*, 2005, n. 7).

Va però considerato che recenti interventi legislativi (d.l. n. 223/2006, convertito con la l. n. 248/2006 (in *EU* indice A-Z, voce *Lavoro irregolare*), il cui art. 32 riformula l'art. 7, comma 6 ss., d.lgs. n. 165/2001), introducono limiti più stringenti all'utilizzo delle collaborazioni (anche) coordinate e continuative per incarichi individuali, tra cui, in particolare, il carattere altamente qualificato della prestazione e l'adozione di procedure comparative per il conferimento degli incarichi, riaprendo così, è da ritenere, la questione.

A prima vista, e con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative, tali disposizioni paiono definire una linea di maggiore continuità, per il lavoro parasubordinato nel settore pubblico, con gli obiettivi della disciplina del lavoro a progetto; soprattutto, si pone ora nuovamente il problema di verificare se la distinzione sopra ricordata può trovare ancora giustificazione, legittimando pertanto contratti di collaborazione anche per attività «ordinarie» dell'amministrazione (in questo senso, vedi il commento alla norma del «decreto Bersani» di L. OLIVERI, in *Italia Oggi*, 18 agosto 2006, 40).

La rilevanza della questione, se si considerano le dimensioni quantitative assunte dal ricorso al lavoro atipico (anche) nel settore pubblico induce ad una riflessione più attenta.

In effetti, non mancano ragioni per propendere per la tesi da ultimo riportata, che cioè le collaborazioni di cui all'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, non esaurirebbero la tipologia di contratti di lavoro autonomo – e tra essi anche di contratti di collaborazione coordinata e continuativa – che le amministrazioni pubbliche possono stipulare.

La norma in questione, cioè, assumerebbe un carattere, per così dire, «definitorio», disponendo un regime «speciale» per gli incarichi di collaborazione di più elevato contenuto professionale (e di conseguenza, si presume, di più elevato costo per le amministrazioni), ma non escluderebbe, invero, la possibilità di ricorrere, per l'espletamento di attività di contenuto professionale «medio-basso», si potrebbe dire «ordinarie», a tutte le altre tipologie contrattuali ammesse dalla disciplina del lavoro nell'impresa privata che, ai sensi dello stesso d.lgs. n. 626/1994, è applicabile anche alle amministrazioni pubbliche.

In questo senso, infatti, si potrebbe ritenere che operino sia le disposizioni generali sulle fonti contenute nello stesso d.lgs. n. 165/2001 (art. 2, d.lgs. n. 165/2001) come pure l'art. 36 della stessa legge, secondo cui le amministrazioni pubbliche «si avvalgono delle forme flessibili [non solo] di assunzione e [ma anche] di impiego del personale [...]».

Tale conclusione, nel senso cioè della ammissibilità nel settore pubblico di contratti di collaborazione «residuali» rispetto alla tipologia di incarichi specificamente regolata dall'art. 7, comma 6 ss., d.lgs. n. 165/2001, non pare condivisibile.

Per quanto, infatti, si possa criticare l'attuale assetto legislativo di disciplina del lavoro nel settore pubblico, che certamente pone diversi paletti al ricorso alle tipologie «flessibili» e, ancor più, «atipiche» di lavoro, sussistono infatti validi motivi per ritenere impossibile, sul piano tecnico-giuridico, seguire l'interpretazione più «elastica» della novellata norma sugli incarichi di collaborazione.

Non si può dubitare, infatti, che quella norma abbia in realtà carattere «autorizzatorio» (cfr. C. ZOLI, *Il lavoro flessibile negli enti locali*, in *QDRLI*, 2007, n. 30), ed escluda la possibilità di stipulare altri contratti di collaborazione, non rispondenti ai presupposti ed alle modalità richieste dalla norma stessa.

A parte la considerazione che sia l'art. 2 che l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, sopra citati, si

riferiscono al lavoro subordinato e non a quello autonomo, va poi ricordato che comunque lo stesso art. 2, comma 2, fa espressamente salve *le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*, il quale, appunto, contiene norme specificamente dedicate a peculiari tipologie di incarichi di collaborazione-lavoro autonomo (oltre all'art. 7, comma 6 ss., si pensi agli incarichi di diretta collaborazione del Ministro, di cui all'art. 14, comma 2), che al contempo, deve ritenersi, *nel consentire quegli incarichi, ne escludono altri diversi da quelli*.

Sul punto, peraltro, risultano chiare, e molto (probabilmente troppo) stringenti, le indicazioni contenute nella circolare esplicativa del Dipartimento Funzione pubblica (la n. 5 del 21 dicembre 2006), secondo cui «[...] il legislatore, quindi, ha chiarito che nei commi 6, 6-bis e 6-ter dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 165 del 2001 trovano regolamentazione gli elementi relativi alla *possibilità per le pubbliche amministrazioni di conferire qualsiasi incarico di collaborazione di natura autonoma*, ivi compresa quella coordinata e continuativa» (corsivo mio).

La circolare, inoltre, prosegue delimitando con nettezza i margini di ricorso agli incarichi esterni: «[...] le amministrazioni, nello svolgimento delle proprie competenze, potranno conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, determinando durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione, quando debbano soddisfare esigenze alle quali non sia possibile fare fronte con il personale in servizio, *dal punto di vista qualitativo e non quantitativo*» (anche in questo caso il corsivo è mio). Se ne deve desumere, pertanto, che secondo la Funzione Pubblica l'«impossibilità» di utilizzare risorse interne, quale condizione essenziale per il legittimo ricorso ad incarichi esterni, va intesa nel senso della necessità, per il soddisfacimento di quelle particolari esigenze, di competenze/capacità professionali assenti nell'organico dell'amministrazione, e non anche nel senso secondo cui le professionalità/competenze sussistano ma non possano, per eccessivo carico di lavoro (cioè, per motivi «quantitativi») essere disponibili e utilizzabili a quel fine.

D'altra parte, non si può certo dire che la nuova disciplina delle collaborazioni, come risulta dalle modifiche del 2006, non sia in linea con l'orientamento tradizionalmente restrittivo della magistratura contabile, costante nel ribadire il carattere eccezionale e straordinario degli incarichi di collaborazione (cfr. sul punto R. SALOMONE, *op. cit.*, 629).

Certo, i maggiori vincoli imposti dal nuovo art. 7, comma 6 ss., non risolvono tutti i problemi ed anzi ne sollevano di nuovi e, come inevitabile per una disciplina valida per tutto l'«universo» delle amministrazioni pubbliche, non considera esigenze e peculiarità di settori (pubblici) specifici (per tutti si pensi alle università), che richiederebbero certamente maggiori spazi di autonoma regolazione. Risultano, però, coerenti con i principi di fondo della gestione (anche del personale) nel settore pubblico (che sono poi anche alla base della regola del concorso): imparzialità, buon andamento, trasparenza (che inevitabilmente non possono non andare a discapito, in qualche modo, della «flessibilità»); infine, va anche riconosciuto che la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative risulta ora anche più omogenea con la nuova regolamentazione, anch'essa «restrittiva» rispetto alla precedente, delle collaborazioni «a progetto» nel settore privato (d.lgs. n. 276/2003).

6.2. Fatta questa indispensabile (seppure lunga) premessa, prima di passare all'esame dei contenuti del regolamento, pare opportuno anche qualche breve cenno ai contenuti essenziali di alcuni accordi collettivi sulle collaborazioni coordinate e continuative, successivi alla riforma del 2003, al fine di meglio inquadrare e valutare l'accordo regionale in questione (per un esame più approfondito, anche per gli estremi di altri contratti collettivi, oltre quelli citati *infra*, vedi C. LAZZARI, *Nuovi lavori e rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino, 2006; G. NATULLO, *Lavoro parasubordinato e contrattazione collettiva: un «progetto» ancora incompleto*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ES, Napoli, 2006).

La prima osservazione che viene da fare, è che sono molti gli elementi di continuità con la disciplina dei contratti pre-riforma, a partire dagli istituti prevalentemente regolati: forma e contenuti del contratto, compenso, ipotesi di sospensione, diritti sindacali, recesso (che costituiscono sostanzialmente il nocciolo anche del regolamento della Regione Emilia).

Qualche dettaglio: per la parte economica, pur richiamando la formula legislativa (art. 63, d.lgs. n. 276/2003) dei compensi per prestazioni analoghe, talora, anche per la dichiarata assenza di specifici parametri di riferimento, vengono quantificati nel contratto i livelli economici dei corrispettivi (soluzione peraltro forse da preferire).

Relativamente alle tutele nel caso di eventi che rendano temporaneamente impossibile la prestazione (malattia, infortuni, maternità), si richiamano ovviamente le disposizioni del d.lgs. n. 276/2003, in qualche caso prevedendo condizioni più favorevoli.

Circa il recesso, generalmente sono elencate le ipotesi che legittimano il recesso *ante tempus* dal contratto. Tra queste, ritroviamo l'indicazione legislativa alla giusta causa.

Da segnalare la previsione, in diversi casi, di un obbligo di risarcimento nell'ipotesi di recesso anticipato non giustificato, con il richiamo all'art. 2227 c.c.

Comuni a diversi contratti sono poi le disposizioni su: diritti di precedenza per i collaboratori con determinata anzianità aziendale (sia per eventuali assunzioni con contratti di lavoro dipendente, sia per futuro ulteriore ricorso a contratti di collaborazione a progetto); diritti sindacali, formazione.

Avendo presenti contenuti e finalità della riforma legislativa del 2003, va anche evidenziata una certa consapevolezza, nelle organizzazioni sindacali, dell'opportunità, dopo la riforma stessa, di una più cosciente valutazione delle tipologie di lavori e delle caratteristiche della prestazione e della loro idoneità a configurare prestazioni di lavoro autonomo (parasubordinato).

In questo senso, a parte alcune posizioni «politico-strategiche», ad esempio espresse nelle linee di indirizzo previste dalla Cgil (in *RS*, 2004, n. 36, suppl.), ove si sottolinea l'incompatibilità con la fattispecie contrattuale del lavoro a progetto di prestazioni che comportino attività ripetitive, manuali e di ordine, non mancano casi in cui gli accordi si pongono sulla stessa linea, tentando di delimitare un'argine al di là del quale si estende un territorio di (presuntiva) pertinenza della subordinazione, che resta pertanto escluso alle collaborazioni autonome (parasubordinate); territorio che ricomprende, ad esempio, le «attività meramente esecutive» o «le mansioni amministrative ed esecutive», in particolare quelle comprese nel Ccnl applicato ai lavoratori subordinati presenti in azienda (v. in quest'ultimo caso l'accordo Assirm 29 settembre 2004).

Sul punto si ritornerà poco più avanti. Prima però, è opportuno rilevare che, sempre per le esigenze di risposta al nuovo dettato legislativo, i contratti si preoccupano generalmente di puntualizzare gli ampi margini di autonomia che i collaboratori hanno nella esecuzione della prestazione, in particolare in relazione ai tempi ed alle modalità di esecuzione, pur con gli eventuali necessari coordinamenti con l'organizzazione del committente; dal punto di vista temporale, ciò significa normalmente la possibilità, ad esempio, di decidere e comunicare gli orari di svolgimento della prestazione, e di presenza in sede, nell'ambito delle fasce temporali di presenza prestabilite con il committente.

Va detto però che, in qualche caso, le previsioni dei contratti risultano contraddittorie: come nel caso in cui, pur mantenendo le generali affermazioni di principio sulla autonomia dei collaboratori, esplicitano che questi ultimi durante l'esecuzione della prestazione dovranno attenersi alle istruzioni operative del responsabile del progetto o del programma di lavoro (cfr. Accordo del Gruppo COS del 13 gennaio 2005, in  indice A-Z, voce *Call center*), formula che di certo risulta poco coerente con il profilo di autonomia nello stesso contratto affermato qualche riga sopra ed invece più riconducibile all'espressione del potere direttivo tipico del datore di lavoro.

Così pure l'accordo Federippodromi (accordo del 15 luglio 2004 in [📖](#) indice A-Z, voce *Call center*), dove forti perplessità sollevano norme (come l'art. 6), in cui risulta assai velleitario lo sforzo di delimitare i margini di autonomia nel coordinamento temporale della prestazione con l'organizzazione del committente.

A questo punto possiamo riprendere il discorso più generale sulle tipologie di attività oggetto dei contratti e dei progetti/programmi ad esse relativi. Si tratta evidentemente di un nodo centrale, sia in generale per l'assetto del lavoro parasubordinato, e delle linee di politica del diritto sottese alla riforma del 2003, sia relativamente al ruolo ed alle responsabilità della stessa contrattazione collettiva, nel momento in cui quest'ultima rischia di legittimare, come collaborazioni autonome, attività che, per caratteristiche intrinseche e modalità di svolgimento, sono assai più compatibili con i connotati della subordinazione. Vero è che, secondo lo stesso orientamento della giurisprudenza, qualsiasi attività teoricamente si presta ad essere oggetto di contratti e rapporti di lavoro tanto subordinato che autonomo (e dunque anche parasubordinato); altrettanto vero però è che, si potrebbe dire, alcune attività si caratterizzano «in partenza» per modalità di svolgimento che inducono ad un *fumus*, una presunzione semplice, rispettivamente, di subordinazione o di autonomia, che certamente possono essere superate, ma a mezzo di una solida «prova contraria».

In particolare, è balzato all'attenzione il nodo problematico delle prestazioni degli addetti ai *call center*, specie in modalità c.d. *inbound* (sul tema, è noto il dibattito suscitato dalla circ. Min. lav. n. 17/2006, in [📖](#) indice A-Z, voce *Call center*, e dall'intervento degli ispettori del lavoro nei *call center* Atesia. Sulla questione, si rinvia alla documentazione raccolta in S. LOMBARDI (a cura di), *Il dibattito sui call center*, [📖](#) Dossier Adapt, 2006, n. 42, e in S. LOMBARDI, F. RICCARDI (a cura di), *Call center: un dibattito ancora aperto*, [📖](#) Dossier Adapt, 2006, n. 53). A tale proposito è evidente in qualche caso lo sforzo della contrattazione collettiva di adeguare la disciplina di tali attività al nuovo assetto legislativo: come, ad esempio, nell'accordo per i dipendenti del Gruppo COS, sopra richiamato, ove si individuano le attività svolte dai collaboratori e per le stesse si predispongono i requisiti essenziali del progetto/programma da inserire nel contratto individuale, allegando all'accordo stesso dei modelli standard di progetto/programma.

Invero, il tentativo risulta abbastanza velleitario, nella misura in cui il progetto/programma di lavoro si sostanzia in una mera elencazione (ripetizione) di attività (mansioni?) che non pare di alcun aiuto al fine di delimitare, con riferimento al contenuto ed alle modalità della prestazione, ed al risultato della stessa, i necessari requisiti di autonomia, che la disciplina legislativa vorrebbe invece far emergere.

Anche in altre ipotesi le perplessità non mancano, come nel caso dell'accordo Federippodromi poc'anzi citato. Pure qui è palese lo sforzo di adeguamento al nuovo assetto legislativo: si specificano (limitano) le attività per le quali poter utilizzare la tipologia del lavoro a progetto (la raccolta e il pagamento delle scommesse al totalizzatore dell'ippodromo, la sorveglianza degli ingressi ed altri servizi similari); si afferma la garanzia di ampia autonomia dei collaboratori quanto a tempi, orari e modalità di esecuzione della prestazione (ma con i limiti sopra evidenziati); si esplicitano le tutele (sostanzialmente ribadendo quelle legislative).

Se si scende però un po' in profondità sotto la superficie, emergono anche in questo caso dati non convincenti, in particolare quando si va a leggere il modello di contratto allegato, dove alla voce «progetto/programma» sostanzialmente si suggerisce di indicare (in pratica di ribadire) la generica attività da svolgere (la raccolta e il pagamento delle scommesse al totalizzatore dell'ippodromo, la sorveglianza degli ingressi, ecc.).

6.3. Fatte queste premesse, possiamo esaminare con più consapevolezza il regolamento in commento che, coerentemente con il sopra ricordato assetto generale degli incarichi e delle collaborazioni nel settore pubblico (prima delle recenti riforme del «decreto Bersa-

ni»), delimita il proprio ambito applicativo, escludendo, da un lato, le «collaborazioni di breve durata» (occasionalità); dall'altro lato, gli «incarichi che abbiano ad oggetto consulenze, studi o ricerche di elevata specializzazione comunque assimilabili ad attività libero professionale».

Ciò detto, va evidenziata una prima incongruenza: il regolamento, infatti, si apre con l'indicazione della normativa di riferimento (nazionale e regionale) dove, fra le altre disposizioni, vengono richiamati alcuni articoli del d.lgs. n. 276/2003, in particolare l'art. 1, comma 2, l'art. 61, comma 1, e l'art. 69. Ora, se è ovviamente corretto il richiamo all'art. 1, in quanto prevede, come ricordato, l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'ambito applicativo della legge, non altrettanto può dirsi per le altre disposizioni, che contengono il «nocciolo duro» della riforma delle collaborazioni coordinate e continuative (per il settore privato): ossia la necessaria riconducibilità ad un progetto/programma (art. 61, comma 1) e la presunzione di subordinazione per rapporti di collaborazioni instaurati senza il requisito (individuazione) del progetto/programma. La sovrapposizione dei richiami suscita perplessità: perché infatti sottolineare la non applicabilità della disciplina delle collaborazioni a progetto, se poi se ne richiamano parti essenziali? E ancora: perché, a quel punto, richiamare solo gli artt. 61, comma 1, e 69, quando, nella sostanza (tutele), come si vedrà, il regolamento si conforma alla disciplina del d.lgs. n. 276/2003, rispetto alla quale è anzi più favorevole? E ancora: il successivo art. 4 (forma e contenuti del contratto) prevede che «il contratto di collaborazione coordinata e continuativa viene conferito ai sensi e per gli effetti degli art. 2222 e segg. e art. 2229 e segg. del Codice Civile e art. 409 del c.p.c.», senza pertanto alcun riferimento alle norme del d.lgs. n. 276/2003 richiamate all'art. 1.

Insomma: «dentro» o «fuori» il lavoro a progetto? La risposta che viene dal regolamento risulta tutt'altro che chiara.

6.4. Nell'esaminare i contenuti del regolamento, ci sembra interessante farlo usando come chiave di lettura le due «sponde» del lavoro autonomo e subordinato, per verificare verso quale delle due, al di là della formale configurazione tecnico-giuridica, sono indirizzate le collaborazioni nella Regione Emilia, ed il grado di coerenza dell'indirizzo, a prescindere dal generico riferimento normativo iniziale, con i recenti orientamenti legislativi, oltre che, per altro verso, le affinità/diversità rispetto ai contenuti e caratteri della contrattazione collettiva, sintetizzati al § 6.2.

I riferimenti all'«autonomia» sono certamente scarsi ed essenzialmente formali; non a caso, quelli principali sono nella norma, sopra richiamata, dedicata a «forma e contenuti», ed essenzialmente consistono nel richiamo delle norme del codice civile sul lavoro autonomo (2222 e 2229 c.c.). A parte ciò, sono assai scarsi e poco significativi: sempre nell'art. 4, si prevede la necessaria indicazione nel contratto (non del progetto/programma) del «contenuto caratterizzante la collaborazione»; solo nell'art. 4.1. (durata) troviamo la correlazione tra durata e natura del *progetto* (ma anche, in alternativa, *dell'attività* oggetto della prestazione); così come, all'art. 4.3. (modalità di svolgimento) si notano le classiche «clausole di stile» secondo cui «il rapporto di collaborazione implica un collegamento funzionale con il committente e non comporta subordinazione gerarchica né obbligo di orario di servizio» e «il collaboratore presterà la propria opera *in piena autonomia e con le modalità da lui scelte*» (ma «compatibilmente con gli orari e le modalità di servizio nel cui ambito si svolge la prestazione oggetto dell'incarico, nonché tenuto conto delle esigenze di coordinamento del committente»). Ancora, l'unico serio riferimento al *risultato* è nell'art. 4.5., quale parametro (tra gli altri) per la determinazione del compenso.

6.5. Ben più numerosi e seri sono gli elementi per certi versi (più) tipici del lavoro dipendente che il regolamento inserisce nella disciplina, e nella tutela, del contratto e del rapporto di collaborazione, a partire dalla previsione (art. 4, ultimo comma), che prevede la

redazione di schemi-tipo di contratti di collaborazione, per garantire possibilmente *pari trattamento* ai collaboratori. I più importanti ed interessanti sono i seguenti, relativi ad elementi essenziali del rapporto.

- *Compensi (art. 4.5.)*. Sul punto, al di là della formula di rito che richiama il risultato e la durata, significativa è la previsione di una sorta di principio di parità di trattamento con i dipendenti dell'ente, volto a garantire, in linea di massima compensi (ma verrebbe da dire «retribuzioni») non inferiori, globalmente, a quelle dei lavoratori dipendenti, computando perfino quote di retribuzione accessoria, e tenendo conto degli oneri di quiescenza e dei contributi per il trattamento di fine rapporto, giungendo ad «equiparare» anche i trattamenti economici per trasferte (rimborsi spese – art. 4.6.). Il tutto si gioca sulla nozione di «attività di equivalente complessità» svolta dai dipendenti sui quali commisurare il trattamento, che non pare sempre facile da concretizzare, tenendo conto che talora la variabile temporale (orario di lavoro) potrebbe costituire l'unico serio elemento di rilevante differenziazione tra il lavoro dipendente e le collaborazioni (autonome), almeno per tutte quelle attività che non richiedano competenze particolarmente qualificate (ed a tale proposito si ricorda che l'accordo esclude dal proprio ambito gli incarichi di studio, consulenza e ricerca che richiedono comunque elevata specializzazione). Per azzardare un paradosso: il collaboratore che svolge attività (professionalità) paragonabili (equivalenti) a quelle di un impiegato di livello medio, deve essere parametrato al dipendente a tempo pieno o anche a quello a tempo parziale, considerato che la «complessità» dell'attività non cambia, se non sul piano «quantitativo»? Si vuol, cioè, dire, che in realtà l'unico elemento valutabile (anche) per l'attività del collaboratore non può che essere quello temporale, diventando assolutamente residuale la complessità dei compiti. Si deve pertanto concludere che il regolamento, evidentemente, presuppone una *sostanziale* equivalenza, sotto questo essenziale requisito, del rapporto del collaboratore con quello del lavoratore dipendente, e dunque una indubbia lontananza dai caratteri più tipici del lavoro autonomo.

- *Assenze e sospensione del rapporto (art. 5.1.)*. Nella parte dedicata alle tutele, ovviamente le assonanze con la disciplina del lavoro subordinato divengono ancora più evidenti e per molti versi incongrue rispetto al carattere (formalmente) autonomo del rapporto.

Si pensi alla disciplina delle «ferie» (perché tale è sostanzialmente quella del primo comma art. 5.1), che prevede la facoltà di assentarsi per 30 giorni l'anno, senza sospendere il rapporto e senza riduzione del corrispettivo, per consentire il riposo ed il recupero delle energie psico-fisiche (*sic!*). Il che, se si applica lo stesso criterio di ragionamento, evidentemente, non può non presupporre: 1) che il «collaboratore» debba garantire una «attività» e non un risultato; 2) che nell'anno (o comunque nel periodo di tempo considerato) questi svolga una prestazione (attività) quotidiana, necessariamente anche con controllo sullo svolgimento stesso (altrimenti cosa impedirebbe al collaboratore di gestirsi come meglio crede il tempo, e prendersi un giorno di riposo?).

Però poi, in ulteriore contraddizione, il successivo comma garantisce anche i «permessi» (per usare sempre un linguaggio «equivalente»), prevedendo che eventuali «impedimenti» documentati, inferiori a 15 giorni l'anno, non rilevano, se si garantisce comunque il risultato (conseguimento obiettivi). Non si chiarisce a cosa il collaboratore è «impedito», ma va da sé che il riferimento è alla presenza sul luogo di lavoro, non avendo altrimenti senso il riferimento al raggiungimento «comunque» del risultato. Resta, a quel punto, la curiosità di conoscere gli obiettivi (risultato), ovviamente predeterminati e che il collaboratore riuscirebbe a garantire pur prendendosi 14 giorni di «permessi».

Più favorevole rispetto alla disciplina del d.lgs. n. 276/2003 risulta la disciplina delle ipotesi di sospensione: malattia, infortuni, gravidanza, della quale va sottolineata in particolare l'estensione: a) per il collaboratore padre, del congedo «di paternità»; b) della disci-

plina delle cure parentali. Entrambe, come regolate dal d.lgs. n. 151/2001.

- *Diritti sindacali (art. 5.5.)*. Pure per i diritti sindacali, si prevede che l'ente «*ne agevola*» l'esercizio, con modalità «*analoghe*» a quelle dei lavoratori dipendenti. La formulazione, anche in questo caso, non è del tutto felice, anche se non dovrebbe dubitarsi che pure i collaboratori, come i dipendenti, debbano vedersi riconosciuti i «diritti» (nel senso di situazione soggettiva) sindacali. Necessariamente esplicita invece, giacché non più obbligatoria per legge, è la previsione del meccanismo delle deleghe per i contributi sindacali, mediante trattenuta sul compenso (mensile).

Anche per le rappresentanze sindacali, la disciplina non è del tutto chiara: il regolamento prevede infatti che i rappresentanti sindacali dei collaboratori sono comunicati all'ente a cura delle organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo. Resta però indeterminato se: 1) sono rappresentanze specifiche o comuni a quelle del personale dipendente; 2) nel primo caso, quali sono le modalità quali-quantitative di costituzione delle rappresentanze stesse. Si spera che sul punto intervenga la contrattazione «di ente» cui fa generale rinvio, in premessa, lo stesso regolamento.

6.6. Sulla base dei principali contenuti sopra esaminati, si può dunque arrivare a formulare delle valutazioni conclusive, seguendo la chiave di lettura adottata. E, infatti, se consideriamo logiche ed obiettivi della disciplina delle collaborazioni a progetto (d.lgs. n. 276/2003), «di considerare il lavoro coordinato e continuativo come una forma di lavoro autonomo genuino, e dunque di prevenire un utilizzo improprio di tale figura» (M. TIRABOSCHI, *Lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *GLav*, gennaio 2004, speciale, 17 e 20-21, ora in AA.VV., *Diritto del lavoro: i nuovi problemi, L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, 1455 ss.), logiche ed obiettivi ulteriormente rafforzati a seguito dei recenti chiarimenti ministeriali ed interventi degli organi ispettivi sopra ricordati, pare indubbio che il regolamento che qui si commenta si muove in tutt'altra direzione, ed appare ancora strettamente legato alla visione del lavoro par subordinato precedente al d.lgs. n. 276, pur come s'è visto richiamato (anche se parzialmente) dallo stesso regolamento tra le norme di riferimento. Da questo punto di vista, esso rivela indubbe affinità con alcune (negative) caratteristiche dei contratti collettivi per il settore privato messe in luce (al § 6.2.).

Per altro verso, anche sotto altra ottica, per così dire «estranea» rispetto all'indirizzo del 2003, le perplessità restano. Non si condividono, infatti, tanto più dopo la recente «rivistazione» dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001, le letture volte a «normalizzare», nel settore pubblico, il ricorso alle collaborazioni coordinate e quantitative come modalità di copertura di fabbisogno di personale alternativa ai rapporti di lavoro c.d. «flessibili» (somministrato ed a termine in particolare), per soddisfare cioè normali esigenze degli enti/amministrazioni. In generale, poi, come in più punti s'è avuto modo di evidenziare, e pur ovviamente apprezzando lo sforzo di incrementare le tutele di chi si trova nel «limbo» tra la subordinazione e l'autonomia, non convince la tendenza ad appiattare la disciplina delle collaborazioni su quella del lavoro dipendente. Ciò, soprattutto quando questo significa, nella sostanza, fingere talora di non scorgere la vera natura, subordinata, (delle modalità di svolgimento) dei rapporti o comunque, anche inconsapevolmente, legittimare esistenti patologie (cfr. M. ROCCELLA, *Contrattazione collettiva, azione sindacale, problemi di regolazione del mercato del lavoro*, in *LD*, 2000, 371).

Non a caso, forse, il regolamento quadro scarica alla contrattazione di ente la «patata bollente» della individuazione delle tipologie di prestazioni incluse o escluse dalla regolamentazione stessa.

Gaetano Natullo

Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi del Sannio

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Orario di lavoro

- *regolamentazione comunitaria (1.1. – 1.7.)*
- *orario di lavoro e strumenti di conciliazione (quadro europeo) (1.8. – 1.11.)*

Sciopero

- *strumenti di risoluzione del conflitto (quadro europeo) (2.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi» all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Orario di lavoro

1.1. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, *Direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, 4 novembre 2003, n. 88 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.2. C. Giust. 26 giugno 2001, in C-173/99, *R c. Secretary of State for Trade and Industry ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)* (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.3. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, PARLAMENTO EUROPEO, *Direttiva che modifica la direttiva 93/104/CE del Consiglio concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, al fine di comprendere i settori e le attività esclusi dalla suddetta direttiva*, 22 giugno 2000, n. 34 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.4. C. Giust. 3 ottobre 2000, in C-303/98, *SIMAP c. Conselleria de Saninad y Consumo de La Generalidad Valenciana* (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.5. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Direttiva concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, 23 novembre 1993, n. 104 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.6. *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori – «Carta Sociale»*, 9 dicembre 1989 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.7. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Risoluzione relativa ad un programma di azione sociale*, 21 gennaio 1974 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

(1.1. – 1.7.) La armonizzazione della disciplina comunitaria in materia di orario: un tentativo fallito di «umanizzazione»?

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Orario di lavoro ed umanizzazione. – **3.** Armonizzare la disciplina dell'orario di lavoro nell'Unione Europea. – **3.1.** *Segue:* i nuovi Paesi membri dell'Europa a 25. – **4.** Valutazione del modello dell'orario di lavoro nell'Europa allargata. – **5.** Conclusioni.

1. Anche nel campo della politica sociale il processo di creazione di un mercato unico ha svolto il ruolo di catalizzatore delle aspirazioni dell'Unione Europea (UE) nel momento in cui tali aspirazioni si sono tradotte in strumenti volti a evitare la concorrenza sleale e a garantire «un campo di gioco equo» fra gli Stati membri (cfr. T. HERVEY, *European Social Law and Policy*, Longman, Harlow, 1998, 7). Seppure infatti, negli anni Cinquanta, tanto il Rapporto Spaak che il rapporto Ohlin del Comitato di Esperti dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) avevano osservato come, per la creazione di un mercato comune, non fosse necessaria l'armonizzazione delle disposizioni sociali, conclusione formulata anche con riferimento specifico alla materia dell'orario di lavoro, agli inizi degli anni Settanta la recessione economica che l'Unione Europea ha vissuto ha portato a riconoscere che la politica economica e quella sociale avrebbero dovuto essere poste sul medesimo piano, e nel 1974 è stato adottato il primo Programma d'Azione Sociale (in epigrafe). Il programma costituisce, a sua volta, la base per la raccomandazione n. 457 del 1975 del Consiglio Europeo agli Stati membri sull'applicazione del principio delle 40 ore di lavoro a settimana e di 4 settimane di ferie retribuite nell'arco dell'anno. Successiva-

mente, nel 1979, la risoluzione del Consiglio sulla riorganizzazione dell'orario di lavoro del 18 dicembre ha rappresentato in concreto un passo avanti verso il riconoscimento dell'importanza della regolazione dell'orario di lavoro per affrontare la crescita, all'epoca repentina, del tasso di disoccupazione e la caduta dello sviluppo economico. La successiva bozza di raccomandazione «sulla riduzione e sulla riorganizzazione dell'orario di lavoro», la n. 943 del 1983, ha incontrato tuttavia l'ostacolo dell'allora neoeletto governo conservatore del Regno Unito, in base alla considerazione che la materia della flessibilità, nel funzionamento dei mercati del lavoro, doveva essere ricondotta all'ambito di competenza nazionale. Solo nel 1989, e con la persistente eccezione del Regno Unito, la diversa impostazione degli Stati membri rispetto alla questione della politica sociale, ha trovato infine un incontro con la stipulazione della Carta Europea dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, di seguito Carta sociale (in epigrafe). In particolare, la lettura composta dell'art. 7 e dell'art. 8 della Carta, relativi al miglioramento nelle condizioni di lavoro e di vita dei lavoratori e, specificatamente, al diritto al riposo settimanale per ogni lavoratore nonché alle ferie annuali retribuite, ha offerto alla Commissione l'opportunità di presentare una direttiva sulla regolazione dell'orario di lavoro intesa non come misura per creare occupazione ma piuttosto come strumento per garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori introducendo, così, un vero e proprio fattore ulteriore di «umanizzazione» nella politica sociale europea (M. SHANKS, *The social policy of the EC*, in *Common Market Law Review*, 1977, vol. 14, 373-380).

2. Lo scopo dichiarato della direttiva del 1993 sull'orario di lavoro (in epigrafe) è individuare «i requisiti minimi di salute e sicurezza per l'organizzazione dell'orario di lavoro». Essa si applica a tutti i settori di attività, sia pubblici che privati, come stabilito dalla direttiva quadro del 1989 sulla salute e sulla sicurezza, la n. 191, e «ai lavoratori» individuati sulla base della definizione di cui all'art. 3 della stessa direttiva quadro: risultano esclusi dal campo di applicazione, pertanto, i lavoratori autonomi mentre vi rientrano i lavoratori occasionali, temporanei, stagionali, a domicilio e i tele-lavoratori, rimanendo tuttavia incerta la posizione dei lavoratori tramite agenzia (vedi, in proposito, N. ADNETT, S. HARDY, *Reviewing the Working Time Directive: rationale, implementation and case law*, in *Industrial Relations Journal*, 2001, vol. 32, 114-116).

Quanto all'ambito oggettivo, nonostante l'intenzione della Commissione Europea fosse di estendere l'applicazione della direttiva a tutte le attività economiche, il Consiglio dell'UE ha escluso, in fase di redazione finale, i settori del trasporto aereo, ferroviario, stradale, marittimo, lagunare e relativo ai canali interni navigabili, il settore della pesca marittima e di altri lavori in mare e le attività dei medici in formazione. Solo nel 2000, successivamente alla pubblicazione, con la comunicazione n. 334 del 1997 della Commissione, del Libro Bianco relativo ai settori e alle attività esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva del 1993, è stata adottata la c.d. direttiva orizzontale, la n. 24, volta a disciplinare la materia rispetto ai settori e attività esclusi dalla direttiva precedente e riferita a tutte le categorie di lavoratori con eccezione dei c.d. lavoratori mobili rispetto ai quali, tuttavia, era comunque prevista una tutela minima di base con riferimento al numero massimo di ore lavorative su base annua e alla garanzia di adeguati periodi di riposo, ferie annuali retribuite e visite mediche per i lavoratori notturni.

Per quanto riguarda i singoli settori di attività, a livello di dialogo sociale è intervenuto l'accordo del 30 settembre 1998 tra le parti sociali dell'Unione Europea raggiunto nel vigore dell'art. 4 dell'accordo sulla politica sociale e recepito nella direttiva del Consiglio n. 63 del 1999; a livello di legislazione, invece, in data 11 marzo 2002 è stata adottata la direttiva del Consiglio n. 15 relativa alle persone che svolgono attività mobile di trasporto stradale.

La direttiva n. 99/95/CE ha poi previsto un numero massimo di ore lavorative e un periodo di riposo minimo. La Commissione Europea ha recentemente esaminato questa diret-

tiva e i suoi emendamenti nel tentativo di definire il concetto di «orario di lavoro» e i suoi limiti. Ai sensi della suddetta direttiva, l'orario di lavoro è definito come «tutto il periodo durante il quale il lavoratore sta eseguendo le sue mansioni, a disposizione del datore di lavoro e svolgendo le sue attività o funzioni nel rispetto della normativa nazionale e/o delle pratiche in uso» (art. 2 (1)). Il fatto che il lavoratore sia o meno retribuito non è rilevante ai fini della determinazione dell'orario di lavoro: un lavoratore, infatti, può essere retribuito anche durante una pausa ma quel periodo non rileva per la qualificazione dell'orario poiché il lavoratore non stava concretamente lavorando. «Qualunque altro lasso temporale è indicato come periodo di riposo» (art. 2 (2)). La domanda cruciale è se l'art. 2 (1) debba essere letto congiuntamente o disgiuntamente (sulla inadeguatezza del metodo congiuntivo, cfr. J. MCMULLEN, M. BREWER, *Working Time: Law and Practice*, Sweet & Maxwell, Londra, 2001, 37. Ma M. Hall suggerisce che «tutti e tre gli elementi della definizione devono essere soddisfatti», in M. HALL, R. LISTER, K. SISSON, *The New Law on Working Time – Managing the Implications of the 1998 Working Time Regulations*, Eclipse Group Ltd and Coventry: Industrial Relations Research Unit, Londra, 1998). Il caso dei «lavoratori a chiamata» evidenzia le difficoltà incontrate nella definizione della nozione di «orario di lavoro» e nell'interpretazione dei criteri contenuti nell'art. 2 (1). Nel caso *SIMAP*, riportato in epigrafe, dove la questione era se il tempo impiegato «a chiamata» dai medici fosse o meno da comprendere nel concetto di «orario di lavoro», la Corte di Giustizia (ECJ) ha stabilito che i tre criteri contenuti nell'art. 2 (1) della direttiva del 1993 vanno applicati congiuntamente; quindi, se un operaio è a chiamata sul suo posto di lavoro, tutto il tempo impiegato a chiamata costituirà orario di lavoro.

Inoltre, la definizione di «orario di lavoro» contenuta nella direttiva del 1993 può essere controversa anche per quanto riguarda altre situazioni particolari, quali le pause pranzo, il tempo per il trasferimento o per la formazione, il lavoro a domicilio, i contratti a tempo zero, il diritto allo svolgimento di attività sindacali, le responsabilità circa la tutela della salute e della sicurezza, lo svolgimento di funzioni pubbliche e le attività relative. In questi casi sarà il giudice a decidere l'esatto ambito d'applicazione della direttiva. Anche il rinvio alla prassi come metodo di implementazione nazionale della nozione di «orario di lavoro» può causare ulteriori difficoltà per la sua definizione. La differente trasposizione del termine nei vari Stati membri dell'UE può avere infatti l'effetto di escludere alcune categorie di lavoratori e di creare differenze nella protezione accordata agli stessi lavoratori all'interno dell'UE (sulla compatibilità tra le prassi nazionali e l'ambito applicativo della direttiva, cfr. *The Working Time Directive: A Spanish inquisition*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 1999).

3. L'adozione della direttiva del 1993 è intervenuta in un contesto di sistemi regolatori fortemente differenziati fra gli Stati membri dell'UE. Diversamente le questioni importanti relative all'orario di lavoro, quali le ore lavorative quotidiane e settimanali e le ferie, sono state regolate dalla legislazione nazionale. Come Adnett e Hardy (N. ADNETT, S. HARDY, *Reviewing the Working Time Directive: rationale, implementation and case law*, in *Industrial Relations Journal*, cit., 114-125, 119-121) osservano, in Paesi quali la Francia, la Spagna e la Svezia, la legislazione è intervenuta attivamente nella regolazione dell'orario di lavoro disciplinandola in dettaglio. In Germania, nei Paesi Bassi ed in Italia, invece, le parti sociali, nonostante una contrattazione collettiva dalla portata variabile, hanno regolato con efficacia l'organizzazione dell'orario di lavoro. Esaminiamo di seguito queste differenti regolamentazioni concernenti l'orario di lavoro in ogni Stato membro.

a) *Austria*. Come Stemberger, Bosch e Dawkins notano, le misure austriache sull'orario di lavoro hanno un alto grado di regolazione istituzionalizzata e centralizzata (vedi il contributo di G. STEMBERGER in G. BOSCH, P. DAWKINGS, F. MICHON, *Times are Changing: Working Time in 14 Industrialised Countries*, International Institute for La-

bour Studies, Ginevra, 1994). Tuttavia, un emendamento del *Working Act* del 1997, basato sull'accordo nazionale raggiunto dalle parti sociali il 17 febbraio 1997, ha facilitato l'alternanza fra riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro, con il riconoscimento del potere di derogare, negli accordi settoriali, alle limitazioni statutarie inerenti il normale orario di lavoro. Si veda, per esempio, l'accordo settoriale dell'industria metallurgica, che ha introdotto «il modello di larghezza di banda». Secondo questo modello, pertanto, viene definito un periodo di riferimento, durante il quale le ore lavorative annuali possono subire variazioni entro limiti massimi e minimi, a vantaggio di una generale riduzione dell'orario di lavoro. Anche il contratto collettivo del 2000 nel settore dell'informazione e della tecnologia ha introdotto un modello simile. Tuttavia essendo stabilito che, in linea di principio, l'orario di lavoro settimanale non deve superare le 40 ore, la legge ha consentito l'adozione di schemi di ore per anno attraverso i contratti collettivi.

È stata inoltre promossa la flessibilità nell'organizzazione della giornata lavorativa, fissata di regola nelle 8 ore, con l'introduzione, previa conclusione di contratti collettivi e in casi specifici, della giornata lavorativa di 10 ore e del lavoro domenicale. Per quanto riguarda le pause, è stato previsto un riposo quotidiano di un minimo di 11 ore e una pausa di mezz'ora quando la giornata lavorativa supera le 6 ore, mentre è stato stabilito il riposo al fine settimana o un riposo settimanale almeno di 36 ore. Ogni lavoratore ad oggi ha diritto ad un minimo di ferie retribuite di 5 settimane o di 30 giorni basati su una settimana di 6 giorni, che aumenta di 5 giorni dopo 25 anni di servizio, mentre non esiste ancora alcuna disposizione generale relativamente al lavoro notturno.

b) *Belgio*. La legge belga che è entrata in vigore nel gennaio 1999, ha ridotto l'orario di lavoro da 40 a 39 ore alla settimana rinviando a data futura una riduzione ulteriore dell'orario di lavoro da parte della contrattazione collettiva volontaria. Questa iniziativa è stata ulteriormente promossa nel 2000 quando è stato adottato il Libro sull'occupazione e la qualità della vita, che introduceva la settimana di lavoro di 38 ore entro il 1° gennaio 2003 e riconosceva incentivi economici in caso di: ulteriore riduzione a una settimana di 35 ore, riconoscimento del diritto ad una settimana lavorativa di 4 giorni limitatamente ad un lasso temporale di 5 anni, compiuta realizzazione di uno schema di *credit-time* secondo cui un lavoratore può acquisire il diritto ad una pausa di un anno durante la propria carriera, estensione della durata del congedo di paternità da 3 a 10 giorni ed infine in caso di trasformazione dei contratti di lavoro a tempo pieno in altri a tempo parziale per i lavoratori che abbiano compiuto i 50 anni di età o i 20 anni di servizio. L'uso molto diffuso di accordi a livello settoriale, come quello del 1999-2000 per i grandi magazzini, ha già iniziato a produrre notevoli cambiamenti nell'organizzazione dell'orario di lavoro grazie proprio alla libertà di scegliere le modalità attraverso cui realizzare la riduzione dell'orario di lavoro.

Nel 2000 un rapporto della Commissione ha rilevato tre importanti lacune nel recepimento belga della direttiva: innanzitutto l'esistenza di condizioni specifiche per acquisire il diritto alle ferie annuali può privare i lavoratori del diritto di prendere le ferie durante il primo anno del loro impiego, problematiche inoltre sono anche la possibilità di eccedere il limite massimo dell'orario di lavoro notturno/giornaliero dei turnisti, e la mancanza di qualsiasi misura specifica posta a tutela del lavoro notturno.

c) *Danimarca*. Secondo il modello di relazioni industriali danese, l'organizzazione dell'orario di lavoro è stata affidata quasi interamente alla contrattazione collettiva, che costituisce il principale se non l'unico strumento per realizzare le politiche nazionali riguardo sia alla regolamentazione del mercato di lavoro, sia all'implementazione delle direttive dell'Unione Europea. Il minimo di 5 settimane l'anno di ferie retribuite (circa i congedi retribuiti cfr. P. KONGSHØJ MADSEN, *Working Time Policy and Paid Leave Arrangements: the Danish experience in the 1990s*, in *TRANSFER – European Review of Labour and Research*, 1999, vol. 4, n. 4, 692) e la c.d. «regola delle 11 ore» posta a tutela

dei turnisti di cui all'art. 3 della direttiva del 1993 erano le uniche eccezioni a questa pratica. Infatti tali aspetti sono stati regolati dal *Work Environment Act* emendato nel dicembre del 1996 per implementare rispettivamente la direttiva sull'orario di lavoro del 1993, la direttiva n. 33 del 1994 sulla protezione dei giovani sul posto di lavoro e l'*Act on Holidays*. Tutte le disposizioni che regolano le ore lavorative quotidiane e settimanali, il lavoro durante il fine settimana, il lavoro a turni, il lavoro straordinario e altre questioni essenziali riguardanti l'orario di lavoro sono determinate dai contratti collettivi fra le parti sociali. Nonostante lo scarso utilizzo di clausole estensive (C. BLUMENSAADT, K. MOLLER, *Employment Options of the Future* (project n. 0152), National Working Paper – Denmark, Settembre 2000) e nonostante il fatto che il datore di lavoro non sia giuridicamente obbligato a firmare un contratto collettivo (si veda S. SCHEUER, *The Impact of Collective Agreements on Working Time in Denmark*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1999, vol. 37, n. 3, 465-466), l'effetto straripamento (*spillover*) di tali accordi è stato considerato talmente efficace da non avvertire l'esigenza di proteggere giuridicamente e in via eccezionale i lavoratori non coperti da tali contratti.

Ciò è particolarmente evidente nella materia dell'orario di lavoro collettivamente concordato, dove è stato rilevato che le clausole dei contratti collettivi sull'orario di lavoro normale hanno un chiaro effetto sull'intero mercato di lavoro. Infatti, l'ambito d'applicazione dei contratti collettivi non è così ampio come si pensava che fosse, poiché soltanto il 62% dell'intero mercato del lavoro danese è coperto dai contratti collettivi (cfr. S. SCHEUER, *Collective Bargaining Coverage under Trade Unionism: a sociological investigation*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1997, vol. 35, n. 1). La considerazione di quanto fosse inferiore l'effetto straripamento (*spillover*) in materia di lavoro straordinario e relativa retribuzione ha condotto la Commissione Europea a chiedersi se questo tipo di implementazione avesse garantito veramente a tutti i lavoratori una tutela sufficiente. Le garanzie successive che sono state offerte dai sindacati e dal Governo sono state rifiutate dalla Commissione fino a che, nel 2001, le parti sociali hanno deciso per il completo recepimento della direttiva del 1993 attraverso la legislazione sussidiaria. Ciò significa che ai contratti collettivi sull'orario di lavoro è stato riconosciuto valore legale mentre la legislazione supplementare ha regolamentato i settori non coinvolti dalla contrattazione.

La confederazione dei sindacati danesi (LO) e la confederazione dei datori di lavoro danesi (DA) hanno concluso nel 2000 «un accordo di esecuzione» applicabile a tutti i lavoratori (appartenenti alle rispettive organizzazioni) che non fossero stati coperti da un contratto collettivo ed anche ad entrambe le categorie di lavoratori organizzati e non. La DA ha assicurato che tutti i lavoratori al servizio delle imprese appartenenti alla stessa rientrassero nell'ambito di applicazione della direttiva del 1993. Da parte del Governo, attualmente vi sono garanzie di un suo prossimo intervento per proteggere i diritti dei lavoratori non coperti da contratto collettivo. Ad oggi l'orario di lavoro settimanale per statuto è fissato nelle 48 ore, sebbene non ci sia un limite massimo esplicito per ogni singola giornata lavorativa, tranne che per i lavoratori notturni.

d) *Francia*. Tradizionalmente in Francia, la materia dell'orario di lavoro è stata regolata da una normativa statale vincolante e dettagliata, che ha lasciato poco spazio alla contrattazione collettiva. Ciò nonostante, la Legge Robien del 1996, che ha spinto verso la riduzione concordata dell'orario di lavoro, e le Leggi Aubry del 1998 e del 2001 hanno stabilito con successo la settimana statutaria di 35 ore (art. L. 212-4 del Codice del lavoro francese) determinando il *boom* dei contratti a livello aziendale, un grado maggiore di flessibilità negoziata al livello delle imprese attraverso l'introduzione della annualizzazione delle ore, un maggior ricorso al lavoro a turni e un uso più esteso dei servizi o dei relativi orari di apertura. Il ricorso alla contrattazione aziendale piuttosto che a quella settoriale è dovuto alla difficoltà, per la contrattazione di settore, di raccogliere il consenso

di 5 sindacati differenti.

La Legge Aubry del 13 giugno 1998, che ha implementato la direttiva del 1993 (la Francia è stata condannata dalla Corte di Giustizia Europea per aver omesso di adottare le misure che implementano la direttiva, si veda C-46/99, *Commission c. France*, sentenza dell'8 giugno 2000), ha ridotto per legge la durata della settimana lavorativa da 39 a 35 ore cosicché, a partire dal 1° gennaio 2000, questa legge francese è stata applicata alle aziende con più di 20 lavoratori. Il monte ore annuale del lavoro straordinario è stato fissato nelle 130 ore salvo deroga da contratto collettivo o da autorizzazione amministrativa. L'importante ruolo riconosciuto dalla Legge Aubry alla contrattazione collettiva a livello dell'industria o dell'azienda come strumento di riduzione dell'orario di lavoro praticato e l'introduzione di un nuovo sistema di accordi Stato-azienda hanno costituito un doppio incentivo alla riduzione repentina dell'orario di lavoro da contratto.

Tuttavia, l'orario di lavoro settimanale massimo stabilito dalla legge è stato fissato nelle 46 ore su un periodo di 12 settimane consecutive. Nel corso di una singola settimana, inoltre, l'orario di lavoro può essere esteso ad un massimo di 48 ore. La legge quindi prevede una settimana lavorativa «normale» e un numero massimo di ore extra. Le ore di lavoro effettuate al di sopra della settimana lavorativa «normale» sono considerate lavoro straordinario e sono remunerate in quanto tali. Inoltre, l'orario di lavoro massimo giornaliero è di 10 ore. Ogni lavoratore francese ha diritto ad una pausa minima di 20 minuti, ad un periodo minimo di riposo quotidiano di 11 ore consecutive, salvo deroga da contratto collettivo, e ad un periodo di riposo settimanale di 24 ore, che in linea di principio comprende la domenica. La legge francese prevede 2 giorni e mezzo di ferie retribuite al mese, o 5 settimane su base annua salvo la concessione di giorni supplementari come forma di riduzione dell'orario di lavoro, mentre, contrariamente all'art. 8 della direttiva del 1993, non vi è una specifica disposizione sulla durata dell'orario notturno o di tipologie di lavoro che comportano rischi speciali o intensa fatica fisica o mentale.

La seconda Legge Aubry, che ha disposto norme legali più dettagliate per quanto riguarda la nuova organizzazione dell'orario di lavoro, ha escluso dall'ambito di applicazione soggettiva della norma, che dispone 35 ore lavorative a settimana, le cariche amministrative di maggior rilievo ed il personale sia direttivo che professionale denominato come intermedio o che lavora autonomamente. Per quanto riguarda le cariche di maggior rilievo, infatti, non si applicano loro le disposizioni del Codice del lavoro sull'orario di lavoro, mentre nel caso «del personale direttivo e professionale intermedio», l'orario di lavoro è calcolato in giorni piuttosto che in ore: 217 ore all'anno come limite massimo, un periodo di riposo obbligatorio di almeno 11 ore fra i giorni lavorativi e un periodo di riposo settimanale minimo di 35 ore consecutive. Quindi, la legge generalmente impone condizioni contrarie alla pratica di orari lavorativi più lunghi, che sono prevalenti fra il personale direttivo e professionale. Tale personale, quando invece è incorporato in un gruppo di lavoro ed è sottoposto ad un programma di lavoro collettivo in seno all'azienda, è tutelato da tutte le norme sulla riduzione dell'orario di lavoro (L. 212-15-2). Il Comitato Europeo dei Diritti sociali del Consiglio Europeo, responsabile di verificare la corretta applicazione della Carta Sociale Europea, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1961 ed emendata nel 1996, ha affermato che la Legge Aubry non è riuscita a fornire le garanzie circa la durata massima delle ore lavorative quotidiane e settimanali del personale direttivo e professionale intermedio, e che ciò ha impedito di riconoscere il lavoro straordinario retribuito al personale direttivo conformemente allo schema «giorni a costo fisso». Ancora, dal 3 settembre 2002, in seguito alle elezioni nazionali francesi, l'allora neo-Primo Ministro francese, Jean-Pierre Raffarin, ha ribaltato la legge ed ha cercato di reintrodurre la legge del 1989 ristabilendo la settimana lavorativa di 39 ore nel territorio francese (*Reform of the 35-hour week*, in *European Industrial Relations Review*, febbraio 2005, 28-31). Come risulta dal decreto del 22 dicembre 2004, n. 1381, le quote di orario di lavoro

straordinario realizzate nel regime della Legge Aubry sono aumentate da 180 a 220 all'anno, escludendo la settimana di 35 ore lavorative.

e) *Finlandia*. Grazie ad un alto grado di unità e all'esistenza di accordi nazionali tripartiti fra le maggiori organizzazioni del mercato del lavoro, il governo finlandese ha modellato l'organizzazione nazionale dell'orario di lavoro proprio sull'esempio della negoziazione autonoma. Attraverso il consenso delle parti sociali a questi accordi dalla portata nazionale, un margine considerevole di divergenza è lasciato alle soluzioni offerte da accordi locali (cfr. S. SALMI, J. LAMMI-TASKULA, A. KARTTUNEN, *Actual and Preferred Working Hours: National Report*, Finlandia, 2004). Se da un lato sono stati introdotti metodi innovativi per aumentare i tempi di gestione aziendale in armonia con orari di lavoro individuale più brevi (i modelli di rotazione delle mansioni, il modello sabbatico e il modello 2 turni-6 ore sono stati usati per la riorganizzazione degli schemi di lavoro, cfr. P. PELTOLA, *Working Time Reduction in Finland*, in *TRANSFER – European Review of Labour and Research*, 1998, n. 4, 729), come conseguenza di una norma legale flessibile, il *Working Time Act* del 1996 ha, d'altra parte, offerto ai contratti collettivi sempre maggiori opportunità di modificare gli standard imposti dalla legislazione in questa area. Più specificamente, la legge del 1996 ha previsto un massimo di 40 ore lavorative a settimana e di 8 ore al giorno, mentre il limite massimo di lavoro straordinario è stato fissato nelle 138 ore nell'arco di 4 mesi e nelle 250 ore all'anno. Le ore lavorative settimanali possono anche essere fissate mediamente nelle 40 ore durante un periodo di 52 settimane attraverso contratti collettivi ed accordi locali fra il datore di lavoro ed il rappresentante eletto dei lavoratori. La legge, inoltre, ha disposto il diritto ad un riposo quotidiano ininterrotto di 11 ore, ad un riposo settimanale di 35 ore, preferibilmente compresa la domenica, e ad una pausa di almeno un'ora, riducibile a 30 minuti in casi specifici, quando la giornata lavorativa è più lunga di 7 ore. Il lavoro notturno, che è definito come lavoro continuato tra le 23.00 e le 06.00, è consentito soltanto in casi tassativi, non essendo state adottate le disposizioni poste a tutela del lavoro notturno previste dall'art. 10 della direttiva del 1993. Per concludere, è stato riconosciuto il diritto a 2 giorni di ferie al mese, qualora il lavoratore stia lavorando per il datore di lavoro da almeno 14 giorni o da 35 ore, il che comporta 5 settimane l'anno di ferie retribuite. La domenica è stata esclusa dal calcolo dei giorni di ferie annuali, mentre un lavoratore che sia stato impiegato per almeno un anno guadagna 2 giorni di permesso per ogni mese di credito ferie, che è uguale a 4 settimane all'anno.

f) *Germania*. Il modello tedesco di organizzazione dell'orario di lavoro riflette la struttura fortemente centralizzata di contrattazione collettiva che è, insieme alla negoziazione a livello aziendale basata sui bisogni di settore o della singola azienda, una caratteristica significativa del mercato del lavoro tedesco. Prima dell'approvazione della legge tedesca del 1994, che ha trasposto la direttiva direttamente nella legislazione nazionale, la organizzazione dell'orario di lavoro era stata regolata da una legge risalente al 1938. Il modello tedesco attuale adotta «conti di orario di lavoro» individuali che hanno incentivato l'introduzione di disposizioni flessibili relativamente all'orario di lavoro. Alla riduzione dell'orario di lavoro annuale e settimanale, che è iniziata negli anni Ottanta come conseguenza dei contratti collettivi (cfr. H. SEIFERT, *Working Time Policy in Germany: Searching for New Ways*, in *TRANSFER – European Review of Labour and Research*, 1998, n. 4, 621), si sta sostituendo sempre più quella operata dalla contrattazione di settore e da accordi a livello aziendale, accordi che tendono a scambiare la flessibilità dell'orario di lavoro con la sicurezza sul lavoro e con la riduzione del lavoro straordinario.

Anche se l'orario di lavoro era stato disciplinato in Germania sin dal 1938, è stato solo con la legge del 1994 sull'orario di lavoro che la flessibilità attraverso i contratti collettivi ha contribuito significativamente a quel cambiamento di direzione. La legge del 1994 ha disposto un periodo di riposo quotidiano non inferiore a 11 ore, un periodo di riposo set-

timanale minimo di 35 ore che include generalmente la domenica e una pausa almeno di mezz'ora se la giornata lavorativa è più lunga di 6 ore (pausa che diventa di 45 minuti se la giornata supera le 9 ore). Le ferie retribuite annuali sono fissate in un minimo di 24 giornate lavorative, mentre si osserva una tendenza deregolatoria in caso di lavoro notturno e a turni. Il lavoro notturno, infatti, è definito come l'attività prestata nel periodo di tempo compreso tra le 23.00 e le 6.00 ed è stabilito in un massimo di 8 ore lavorative giornaliere. Questo limite tuttavia può essere esteso a 10 ore qualora la media delle 8 ore non venga superata in un periodo di riferimento di 4 settimane.

La possibilità per le parti sociali di stabilire un periodo di riferimento più lungo per l'orario di lavoro settimanale, insieme alla mancanza di disposizioni legislative che limitino l'estensione del periodo di riferimento, potrebbe portare ad un massimo di 48 ore di lavoro a settimana, limite che la stessa direttiva del 1993 prevede possa essere superato. Tuttavia, secondo un'indagine di IG Metall (*A return to the 40-hour week?*, in *European Industrial Relations Review*, febbraio 2005, 32-36), le ore lavorative contrattuali all'interno del territorio tedesco variano, in media, dalle 35 alle 37 ore alla settimana.

g) *Grecia*. Storicamente la legge ellenica ha fornito un quadro giuridico completo dei rapporti di lavoro anche in materia di orario di lavoro. Per esempio, un decreto presidenziale del 1932 (FEK 212 A/4.7.1932), successivamente emendato dalla l. n. 515 del 1970 (FEK 95 A/22.4.1970), ha imposto un orario di lavoro quotidiano massimo di 8 ore e un massimo di 48 ore lavorative a settimana per i lavoratori che lavorino 6 giorni alla settimana. Dal 1975 fino al 1984, si è assistito ad una riduzione considerevole dell'orario di lavoro contrattuale senza alcuna riduzione della retribuzione attraverso la contrattazione collettiva e la procedura arbitrale: tali strumenti indicano chiaramente il ruolo della legislazione come rete di sicurezza nel campo dell'organizzazione dell'orario di lavoro. La l. n. 2639 del 1998 (l'art. 3 della l. n. 2639/1998 ha sostituito l'art. 41 della l. n. 1892/1990, *Regulations on Working Time*, all'interno della struttura stabilita dalla direttiva del 1993) è stata specificamente progettata al fine di armonizzare le relazioni industriali greche con gli sviluppi europei, in previsione dell'implementazione della direttiva sull'orario di lavoro del 1993 nella legislazione nazionale, che è avvenuta nel 1999 con il decreto presidenziale n. 88 del 1999 (FEK 94, A/13.5.1999). In effetti, le disposizioni della l. n. 2639 del 1998 sono state progettate per decentralizzare la regolamentazione dell'orario di lavoro attraverso la delega di competenza nelle questioni inerenti l'orario di lavoro alla contrattazione di impresa e per prevedere l'estensione del periodo di riferimento utilizzato per calcolare l'orario di lavoro medio.

In particolare, mentre tutti i settori delle attività, sia pubblici che privati, rientrano nell'ambito di applicazione della legge sull'orario di lavoro (si veda l'art. 1, § 3, del decreto presidenziale n. 17/1996, *Measures for the Improvement of Safety and Health of Workers during Employment in accordance with Directives 89/391/EEC and 91/383/EEC*), il personale di servizio domestico, dell'aviazione, del settore ferroviario, stradale, del trasporto marittimo e per vie di navigazione interna, della pesca marittima e in altre attività in mare, il personale in divisa (uniforme) delle forze munite e delle forze di sicurezza ed infine i medici in formazione sono stati esclusi dalla direttiva. L'art. 2 della suddetta legge, inoltre, ha definito l'orario di lavoro come il tempo durante il quale il lavoratore «sta lavorando a disposizione del suo datore di lavoro e sta svolgendo le sue attività o funzioni», escludendo da tale computo le pause effettuate durante il lavoro. La giurisprudenza greca, a questo proposito, ha effettuato una distinzione fra una disponibilità *genuina* dei lavoratori, nei confronti della quale vengono applicate le norme del diritto del lavoro, e una disponibilità *semplice*, nel cui caso, a meno che un contratto di lavoro individuale o un contratto collettivo stabiliscano diversamente, non venga accordata la tutela delle norme giuslavoristiche. La differenza rinvenuta in dottrina tra i due tipi di disponibilità consiste nel fatto che quella genuina prevede la presenza fisica del lavoratore

sul posto di lavoro, ma il tempo da lui prestato al datore è tempo libero da qualsiasi occupazione, mentre la disponibilità semplice presuppone che il lavoratore ponga a disposizione non solo la sua presenza ma anche parte del suo tempo. Di conseguenza, ai medici, che rimangono all'ospedale durante la turnazione e forniscono i loro servizi soltanto quando vengano loro richiesti, non sono riconosciuti i diritti forniti dalla legislazione generale sul lavoro.

Se da un lato la Grecia non si è avvalsa della clausola di rinuncia contenuta nella direttiva sull'orario di lavoro del 1993, dall'altro ha tratto dalla direttiva la maggior parte delle altre deroghe disponibili. L'art. 14 della l. n. 2639 del 1998, infatti, non ha implementato le disposizioni relative ai periodi di riposo quotidiani e settimanali, alle pause durante l'orario lavorativo, all'orario di lavoro settimanale massimo e alla durata del lavoro notturno, nel caso di personale direttivo, di familiari coadiuvanti e di quanti celebrano cerimonie religiose in chiese e comunità religiose (art. 14, § 1, del decreto presidenziale. In questo caso è applicabile il principio generale della protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori), mentre il § 2 dello stesso articolo prevede, tranne nel caso del limite massimo di ore lavorative a settimana, delle eccezioni a queste stesse disposizioni in presenza di alcune c.d. «circostanze speciali», a patto che sia possibile un riposo compensativo. Per concludere, secondo l'art. 14, § 3, i contratti collettivi conclusi fra le due parti delle relazioni industriali, a livello nazionale, aziendale e regionale, possono derogare alle disposizioni relative al periodo di riposo quotidiano e settimanale, alle pause e alla durata del lavoro notturno, a patto di prevedere un periodo di riposo compensativo.

Per di più, è possibile disporre di una distribuzione flessibile delle 138 ore lavorative, in modo da avere più ore lavorative in periodi particolari dell'anno e meno in altri periodi, ciò attraverso gli accordi fra i dirigenti e i lavoratori nelle imprese che applicano una settimana lavorativa standard di 40 ore, a condizione che l'orario di lavoro settimanale medio all'anno sia fissato nelle 38 ore. Perché tali disposizioni possano essere applicate, ci deve essere un contratto collettivo a livello aziendale, o un accordo fra il datore di lavoro ed il sindacato nell'impresa o il consiglio di fabbrica, o fra il datore di lavoro e le associazioni dei lavoratori nelle imprese dove ci sono almeno 20 impiegati.

Tuttavia non è stato stabilito un limite massimo di ore di lavoro quotidiane e quindi continuano ad applicarsi le disposizioni precedenti relative ai periodi di riposo (12 ore ininterrotte al giorno) e al limite massimo di ore lavorative a settimana (48 ore).

h) *Irlanda*. In questo Paese sono evidenti una crescente eterogeneità delle disposizioni sull'orario di lavoro e l'interesse economico a sostenere la flessibilità in questa materia, mentre allo stesso tempo iniziative relative all'orario di lavoro, come «*family friendly*», una campagna di umanizzazione, hanno portato all'istituzione «di una struttura nazionale per le politiche *per la famiglia*» che mira ad assicurare un migliore equilibrio fra i tempi di lavoro e i tempi per la famiglia (cfr. *Comparative Supplement: Working Time Developments and the Quality of Work*, in *EIRO Observer*, 2002, n. 2). Questa nuova legge ha abrogato i *Conditions of Employment Acts* del 1936 e del 1944, gli *Shops (Conditions of Employment) Acts* del 1938 e del 1942, il *Night Work (Bakeries) Act* del 1936 e del 1981 e, infine, l'*Holidays (Employees) Act* del 1973, garantendo così una maggiore flessibilità del lavoro. Questa tendenza a riconoscere l'importanza del rapporto tra orario e qualità del lavoro è stata riconosciuta nella XX sezione, § 1 (a) dell'*Organisation of Working Time Act* del 1997, che ha imposto al datore di lavoro l'obbligo, quando organizza le ferie annuali, di tenere in considerazione le esigenze del lavoratore, di conciliare le responsabilità familiari da un lato e professionali dall'altro. La legge del 1997, che ha implementato la direttiva del 1993, ha fissato nelle 48 ore settimanali il limite massimo di ore lavorative su una media di 4 settimane, mentre il periodo calcolato in media, che può essere esteso a 12 mesi attraverso la contrattazione collettiva, ha condotto a sempre più numerosi accordi sull'orario di lavoro per annualità (si veda J. WICKMAN, *Employment Options of the Fu-*

ture: *National Report – Ireland*, European Foundation for the Improvement of Working and Living Conditions). Nonostante non venga stabilito il limite massimo di durata della giornata lavorativa, il tetto di 13 ore può farsi derivare dall'applicazione del minimo periodo di riposo quotidiano di 11 ore contenuto nella direttiva del 1993; d'altra parte viene sancito esplicitamente un diritto a 15 minuti di pausa ogni 4 ore e mezza di lavoro e una pausa di 30 minuti ogni 6 ore, salvo deroghe per casi specifici. Sono stati previsti poi un periodo di riposo di 35 ore ogni 7 giorni di lavoro, con la possibilità di indicare un periodo di riferimento di 14 giorni, e un minimo di ferie retribuite annuali di 4 settimane. Il lavoro notturno, che comprende il periodo di tempo compreso fra le 24.00 e le 7.00 del mattino, è stato consentito ma non per più di 8 ore in un periodo di 24 ore, mentre non sono state inserite disposizioni concernenti il lavoro a turni. La legge, attraverso il divieto di contratti a chiamata, l'istituzione di un premio per il lavoro domenicale e la mancanza di «rinunce» individuali alla settimana lavorativa media di 48 ore, ha assicurato una tutela adeguata ai lavoratori ed è stata definita come «un approccio sociale di *partnership* alle relazioni industriali e agli sviluppi economici in generale» (cfr. J. WICKMAN, *op. cit.*).

i) *Italia*. La promulgazione tardiva da parte del Governo italiano della relativa legge del 1998 solo nel 2003 (la legge di riforma del lavoro è il frutto di una proposta del compianto Professore Marco Biagi), che ha stabilito la riduzione dell'orario lavorativo settimanale da 40 a 35 ore a partire dal 1° luglio 2003 nelle imprese con più di 15 lavoratori, ha incontrato la feroce opposizione delle organizzazioni dei datori di lavoro italiani, le quali sostenevano che, tra le altre cose, questa legge avrebbe eliminato il ruolo tradizionale delle parti sociali nella regolazione dell'orario di lavoro attraverso la contrattazione collettiva (cfr. M. BIAGI, F. BACCHIEGA, A. LOPEZ, M. TIRABOSCHI, A. TOSATTI, *Employment Options of the Future: project n. 0152 – Actual and Preferred Working Hours, Italian Report – First Draft*, European Foundation for the Improvement of Working and Living Conditions). Questa legge relativamente recente ha regolato la struttura dell'orario di lavoro ed ha consentito un alto livello di «flessibilità controllata» in questa materia. Innovativi strumenti come il dialogo sociale e la consultazione a livello locale sui «tempi della città» hanno recentemente contribuito alla conciliazione dei tempi di lavoro e delle ore di apertura dei sistemi di servizi locali e delle infrastrutture. Il numero crescente di contratti collettivi a livello aziendale ha condotto al ricorso diffuso al lavoro a turni, al lavoro durante il fine settimana, allo straordinario e ai contratti atipici (cfr. M.S. LODOVICI, *Italy: the Long Times of Consensual Re-regulation*, in G. ESPING-ANDERSEN, M. REGINI, *Why Deregulate Labour Markets?*, Oxford University Press, Oxford, 2000), mentre gli accordi settoriali hanno promosso maggiore flessibilità con la creazione degli *account* di tempo e lo sviluppo delle ore «*multi-period*». Esempio di tale pratica è stato l'accordo raggiunto nel settore metallurgico del 1997, che ha permesso la variazione dell'orario di lavoro settimanale fra le 32 e le 48 ore attraverso accordi a livello aziendale e ha avviato diversi *account* di tempo per realizzare «una banca di ore» per il lavoro straordinario, affinché lo straordinario sia assunto come una forma di permesso, e non come una forma di retribuzione. Ciò è stato introdotto dalla l. n. 196/1997, che più successivamente è stata modificata e regolata dalla l. n. 409/1998 e dalle circolari n. 339/2000 e n. 95/2000: questi interventi legislativi hanno consentito al lavoratore di scegliere come usare le sue ore di lavoro straordinario secondo i suoi bisogni personali, al pari dei periodi di riposo supplementari o della retribuzione supplementare per lo straordinario.

Secondo la legge italiana, il lavoro straordinario non può eccedere le 2 ore al giorno, le 12 ore a settimana, le 80 ore a quadrimestre e le 250 ore all'anno (la l. n. 549/1995 ha aumentato il costo del lavoro straordinario ed impone un supplemento per ogni ora di lavoro fra le 40 e le 44. I contratti collettivi, tuttavia, possono stipulare altri limiti rispetto a quelli stabiliti dalla legge). Non è previsto alcun limite legale per il riposo quotidiano, mentre il riposo settimanale è fissato nelle 24 ore, che dovrebbero, in linea di principio,

coincidere con la domenica, ai sensi della l. n. 370 del 1934. Le ferie annuali invece non sono disciplinate dalla legge; la Costituzione, all'art. 36, e il Codice civile (art. 2109) riconoscono il diritto generale alle ferie annuali mentre nessuna disposizione di legge disciplina la sostituzione delle ferie con pagamento *in lieu*. Tuttavia la loro durata è determinata solitamente dai contratti collettivi o individuali. Il decreto n. 532 del 1999 ha definito, in assenza di un contratto collettivo, «lavoratore notturno» colui che effettua il turno di notte per 80 giorni lavorativi all'anno, mentre ha fissato nelle 8 ore il limite massimo lavorativo dei turnisti di notte e ha riconosciuto la possibilità di concludere un contratto di lavoro *multi-period*. La nuova legge del 2003 ha infine confermato un tetto massimo di 48 ore lavorative a settimana, consentendo al mercato del lavoro italiano una maggiore flessibilità.

j) *Lussemburgo*. Dal 1966 il Lussemburgo ha disciplinato per legge l'organizzazione dell'orario di lavoro e la settimana lavorativa media in questo Stato è fissata nelle 40 ore su 5 giorni. L'attuale disciplina è regolata dalle leggi del 9 dicembre 1970 e del 12 novembre 1971, come modificate dalle leggi del 12 febbraio 1999, dell'8 marzo 2002 e del 20 dicembre 2002. Queste leggi hanno fissato nelle 10 ore il limite massimo di una giornata lavorativa e nelle 48 ore il limite settimanale. Il ricorso al lavoro straordinario richiede per legge una preventiva autorizzazione del Ministro del lavoro ed in generale è consentito soltanto in circostanze speciali. È proibito il lavoro domenicale, ma sono previste determinate eccezioni – come nei negozi, per i giovani, negli hotel, negli ospedali ed in altre attività di interesse pubblico. La durata minima delle ferie è di 25 giorni, ma il contratto collettivo ed i contratti individuali possono offrire condizioni più favorevoli (attualmente è collettivamente accordato il diritto ad un periodo di ferie medio di 28 giorni).

k) *Paesi Bassi*. La legge olandese ha previsto la possibilità per le parti sociali di accordarsi circa le riduzioni dell'orario di lavoro attraverso la contrattazione decentralizzata (cfr. J. PLANTEGA, R.A.J. DUR, *Working Time Reduction in the Netherlands: Past Developments and Future Prospects*, in *TRANSFER – European Review of Labour and Research*, 1998, vol. 4, n. 4, 678.) con un'estensione delle ore lavorative e lo sviluppo del lavoro part-time (Freeman si riferisce al caso olandese come «alla prima economia *part-time* nel mondo». Cfr. R.B. FREEMAN, *War of the Models: Which Labour Market Institutions for the 21st Century?*, in *Labour Economics*, 1998, vol. 5, 1, e J. PLANTEGA, R.A.J. DUR, *op. cit.*, 678-681/682). L'introduzione del *Working Hours Act* del 1995, proponendosi di tutelare la salute, la sicurezza ed il benessere dei lavoratori e di migliorare l'equilibrio fra i tempi di vita ed i tempi di lavoro, come la flessibilità negoziata, ha trasferito le decisioni inerenti l'orario di lavoro a livello aziendale o di impresa e ha disciplinato un sistema di orario di lavoro flessibile attraverso l'introduzione del modello di regolazione consultivo. Una caratteristica peculiare del sistema olandese è inoltre l'enfasi sull'equilibrio fra occupazione e tutela. L'*Adaptation del Working Hours Act*, che è entrata in vigore dal 1° luglio del 2000, infatti, ha incoraggiato la conciliazione tra lavoro ed obblighi di tutela sia per gli uomini che per le donne. In base a questa nuova legge, è stata resa possibile la deroga, in presenza di determinate circostanze, alle norme standard sull'orario di lavoro per mezzo di contratti collettivi con i sindacati o di un accordo scritto fra il datore di lavoro ed il consiglio di fabbrica o «la rappresentanza dei lavoratori» e di due successivi accordi che sono limitati alle questioni quali i periodi di riposo, le pause, il lavoro notturno ed il lavoro domenicale. Per esempio, se da un lato l'*Act* ha fissato nelle 45 ore l'orario di lavoro settimanale massimo e una media di 40 ore settimanali calcolata su 13 settimane, d'altra parte, per mezzo di contratti collettivi, è possibile derogare a tali disposizioni, in base ad un periodo di riferimento che prevede mediamente un massimo di 50 ore a settimana su un periodo di 4 settimane e un massimo di 45 ore a settimana su un periodo di 13 settimane. L'*Act* inoltre ha imposto un periodo di riposo quotidiano di 11 ore per ogni 24 ore, una pausa dalla durata variabile dopo 5 ore e mezzo di lavoro

ro, una giornata lavorativa massima di 9 ore o di 10 ore se così deciso dalla contrattazione collettiva e un periodo di riposo ininterrotto di 36 ore su 7 giorni. Il rapporto della Commissione Europea sullo stato di implementazione della direttiva sull'orario di lavoro del 1993 ha evidenziato, in questa disciplina nazionale, la mancanza di riferimento ai motivi ed alle attività specifiche citate nell'art. 17 della stessa direttiva. Per quanto riguarda anche il lavoro notturno, si noti che la legge non distingue fra lavoro notturno normale e lavoro notturno che comporta rischi speciali o intensa fatica fisica o mentale. La legge ha fissato il limite di ricorso al lavoro notturno nelle 8 ore per notte. Tuttavia, una procedura di consultazione può spostare il limite alle 9 ore per notte, benché le ore settimanali medie non possano eccedere le 40 ore in un periodo di riferimento di 13 settimane. Allo stesso tempo il Codice civile ha riconosciuto al lavoratore il diritto alle ferie annuali pari ad almeno 4 volte i giorni lavorativi settimanali concordati (nel 2000, il numero medio di giorni di ferie annuali concordato collettivamente era di 31 giorni ed ha costituito il dato più alto nell'Unione Europea, fonte: EIRO).

La possibilità di ricorrere all'orario di lavoro anche irregolare e le numerose variazioni individuali alla lunghezza della settimana lavorativa insieme alle riduzioni dell'orario di lavoro sono state il risultato di questa misura legislativa (cfr. J. PLANTEGA, R.A.J. DUR, *op. cit.*, 678). Tuttavia, una valutazione svolta nel 2000 del *Working Time Act* del 1995 ha messo in luce la scarsa osservanza, da parte delle organizzazioni sindacali, dell'impegno di nominare un organo di partecipazione dei lavoratori, nonché l'assenza nella negoziazione di molti organi di partecipazione dei lavoratori e la generale mancanza di risolutezza e di contatto da parte del consiglio di fabbrica con i relativi membri (J.W.M. MEWISSEN, R. KNEGT, W. ZWINKELS ET AL., *Arbeidstijden in overleg? Evaluatie van de Arbeidstijdenwet*, The Hague, Ministero degli affari sociali e del lavoro, 2001, in <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2001/10/Feature/NL0110102F.html>. Nel documento *Moving towards customised conditions of employment*, viene enfatizzato il ruolo della contrattazione di settore nella formazione dei rapporti di lavoro).

l) *Portogallo*. Nel maggio del 2004, il Parlamento portoghese ha approvato il nuovo Codice del lavoro (PT0312107F). Questo codice ha regolamentato, emendandoli, tantissimi aspetti preesistenti del diritto del lavoro. I datori di lavoro portoghesi hanno sostenuto il codice, ma hanno richiesto cambiamenti più profondi e difficilmente realizzabili. Tuttavia, l'opposizione parlamentare e le due principali associazioni sindacali – la Confederazione Generale dei Lavoratori Portoghesi (*Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses*, CGTP) e l'Unione Generale dei Lavoratori (*União Geral de Trabalhadores*, UGT) – erano unanimi nel criticare duramente il codice.

Le parti più controverse della legge erano quelle in conflitto con la Costituzione Portoghese, comprese le nuove disposizioni del 2004 sull'orario di lavoro che hanno dato vita ai contratti collettivi per i giornalisti (un orario di lavoro di 7 ore al giorno), per il settore del commercio e della vendita al dettaglio (una riduzione dell'orario di lavoro settimanale da 44 a 40 ore). Due accordi hanno poi introdotto la regolazione dell'orario di lavoro settimanale flessibile e ulteriori tre accordi hanno aumentato la durata delle ferie annuali. Preoccupazioni sono emerse relativamente alla durata del lavoro part-time nei due contratti collettivi.

m) *Spagna*. In Spagna, una proposta di legge del 1999 che introduce la settimana lavorativa di 35 ore senza una riduzione retributiva è stata respinta dalla maggioranza in Parlamento. Tale proposta è stata presentata dalle varie organizzazioni sociali, dai sindacati e dai gruppi di sinistra attraverso «la procedura della proposta di legge popolare», che consente ai cittadini di proporre una legge direttamente al Parlamento a condizione che si sia raccolto un certo numero di firme. Invece, la settimana di 35 ore è stata poi introdotta dai contratti collettivi, specialmente nelle Pubbliche Amministrazioni regionali, nei servizi pubblici ed in maniera inferiore nel settore privato. Inoltre tantissime iniziative sulla ri-

duzione dell'orario di lavoro e sulla sua organizzazione sono state promosse attraverso accordi principalmente a livello aziendale. L'annualizzazione dell'orario di lavoro come alternativa al lavoro straordinario e la sua distribuzione irregolare hanno trovato in sostanza molta espansione ed hanno reso maggiore il ricorso al lavoro a turni, al tempo flessibile (definito come «qualsiasi schema che individui le ore lavorative totali per un periodo più lungo di un giorno, di modo che i lavoratori possano variare il numero di ore di lavoro effettuate ogni giorno e possano comprimere il loro tempo del lavoro in pochi giorni in modo da accumulare il diritto a giorni di ferie supplementari») e ai programmi di lavoro diversi da una settimana all'altra (si veda *Annual Review for Spain 2001*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions). La limitazione della regolazione dell'orario di lavoro insieme al trasferimento dei poteri regolatori ai contratti collettivi, introdotta dalla riforma del lavoro del 1994, ha riconosciuto alle aziende ed ai rappresentanti dei lavoratori il diritto di stabilire una distribuzione irregolare dell'orario di lavoro nel corso dell'anno, entro i limiti delle pause e dei periodi di riposo e sempre a condizione che manchi un contratto collettivo in quel settore.

Lo Statuto dei lavoratori del 1994 ha stabilito che l'orario di lavoro deve essere regolato da accordi collettivi o da contratti di lavoro, nel rispetto di un limite massimo settimanale di 40 ore, calcolato su una base annuale e di una giornata lavorativa massima di 9 ore (limite che può essere superato attraverso i contratti collettivi a condizione che il periodo di riposo quotidiano di 12 ore consecutive venga rispettato). Il fatto, tuttavia, che il lavoro straordinario, che è limitato alle 80 ore all'anno, non sia stato incluso nel calcolo implica il pericolo costante che venga superato il limite delle ore lavorative. Sono stati previsti per legge un periodo di riposo quotidiano di minimo 12 ore (l'art. 34.3 stabilisce che questo limite non può essere superato dai contratti collettivi o da contratti individuali) e un periodo di riposo settimanale di 36 ore consecutive (tuttavia, il periodo di riposo settimanale può essere accumulato in un periodo di 14 giorni ai sensi di contratti collettivi), solitamente domenica compresa, e, laddove la giornata lavorativa superi le 6 ore, il lavoratore ha diritto ad una pausa di minimo 15 minuti. Il lavoro notturno, infine, può essere svolto per un massimo di 8 ore al giorno calcolate su un periodo di riferimento di 15 giorni ed inoltre nello Statuto è stata inserita una riproposizione quasi letterale degli articoli 12 e 13 della direttiva sull'orario di lavoro del 1993. Per concludere, le ferie annuali retribuite possono essere determinate dai contratti collettivi o dai contratti di lavoro nel rispetto di una durata minima di 30 giorni.

n) *Svezia*. Le politiche attive svedesi del mercato del lavoro e l'alto tasso di sindacalizzazione sia nei settori pubblici che privati hanno determinato nel tempo una preferenza per i contratti collettivi riguardo l'organizzazione dell'orario di lavoro. L'atteggiamento svedese, palesemente a favore della classe lavoratrice, spiega perché la riduzione dell'orario di lavoro originariamente sia stata vista come lo strumento per proteggere i lavoratori dagli orari di lavoro dannosi; tuttavia dagli anni Cinquanta la tendenza alla riduzione dell'orario di lavoro è apparsa semplicemente come un passo in avanti verso una migliore qualità della vita e verso la parità dei sessi: è stata estesa la durata delle ferie annuali e parentali statutarie ed è stata promossa una maggiore flessibilità nei modelli di orario di lavoro.

La prima legge svedese sull'orario di lavoro è stata adottata nel 1920 e dal 1970 la settimana lavorativa di 40 ore è diventata la norma. Attualmente, l'orario di lavoro svedese è regolato dal *Working Hours Act* del 1982, il quale stabilisce che l'orario di lavoro massimo è di 40 ore a settimana o, qualora venga pattuito in accordi specifici, di 40 ore in media a settimana su un periodo di 4 settimane. Il lavoro straordinario, invece, è limitato ad un massimo di 48 ore durante 4 settimane con un tetto massimo di 200 ore all'anno. Può essere tuttavia fissato anche nelle 50 ore in un mese civile. Ogni settimana, il lavoratore ha diritto a 36 ore consecutive di riposo, mentre non è fissato un limite massimo per la

singola giornata lavorativa. Nei casi in cui la giornata lavorativa sia più lunga di 5 ore, il datore di lavoro ha l'obbligo di concedere una pausa «adeguata», in conformità con la natura del lavoro svolto. Malgrado il divieto generale di ricorrere al lavoro notturno, non vi è una limitazione espressa circa la durata del lavoro notturno quando è possibile derogare al divieto generale e non è stata adottata alcuna misura a garanzia di tali lavoratori. Per concludere, le ferie annuali sono quantificate in 25 giorni ogni anno, ma, considerando che sabato e domenica non sono calcolati come giornate lavorative, le ferie annuali sono di 5 settimane.

Le possibilità di derogare alla legge attraverso contratti collettivi a livello centrale e anche a livello settoriale o aziendale sono numerose, determinando una maggiore flessibilità nella durata dell'orario di lavoro e orari lavorativi spesso più brevi rispetto a quanto previsto dalla norma legale. Il rapporto del 2002 del Comitato governativo svedese sull'orario di lavoro ha proposto ulteriori cambiamenti legislativi quali il riconoscimento di un periodo di ferie aggiuntivo di 5 giorni l'anno, da introdurre a partire dal 2007, e l'emendamento della legge del 1982 per conformarsi completamente alla direttiva del 1993.

o) *Regno Unito*. Come dimostra empiricamente lo studio di Barnard, Hobbs e Deakin (cfr. C. BARNARD, S. DEAKIN, R. HOBBS, *Opting-out of the 48 hour week: employer necessity or individual choice? An empirical study of the operation of Article 18(1)(b) of the Working Time Directive in the UK*, in *ILJ*, dicembre 2003, vol. 32, 223-252) «La Direttiva Europea sull'orario di lavoro ha avuto finora poco effetto sulla cultura britannica consolidata sull'orario di lavoro lungo». In tal modo continua l'eredità della regolamentazione parziale. L'assenza di una legislazione generale che regoli l'orario di lavoro o garantisca i periodi di riposo minimi e il diritto alle ferie annuali, ha rappresentato fino a poco tempo fa una tipica caratteristica del diritto del lavoro britannico. Il diritto dei lavoratori di avere, entro 2 mesi dall'inizio del loro lavoro, un contratto scritto che definisca i termini e le condizioni relative all'orario di lavoro e al diritto alle ferie e che stabilisca la durata del rapporto se trattato di contratto a tempo determinato ha costituito l'unica esigenza giuridica nel caso della regolazione dell'orario di lavoro (cfr. B. HEPPLE, C. HAKIM, «*United Kingdom*» in *European Foundation (1997). Legal and Contractual Limitations to Working Time in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Lussemburgo, 1997). Diversamente da altri Paesi dell'UE, l'intervento legislativo britannico è stato inizialmente limitato a determinati gruppi di lavoratori o a settori particolari dell'economia, organizzando per esempio l'orario di lavoro delle donne e dei minori nel settore industriale (si veda il *Factories Act* del 1961) o influenzando indirettamente i modelli di orario di lavoro attraverso il riconoscimento della competenza su questa materia agli *Wage Councils*. Il potere degli *Wage Councils* di regolare l'orario di lavoro, inizialmente riconosciuto loro nel 1918, è stato successivamente esteso attraverso l'*Holidays with Pay Act* del 1938 ed infine nel 1945 quando è stata loro riconosciuta la competenza a regolamentare tutti gli aspetti attinenti l'orario di lavoro e le ferie per i lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione soggettivo della legge (cfr. M. HALL, K. SISSON, *Time for Change? Coming to Terms with the EU Working Time Directive*, Eclipse Group Limited and Coventry: Industrial Relations Research Unit, Londra, 1997, 25).

In questo contesto del mercato del lavoro britannico, caratterizzato da un metodo di *laissez-faire* basato sul volontarismo e da un ruolo ristretto della regolamentazione statutaria, il Governo laburista recentemente eletto è stato chiamato ad implementare la direttiva del 1993, di cui il precedente Governo conservatore era fiero oppositore. Malgrado l'inclinazione dell'attuale governo britannico a regolamentare le condizioni dell'impiego e a conformarsi alla politica sociale dell'UE, come dimostrato dall'adozione da parte del Governo della Carta Sociale in occasione della riunione del Consiglio d'Europa nel giu-

gno 1997 ad Amsterdam, si è dovuto aspettare fino all'ottobre del 1998 perché entrassero in vigore le *regulations* (*Working Time Regulations*) sull'orario di lavoro, quasi 2 anni dopo il termine per l'implementazione della direttiva sull'orario di lavoro. Il fatto che l'implementazione nel Regno Unito fosse priva di qualunque tipo di processo di negoziazione convenzionale che coinvolgesse le parti sociali (cfr. A. BLAIR, L. KARSTEN, J. LEOPOLD, *Britain and the Working Time Regulations*, in *Politics*, vol. 21, n. 1, 2001, 40-42/45) e l'approvazione stessa delle variazioni e delle deroghe consentite nella direttiva del 1993 hanno mostrato piuttosto chiaramente l'inclinazione del Governo verso un'interpretazione flessibile della direttiva e un bisogno di raggiungere un equilibrio fra «protezione efficace e la disposizione di inutili regole gravanti sul commercio» (*Measures to Implement Provisions of the EC Directives on the Organisation of Working Time and the Protection of Young People at Work*, URN 98/645, 2-3), in conformità con l'attuale filosofia britannica dominante della c.d. «terza via» (Giddens descrive questa filosofia come «una struttura di pensiero e una politica attiva che cerca di adattare la democrazia sociale ad un mondo che è cambiato fundamentalmente durante le due o tre decadi passate», A. GIDDENS, *The Third Way and its Critics*, Polity Press, Cambridge, 2000, 26).

La legislazione britannica fornisce una definizione estesa del termine «lavoratore» in modo da includere tutti coloro che svolgono un lavoro per un datore di lavoro, con l'unica eccezione per quegli individui il cui lavoro rientri in un'attività economica autonoma. Quindi, è probabile che i lavoratori tramite agenzia, i *freelance*, i lavoratori occasionali e gli apprendisti rientrino nell'ambito soggettivo di applicazione di queste disposizioni. Per quanto riguarda i diritti previsti dalla legislazione britannica, i lavoratori hanno diritto ad un periodo di riposo quotidiano di un minimo di 11 ore consecutive per ogni giornata lavorativa (*regulation* n. 10 (1)), ad un periodo di riposo ininterrotto di 24 ore ogni 7 giorni lavorativi (*regulation* 11. Il § 7 stabilisce che il periodo di riposo settimanale di 24 ore è supplementare al periodo di riposo quotidiano di 11 ore «eccetto i casi in cui sia giustificato da motivi obiettivi o tecnici o dai motivi attinenti l'organizzazione di lavoro». Il periodo di riposo può anche essere costituito da due periodi di riposo ininterrotti di 24 ore l'uno ogni 14 giorni o come un periodo di riposo ininterrotto di 48 ore ogni 14 giorni, *regulation* n. 11 (2)) e ad una pausa di almeno 20 minuti quando la giornata lavorativa è più lunga di 6 ore (*regulation* n. 12 (1)). Contrariamente, il Governo conservatore ha proposto che il periodo di pausa non fosse più lungo di 5 minuti salvo disposizioni contrarie previste da contratti collettivi; cfr. A. BLAIR, L. KARSTEN, J. LEOPOLD, *An Awkward Partner? Britain's Implementation of the Working Time Directive*, in *Time and Society*, 2001, vol. 10, n. 1, 63-69), mentre la *regulation* n. 8 impone al datore di lavoro di garantire ragionevolmente la salute e la sicurezza dei suoi lavoratori. Un periodo minimo di ferie retribuite annuali attualmente di 4 settimane è previsto dalle *regulation* n. 13 e n. 16, mentre è stata abrogata, con decorrenza dal 25 ottobre del 2001, la disposizione originale che prevedeva che un nuovo lavoratore dovesse completare 13 settimane consecutive di lavoro prima di maturare il diritto alle ferie retribuite.

Le dimensioni della controversia, che è sorta in relazione al diritto alla ferie annuali retribuite, rivela non solo l'importanza di tale questione fra i lavoratori britannici ma anche la complessità delle disposizioni delle *Working Time Regulations* in questo Paese. I limiti previsti da tali disposizioni, infatti, stabiliscono un orario di lavoro settimanale di un massimo di 48 ore, compreso lo straordinario, calcolate in media su un periodo di riferimento di 17 settimane (*regulation* n. 4); per i lavoratori notturni, ossia per quanti lavorano dalle 21.00 alle 7.00 (*regulation* n. 6), è fissato un orario di lavoro di massimo 8 ore su una giornata di 24 ore per un periodo di riferimento di 17 settimane, mentre lo stesso limite, senza però la possibilità di calcolare la media (*regulation* n. 6 (7)), si applica nel caso di lavori notturni che comportino rischi speciali o un notevole sforzo fisico. Infine, i

datori di lavoro hanno il dovere di fornire controlli sanitari gratuiti e riservati per i lavoratori notturni (*regulation* n. 7) e di trasferire tali lavoratori, qualora soffrano di problemi di salute relativi al lavoro notturno e laddove tale trasferimento sia possibile, ad un'occupazione giornaliera adatta (*regulation* n. 7). Non è consentita alcuna deroga alla *regulation* n. 7. La *regulation* n. 9 impone un dovere supplementare ai datori di lavoro di annotare che questi limiti vengano rispettati).

Per concludere, il Regno Unito è l'unico paese dell'UE che si è avvalso dell'opzione individuale di rinuncia dell'orario di lavoro massimo settimanale di 48 ore così come previsto dall'art. 18 (1) (b) (i) della direttiva del 1993. La *regulation* n. 5 (1) del 1998, infine, ha permesso ai lavoratori di sottoscrivere il loro consenso a lavorare per più di 48 ore alla settimana in media a condizione che il datore di lavoro abbia a sua volta sottoscritto un documento contenente le condizioni spiegate nella *regulation* n. 5 (4). La convinzione del governo che il documento in cui i datori di lavoro si obbligano nei confronti del lavoratore fosse troppo oneroso per gli affari e che contemporaneamente potesse scoraggiare lavoratori dall'avvalersi della possibilità di scegliere tale strada ha condotto, tuttavia, all'abolizione degli oneri burocratici nel 1999 (si veda il *Working time regulations* del 1999, SI 1999/3372, *regulation* n. 3 (2) (a)). Le norme attualmente in vigore prevedono il semplice obbligo del datore di lavoro di aggiornare in un registro i nominativi di coloro che hanno acconsentito a lavorare per più di 48 ore senza dovere specificare i termini di questi accordi ed il numero di ore di lavoro effettive svolte dal lavoratore, il che rende verosimilmente più difficile l'operazione del Comitato per la Protezione Sanitaria di fare rispettare le disposizioni di legge relative ai lavoratori che hanno optato per il superamento del limite delle 48 ore settimanali.

3.1. Dato che dal 1° maggio 2004 altri 10 Stati sono diventati membri dell'UE, la disciplina dell'orario di lavoro di questi Paesi appena entrati è stata controllata dalla Commissione dell'UE. È sufficiente osservare preliminarmente che in generale la maggior parte di questi nuovi Stati membri dell'UE possedeva già una disciplina propria dell'orario di lavoro.

I) *Polonia.* In Polonia i limiti generali esistenti per l'orario di lavoro dei lavoratori a tempo pieno sono fissati nelle 8 ore al giorno e nelle 40 ore a settimana. Il Codice del lavoro contiene un certo numero di deroghe a questa regola principale. Il Codice del lavoro assicura che soltanto ad un lavoratore che rivesta un ruolo direttivo o altro ufficio specificato nel Codice del lavoro, può essere richiesto che lavori delle ore supplementari senza ricevere alcuna retribuzione supplementare. I lavoratori polacchi che lavorano oltre il proprio orario, devono ricevere come retribuzione supplementare il 100% della loro retribuzione per il lavoro notturno, per quello domenicale e per il lavoro durante le feste nazionali o locali e il 50% per il lavoro straordinario negli altri giorni. Alternativamente, possono ricevere tempo in sostituzione a determinate condizioni. Lo straordinario annuale non deve eccedere le 150 ore a meno che il tempo non sia destinato ad operazioni di soccorso.

II) *Lituania.* In Lituania, l'art. 143 del Codice del lavoro dichiara che l'orario di lavoro include: 1) il tempo realmente speso per svolgere qualsiasi attività, ore in cui si è obbligati a lavorare a chiamata, a casa e sul posto di lavoro; 2) il tempo impiegato per commissioni di affari, viaggi di affari presso un'altra località; 3) il tempo necessario per preparare ed organizzare una stazione di lavoro, un'attrezzatura di lavoro e misure di sicurezza; 4) le pause, incluse nell'orario di lavoro secondo la legge; 5) il tempo per i controlli sanitari obbligatori; 6) il tempo impiegato in un programma di studio e di miglioramento della propria qualificazione professionale nel posto di lavoro o presso centri di formazione; 7) il tempo di sospensione dal lavoro, se il lavoratore che è sospeso deve conformarsi all'ordine stabilito nel suo posto di lavoro; 8) il periodo d'inattività; 9) altri periodi di tempo indicati dalle leggi e dai regolamenti.

L'orario di lavoro lituano non può eccedere le 40 ore alla settimana e le 8 ore giornaliere salvo eccezioni previste dalle leggi, dalle risoluzioni del Governo e dalla contrattazione collettiva. L'orario di lavoro massimo, compreso lo straordinario, non deve eccedere le 48 ore ogni 7 giorni lavorativi. Ancora, la durata dell'orario di lavoro di specifiche categorie di lavoratori (in campo sanitario, negli istituti di cura dei bambini, nei servizi specializzati nella comunicazione e nei servizi specializzati nel contenimento degli incidenti, così come altri servizi coinvolti, ecc.) come pure delle guardie notturne nei locali, può estendersi fino alle 24 ore al giorno. La durata dell'orario di lavoro di tali figure professionali non deve eccedere le 48 ore in 7 giorni, ed il periodo di riposo fra le giornate lavorative non deve essere inferiore alle 24 ore. La lista di queste occupazioni particolari deve essere tuttavia approvata dal Governo.

III) *Lettonia*. In Lettonia, il nuovo Codice del lavoro è basato sui requisiti dell'UE, quindi sono stati inseriti numerosi nuovi principi, per esempio: il principio di non discriminazione in base al sesso ed il diritto ad un congedo extra per i padri. Dal 2002, il Codice del lavoro ha rappresentato in Lettonia la principale questione della legislazione che regola le relazioni di lavoro individuali e collettive. Il Codice ha fatto propri gli aspetti significativi del diritto del lavoro europeo. In relazione all'orario di lavoro ed ai periodi di riposo per i lavoratori, in particolare, il Codice stabilisce che la giornata lavorativa normale dei lavoratori non può eccedere le 8 ore (in un periodo di 24 ore), e la settimana lavorativa normale non deve eccedere le 40 ore. Ci sono limiti inferiori di orario di lavoro per i lavoratori soggetti a rischi speciali e per i lavoratori con meno di 18 anni. Il datore di lavoro ed il lavoratore possono poi accordarsi sul lavoro part-time. Una settimana lavorativa di 5 giorni è stabilita come regola. Se una settimana lavorativa di 5 giorni non fosse possibile a causa della natura del lavoro, previa consultazione con i rappresentanti dei lavoratori, il datore di lavoro può fissare una settimana lavorativa di 6 giorni, ma in questo caso la durata della singola giornata lavorativa non può eccedere le 7 ore. Il Codice inoltre regola: la lunghezza delle giornate lavorative prima delle feste nazionali, il lavoro straordinario, il lavoro notturno, il lavoro a turni, il lavoro durante le feste nazionali e gli schemi di «orario di lavoro aggregato», possibili solo previa consultazione con i rappresentanti dei lavoratori, laddove il tipo di lavoro svolto implichi l'impossibilità di aderire all'orario di lavoro quotidiano o settimanale normale (tale orario di lavoro non deve eccedere le 56 ore a settimana e le 160 ore in un periodo di 4 settimane a meno che sia diversamente stabilito da un contratto collettivo o da un contratto individuale di lavoro). Il Codice stabilisce che il periodo di riposo nell'arco delle 24 ore non può essere inferiore alle 12 ore consecutive, o alle 14 ore per i giovani. Su un periodo di 7 giorni, il periodo di riposo non deve essere inferiore alle 42 ore consecutive. Le disposizioni riguardanti il riposo quotidiano e settimanale non devono essere applicate dove viene utilizzato lo schema di «orario di lavoro aggregato». I lavoratori hanno diritto ad una pausa di 30 minuti, non compresa nell'orario di lavoro, dopo ogni 4 ore di lavoro effettuate.

IV) *Cipro, Estonia, Ungheria, Malta e Slovenia*. Sia Malta che Cipro hanno trasposto l'art. 18 (1) (b) (i) della direttiva ossia le disposizioni dell'opzione di rinuncia. La Slovenia applica la disposizione in questione soltanto ai medici. Altri Paesi, come l'Estonia, l'Ungheria, così come la Lettonia e la Lituania di cui sopra, consentono il ricorso all'opzione di rinuncia per risolvere i problemi del lavoro «a chiamata» e del «tempo di trasferimento» determinati dallo sviluppo della giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia in questa materia. Esaminiamo adesso il ruolo della Corte Europea di Giustizia nella valutazione del modello comunitario dell'orario di lavoro.

4. La preoccupazione che la direttiva sull'orario di lavoro potesse essere usata come pretesto per abbassare la protezione attuale dei lavoratori negli Stati membri ha indotto ad inserire la cosiddetta «clausola di non-regresso» nell'art. 18 (1), secondo cui la implementazione della direttiva «non costituirà motivo valido per ridurre il livello generale di

protezione accordato ai lavoratori». Moffat, interpretando il riferimento presente in questo articolo, «alla luce delle circostanze in cambiamento», come strumento in virtù del quale gli Stati membri potessero trascurare la finalità primaria della direttiva di assicurare una misura minima di armonizzazione, ha definito la clausola come «il maggiore riconoscimento formalistico di non-regresso» e suggerisce che il motivo della difficile approvazione della direttiva del 1993 può essere rintracciato proprio nella difficoltà incontrata dagli Stati membri nel fare rispettare una disciplina dal così elevato grado di flessibilità nell'organizzazione dei modelli di orario di lavoro.

Considerata la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nelle modalità di implementazione della direttiva, e considerata l'attuale tendenza politica incline alle regolamentazioni decentralizzate anche facilitando le regolamentazioni stesse, il pericolo che la direttiva in questione fosse utilizzata come punto di riferimento da parte delle autorità legislative nella regolazione degli standard regolativi dell'orario di lavoro non sembra così infondato. Effettivamente, la Commissione nel suo rapporto sull'implementazione della direttiva del 1993 presenta alcune conclusioni importanti. In primo luogo, la legislazione in parecchi Stati membri va oltre le esclusioni consentite dall'art. 1 (3) della direttiva, escludendo così altre categorie di lavoratori dall'ambito applicativo soggettivo della stessa. Secondariamente, la differenziazione in alcuni Paesi fra orario di lavoro e straordinario ha di fatto aumentato il pericolo di elusione del limite delle 48 ore lavorative a settimana. In terzo luogo, l'imposizione dei periodi di qualificazione per la maturazione del diritto alle ferie annuali retribuite indebolisce indubbiamente la protezione accordata, specialmente se si parla di lavoratori a breve termine o temporanei. Ancora, viene riconosciuta la mancanza di disposizioni concernenti il lavoro notturno e per concludere, in alcuni casi, il fatto che la direttiva sia stata implementata non garantisce che i lavoratori possano poi effettivamente godere dei diritti che la direttiva prevede.

La mera riproduzione negli ordinamenti di alcuni Stati membri di numerose disposizioni della direttiva, anziché il loro adattamento alla struttura specifica di ogni Paese, insieme alla mancanza, nella medesima direttiva, di chiarezza in alcuni punti, ha causato un livello significativo d'imprecisione e d'ambiguità per quanto riguarda l'applicazione dei diritti dei lavoratori. Nel caso della Spagna per esempio, è stato proposto che «la legislazione sociale venisse regolata riducendo i livelli precedenti di protezione al livello minimo previsto dalla Direttiva del 1993», confermando in tal modo l'effetto della stessa regolamentazione dei livelli minimi reali per legislazione del mercato del lavoro. L'alto livello di incertezza, come conseguenza delle modalità specifiche per la trasposizione nelle leggi nazionali, inoltre, mette in dubbio il contesto sostanziale della direttiva e probabilmente sollecita proposte per basi alternative per la regolamentazione dell'orario di lavoro tese a fornire una struttura più completa in presenza della quale la direttiva possa funzionare. Nel paragrafo seguente, verranno presentate logiche alternative, quali il lavoro ripartito, le politiche a favore della famiglia e la sicurezza dell'impiego e verranno valutate alla luce della situazione attuale nel mercato del lavoro europeo.

Il riferimento al caso *SIMAP* (in epigrafe) è stato precedentemente fatto nel corso di un procedimento promosso dall'Unione Medica Spagnola a nome del personale medico che fornisce la cura primaria nei centri di salute a Valencia per la questione dei termini del contratto collettivo che regola le clausole e le condizioni di lavoro dei dottori (questo concerne i medici generici che sono sottoposti alla legge spagnola di diritto pubblico piuttosto che di diritto privato). La Corte di Giustizia Europea, per la prima volta, avrebbe dovuto decidere forse sul concetto più fondamentale della direttiva del 1993, ossia quello della nozione di «orario di lavoro» (in relazione al contesto britannico, cfr. J. MORISON, in *Cawley and others c. Hammersmith Hospitals NHS Trust* (EAT/475/98) ha dichiarato che «siamo del parere che la formulazione dell'art. 2 (1) della Direttiva è palesemente ambiguo riguardo al fatto se i requisiti siano congiuntivi o disgiuntivi». Per

quanto riguarda i numerosi diritti di legge per brevi congedi dal lavoro, come il diritto ai brevi congedi dal posto di lavoro per le attività del sindacato, Pitt e Fairhurst sostengono che il tempo trascorso fuori dal lavoro in conformità con i diritti di legge deve essere considerato a tutti gli effetti «orario di lavoro», 38). La Corte di Giustizia Europea, dopo aver ribadito che il lavoro dei medici nelle squadre di intervento primario, salvo diversa disposizione, rientri nell'ambito di applicazione soggettivo sia della direttiva quadro che della direttiva del 1993, ha esaminato se il lavoro a chiamata e il lavoro straordinario possano costituire «orario di lavoro». Mentre l'avvocato generale ha suggerito che la definizione di orario di lavoro è disgiuntiva per natura (tuttavia, nel caso del tempo «a chiamata» trascorso fuori dal posto di lavoro, l'avvocato generale ha suggerito che questo non costituisce orario di lavoro. In modo interessante, inoltre, egli ha sostenuto che le ore «a chiamata», non essendo orario di lavoro, non potrebbero essere conteggiate come periodo di riposo e che quindi non rientrano nel computo delle ore per cui vale il diritto al riposo quotidiano o settimanale. Tuttavia, la Corte non ha accettato questo tentativo dell'avvocato generale di generare una terza categoria di tempo. La Commissione ed il Regno Unito hanno sostenuto che l'interpretazione dovrebbe essere congiuntiva. Tuttavia, questo provocherebbe l'esclusione dalla definizione «di orario di lavoro» sia del tempo in cui il lavoratore ha effettuato le sue funzioni ma non sul suo posto di lavoro, sia del tempo in cui il lavoratore è fisicamente presente sul suo posto di lavoro ma non effettua la sua attività), la Corte di Giustizia Europea è stata più cauta e ha affermato che le ore «a chiamata» contano come orario di lavoro se il lavoratore è tenuto ad essere presente sul posto di lavoro, poiché in questo caso si verificano tutte le condizioni previste dalla legge (le prime due condizioni, quella di lavorare ed a disposizione del datore di lavoro, sono ovviamente soddisfatte. La Corte inoltre ha considerato che la terza condizione – svolgere le attività o le funzioni – sia stata soddisfatta poiché i medici sono stati obbligati ad essere presenti e disponibili sul posto di lavoro con la prospettiva di fornire i loro servizi professionali e quindi stanno effettuando le loro attività). Laddove, tuttavia, il lavoratore fosse «a chiamata» essendo semplicemente contattabile in ogni momento, le ore «a chiamata» non devono essere considerate «orario di lavoro», dato che in questo caso il lavoratore può naturalmente svolgere le sue proprie attività fino all'invito a lavorare da parte del suo datore di lavoro (in quel caso, i lavoratori possono «controllare il loro tempo con pochi vincoli e perseguire i loro propri interessi»). Per quanto riguarda il lavoro straordinario, era irrilevante che la legge spagnola non avesse riconosciuto il tempo «a chiamata» come straordinario, poiché «rimane la considerazione che lo straordinario rientra nel concetto di orario di lavoro secondo gli scopi della direttiva, la quale non effettua distinzione riguardo al fatto che questo periodo di tempo sia speso o meno come orario di lavoro normale». C. BARNARD, in *The Working Time Regulations 1998*, in *Industrial Law Journal*, 1999, vol. 28, n. 1, 70, afferma che «se interpretato disgiuntivamente, il tempo speso a casa aspettando che il telefono squilli costituirebbe anch'esso orario di lavoro»).

La seconda occasione per l'interpretazione delle disposizioni della direttiva del 1993 è stata offerta dal caso *BECTU* (in epigrafe), che ha coinvolto il sindacato degli attori che chiedeva un esame giudiziale della *regulation* n. 13 (7) del *Working Time Regulations* del 1998. Secondo quest'ultimo, il diritto alle ferie retribuite annuali non può acquisirsi fino a che il lavoratore non abbia completato un periodo di lavoro ininterrotto di 13 settimane con lo stesso datore di lavoro. Ciò aveva provocato apparentemente l'esclusione delle migliaia di lavoratori nei settori in cui vengono utilizzati spesso i contratti a breve termine, quali i servizi di pulizia, di approvvigionamento e di sicurezza, così come nell'agricoltura, il turismo, e il settore radiotelevisivo. *BECTU* in particolare ha sostenuto che la *regulation* n. 17 (3) costituisce una limitazione illegale del diritto al congedo annuale retribuito, che è riconosciuto «ad ogni lavoratore» come specificato nel testo della direttiva (l'art. 7 prevede che: «(1) gli Stati membri prenderanno le misure necessarie per

assicurarsi che ogni lavoratore abbia il diritto alle ferie annuali retribuite di almeno di quattro settimane in conformità con le condizioni necessarie per l'esercizio del diritto e per l'assegnazione, come l'autorizzazione stabilita dalla legislazione nazionale e/o dalla prassi; (2) Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito con un'indennità, tranne quando sia cessato il rapporto di lavoro») e che ciò contravviene all'obiettivo proprio della direttiva di protezione della salute e sicurezza dei lavoratori così come alla necessità di interpretare in maniera restrittiva le deroghe inserite nella stessa. L'importanza della decisione nel caso *BECTU* risiede nella conferma che il principio d'esclusione, sostenuto dalla direttiva del 1993, è quello della salute e della sicurezza dei lavoratori e che non può essere subordinato a considerazioni puramente economiche, ma risiede anche nella discussione sui diritti sociali fondamentali, che sono coinvolti. Mentre la Corte si è riferita soltanto alla Carta Sociale del 1989, l'avvocato generale Tizzano ha basato le sue Conclusioni sulla Carta dei Diritti Sociali Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000 da egli considerata «*ancor più significativa*». Mentre ha riconosciuto che la Carta del 1989 «non è in sé per sé vincolante», ha dichiarato inequivocabilmente che «la Carta di Nizza ci fornisce la conferma più certa e più definitiva del fatto che il diritto alle ferie annuali retribuite costituisce un diritto fondamentale». La decisione è stata ben accolta da coloro che rappresentano i lavoratori con contratto a breve termine ma è importante considerare che tantissimi lavoratori sono ad oggi ancora esclusi dal diritto alle ferie annuali retribuite, come nel caso dei settori esclusi.

Più recentemente, si legga la sentenza della Corte nel caso *Jaegar*, ancora un caso riguardante la questione delle ore «a chiamata» da computare o meno nell'orario di lavoro. In una decisione rivoluzionaria la Corte di Giustizia Europea ha deciso che il tempo impiegato a chiamata da un medico in un ospedale conta occasionalmente come orario di lavoro quando al medico è consentito dormire nell'ospedale pur non essendo richiesta la sua attività concreta. Il datore di lavoro aveva sostenuto di contro che il tempo trascorso in ospedale senza lavorare è da considerare tempo di riposo. Dal punto di vista della Corte di Giustizia Europea, il regolamento SIMAP non ha espressamente disposto sul fatto che fosse in qualche modo importante che i medici che svolgano la loro professione «a chiamata», quando è loro richiesto di essere presenti in ospedale, possano riposare o persino dormire durante il tempo in cui la loro attività non è richiesta. Così, questi cambiamenti significano forse l'abolizione, la limitazione o l'abbreviazione della disciplina preesistente? La risposta è poco chiara, poiché sembra sostenere messaggi contraddittori, poiché ulteriori emendamenti sono stati proposti dalla Commissione di UE in relazione alla direttiva del 1993 (COM(2005)246 def., pubblicata il 31 maggio 2005). Tutte le correzioni suggerite dal Parlamento sono state accolte dalla Commissione con le uniche eccezioni riguardanti l'opzione di rinuncia individuale e la situazione delle ore a chiamata. Il suggerimento dal Parlamento di scartare l'opzione di rinuncia è stato rifiutato.

La proposta emendata della Commissione contiene le seguenti disposizioni:

- in linea di principio l'opzione di rinuncia sarà disponibile soltanto per un periodo non superiore ai 3 anni che seguono la data dell'implementazione della direttiva da parte degli Stati membri (solitamente 3 anni dopo l'adozione della direttiva, perciò probabilmente fino al 2012);
- gli Stati membri che si avvalgono della opzione di rinuncia possono, «per motivi relativi alle loro disposizioni sul mercato di lavoro» chiedere che l'opzione possa essere estesa oltre il periodo di 3 anni. La Commissione deciderà se accogliere o meno questa richiesta, motivando la relativa decisione;
- l'opzione di rinuncia deve essere stabilita dalla contrattazione collettiva o per legge;
- i lavoratori che si avvalgono dell'opzione di rinuncia non possono lavorare più di 55 ore a settimana.

La Commissione non ha potuto inoltre accettare l'emendamento proposto dal Parlamento

per cui le ore impiegate «a chiamata» sono da conteggiare come orario di lavoro nella maggior parte dei casi. La proposta emendata inoltre include una nuova misura tesa alla conciliazione tra tempi di lavoro e vita familiare. Secondo questa previsione normativa gli Stati membri dell'Unione Europea devono stimolare le parti sociali a concludere accordi tesi ad incrementare la conciliazione tra tempi di lavoro e vita familiare. In particolare i datori di lavoro devono informare i lavoratori in tempo utile di tutti i cambiamenti nel metodo e nell'organizzazione dell'orario di lavoro; poi i lavoratori possono chiedere informazioni sulle modifiche al proprio orario di lavoro e al proprio metodo di lavoro e i datori di lavoro sono tenuti ad esaminare queste richieste tenendo in considerazione le necessità di flessibilità sia proprie che dei lavoratori. La consultazione della Commissione sulla direttiva emendata sull'orario di lavoro si è conclusa il 31 marzo 2004. Entro settembre 2004, la Commissione Europea ha pubblicato la sua proposta finale di emendamento sull'orario di lavoro. In questo rapporto è scritto che nessun lavoratore dovrebbe lavorare più di 65 ore alla settimana, a meno che sia previsto diversamente da un contratto collettivo. Questa disposizione emendata della direttiva ammorbidisce chiaramente la norma precedentemente in vigore. L'allora commissario, Stavros Dimas, ha dichiarato: «Questa proposta risolverà le imperfezioni presenti nel sistema attuale. Essa propone un equilibrato pacchetto di misure volte a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori introducendo maggiore flessibilità e tutelando la concorrenza» (22 settembre 2004, IP/04/1129, Bruxelles). E allora cosa ne è stato dell'«umanizzazione» dell'orario di lavoro nell'Europa allargata?

5. Sulla base dell'analisi comparativa effettuata, sembra che la costruzione della direttiva sull'orario di lavoro del 1993 sia lungi dal realizzarsi pur estendendone le possibilità, in-site nella natura legale della direttiva come strumento di armonizzazione, a causa delle diverse definizioni da parte degli Stati membri dei limiti e dei diritti in essa previsti. La non chiarezza e l'incertezza delle espressioni delle disposizioni della direttiva, insieme allo scopo dichiarato della stessa di regolare soltanto «determinati aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro» e l'attuale esclusione di varie categorie di lavoratori dal suo ambito di applicazione soggettiva, indica piuttosto chiaramente la preferenza comunitaria per una struttura regolatrice spezzettata in questa materia. Si può affermare, infatti, che questa politica nel campo dell'organizzazione dell'orario di lavoro è limitata a priori al raggiungimento di un livello moderato di protezione dei lavoratori e che è invece criticabile il suo contributo a tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori. Quindi, ci troviamo davanti ad un fallito tentativo di «umanizzazione».

Tuttavia, la direttiva originale del 1993 è cronologicamente precedente all'allargamento dell'UE: risulta perciò inadeguata per un'Unione Europea a 15 Paesi. Come detto, nonostante la proposta di direttiva emendata, essa rimane inefficace in un'Europa a 25. Le differenti strutture regolatorie in materia di organizzazione dell'orario di lavoro sottostanti agli attuali 25 Paesi membri europei hanno considerevolmente determinato una trasposizione assai differenziata della direttiva negli Stati nazionali. La facilitazione dei programmi di orari di lavoro lunghi dovuta all'uso di varie possibilità, previste nella direttiva, di annualizzare l'orario di lavoro e di estendere i periodi di riferimento risulta evidente in Paesi in cui la pratica di lunghi orari di lavoro non era stata precedentemente prevalente. Come Barnard, Deakin e Hobbs hanno concluso, la revisione continua dell'orario di lavoro all'interno dell'Unione Europea è critica nella parte in cui bisogna capire se alla fine prevalga davvero l'umanizzazione o se questa soccomba. Se permane l'opzione di rinuncia, allora l'umanizzazione non si è realizzata.

Stephen Hardy

Ricercatore – Università di Manchester, Regno Unito

1. Orario di lavoro (segue)

1.8. EUROPEAN INDUSTRIAL RELATION OBSERVATORY (a cura di), *Working time developments – 2005*, in www.eurofound.europa.eu, 10 agosto 2006 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

1.9. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (a cura di), *Working time and work-life balance in European companies*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 12 giugno 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 34).

1.10. S. DEMETRIADES, M. MEIXNER, A. BARRY, *Reconciliation of work and family life and collective bargaining in the European Union. An analysis of EIRO articles*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 23).

1.11. H. BUDELMEYER, G. MOURRE, M. WARD, *Recent Developments in Part-Time Work in EU – 15 Countries: Trends and Policy*, in *IZA – Discussion paper*, 2004, n. 1415 (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47).

(1.8. – 1.11.) Il quadro europeo degli strumenti di incentivo alla conciliazione tra vita familiare e vita lavorativa

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** I vari tipi di flessibilità nell'Unione Europea. – **3.** Il lavoro straordinario. – **4.** Il lavoro part-time. – **5.** Il lavoro notturno, festivo e a turni. – **6.** Le politiche *family friendly*. – **7.** Conclusioni.

1. La ricerca *Working time and work-life balance in European companies*, in epigrafe, pubblicata nel corso del 2006 e curata dalla Fondazione di Dublino, affronta il tema relativo allo studio dei diversi modelli di flessibilità nei tempi di lavoro applicati nei Paesi dell'Unione, tenendo conto degli obiettivi indicati dalla Strategia di Lisbona, ai quali è funzionale la messa in atto di politiche che favoriscano il bilanciamento tra la vita lavorativa e quella familiare e quindi più alti livelli occupazionali. A tal fine, lo studio prende in considerazione 21.000 contesti aziendali, sia nel settore pubblico che in quello privato, in 21 Paesi UE, di cui 6 di nuovo ingresso (Cipro, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Slovenia, Ungheria).

Lo studio in parola mostra la sua peculiarità nel fatto che consente di confrontare le opinioni dei manager con quelle delle rappresentanze dei lavoratori. Inoltre, attraverso la comparazione dei risultati, permette di conoscere i forti divari territoriali esistenti all'interno dell'Unione: per fare un esempio, pur trovando in genere, la flessibilità, larga applicazione, in Grecia soltanto il 15% delle aziende ricorre a contratti di lavoro flessibili nell'orario, rispetto al 50% registrato in Finlandia e in Svezia.

L'obiettivo principale della ricerca, peraltro, è stato quello di assistere nelle decisioni chi si occupa di politiche del lavoro: a questo scopo, è stata analizzata una grande quantità di accordi, tutti caratterizzati dal distacco dal modello di orario tradizionale che prevede il tempo pieno nel corso della c.d. «settimana corta».

Per quanto riguarda il lavoro straordinario, lo studio indaga, in particolare, in quali Stati vi si ricorra volontariamente. La comparazione tra le politiche *family friendly*, poi, insegna che l'obiettivo da perseguire è quello di un maggiore coinvolgimento dei lavoratori-padri.

Il lavoro a tempo parziale, poi, costituisce un'importante componente delle politiche del lavoro nelle aziende con più di 10 dipendenti, ma occorre sottolineare che talvolta le aziende vi ricorrono soltanto nel caso in cui abbiano particolari esigenze produttive (ad esempio, nel settore dei servizi).

L'analisi del lavoro c.d. «non standard» fa emergere, invece, la problematica del preavviso all'effettuazione del lavoro a turni o straordinario, dimostrando che solo nelle aziende di maggiori dimensioni il lavoratore gode di realmente ampia protezione.

Inoltre, anche in Slovenia e in Svezia, dove un consistente numero di padri gode del congedo parentale, il periodo medio di fruizione di siffatto congedo è sempre inferiore a quello delle madri.

2. L'orario di lavoro appare sempre più flessibile. Come risulta anche da un'altra ricerca curata, in questo caso, dall'EIRO (*Working time developments 2005*, anche questa in epigrafe), l'orario di lavoro settimanale può variare notevolmente nell'arco di un determinato periodo di riferimento.

L'indagine che qui si espone ha messo in evidenza, innanzitutto, che nel 48% delle aziende con più di 10 dipendenti una qualche forma di flessibilità è comunque presente.

Il grado di flessibilità considerato «minimale» è quello che si rinviene laddove si consente soltanto di variare, entro un certo arco di tempo, il momento di inizio e quello finale della prestazione giornaliera. Questo modello di flessibilità è praticato nel 16% in media dei luoghi di lavoro presi a campione.

Altri modelli di flessibilità, seguiti nel 7% circa dei casi, prevedono che si possa lavorare per un numero maggiore di ore in alcuni giorni della settimana o del mese e meno in altri – senza però che siano concesse giornate intere di riposo compensativo a fronte dell'accumulo di ore lavorate, come invece accade in ulteriori più avanzati modelli, questi ultimi caratterizzanti il 12% circa delle realtà lavorative considerate.

La più completa possibilità di conciliare le esigenze della vita familiare con i ritmi del lavoro appare senz'altro quella offerta laddove è consentita la fruizione di interi periodi d'assenza nel corso dell'anno – o anche per periodi di tempo superiori – a sconto di ore lavorative accumulate (13% dei casi).

Può osservarsi, ad ogni buon conto, un notevole divario territoriale. Mentre, infatti, in Paesi come la Germania o l'Austria sono molto utilizzati sistemi analoghi all'istituto della c.d. «banca ore» (accumulo di ore lavorate da compensare in epoca posteriore con permessi equivalenti), nei Paesi dell'Europa del sud questo modello stenta a decollare anche nelle aziende dove è praticata una qualche forma di flessibilità, il che sta ad indicare un approccio più informale a questo istituto.

Dallo studio EIRO in esame è scaturito, inoltre, che i modelli di flessibilità più avanzati sono praticati nelle aziende di maggiori dimensioni: la percentuale del 12%, sul totale delle realtà lavorative di piccole dimensioni, dove è data l'opportunità di fruire di periodi di alcuni giorni o anche di settimane di non-lavoro compensativo, raddoppia nella fascia aziendale con elevato numero di dipendenti (500 o più). Il 68% dei manager vede nella possibilità di consentire la conciliazione della vita lavorativa con quella affettiva la prima ragione dell'introduzione della flessibilità per il personale da loro gestito, e soltanto in seconda battuta la possibilità di adeguare le ore lavorative alle necessità aziendali.

Tutti gli attori sociali concordano circa l'indubbia prevalenza degli effetti positivi derivanti dall'introduzione di schemi di orario flessibili; tra questi, i più comunemente citati nell'inchiesta sono la riduzione del lavoro straordinario, la maggiore conformità alle esigenze aziendali ed il più basso tasso di assenteismo.

3. Il ricorso al lavoro straordinario appare frequente tanto nel settore dell'industria quanto in quello dei servizi. Per quanto concerne quest'ultimo ambito, in particolare, si registra una percentuale di utilizzo di tale istituto che raggiunge l'85% nei trasporti e nelle comunicazioni.

La modalità di remunerazione del lavoro straordinario è più spesso monetaria nell'industria, mentre nei servizi è altrettanto frequentemente praticato il riposo compensativo. In Irlanda, Lussemburgo e Regno Unito, nei Paesi UE mediterranei e nei nuovi Stati membri dell'Europa centrale prevale tale tipo di compensazione, mentre in Belgio, Danimarca, Germania, Paesi Bassi e Svezia la modalità più comune di compensazione è rappresentata da periodi di non-lavoro.

È emerso che nel 44% delle aziende il lavoro straordinario viene svolto su base volontaria, mentre nel 23% degli stabilimenti che vi fanno ricorso esso viene ripartito tra i lavoratori su disposizione del datore e, nel 13% dei casi esaminati, i lavoratori non hanno la possibilità di rifiutare.

La limitazione del ricorso al lavoro straordinario può essere ottenuta grazie a trattative sindacali interne. Considerando i luoghi di lavoro in cui si utilizza tale modalità di prestazione, il 45% delle rappresentanze dei lavoratori ha affermato di non essere affatto informato preventivamente circa l'effettuazione di ore di lavoro ulteriori rispetto alle normali, mentre secondo il 40% l'informazione è fornita. Il settore dei servizi è quello in cui si fa ricorso al lavoro straordinario con un più breve preavviso.

Infine, non appare una visione univoca della valenza del lavoro straordinario. Il 28% delle rappresentanze sindacali afferma infatti che sarebbe auspicabile una sua riduzione (soprattutto in Italia, Portogallo e Svezia), mentre – secondo il 12% delle stesse rappresentanze – esso costituirebbe un'opportunità di guadagno per i lavoratori (è la posizione più accreditata in Lituania e Polonia, ma anche in Francia, Irlanda e Lussemburgo).

4. Il lavoro part-time può rappresentare un'opportunità importante per alcune categorie di lavoratori, soprattutto nell'ottica del reingresso nel mercato del lavoro.

È opportuno, però, verificare le prospettive di carriera realmente offerte a tali lavoratori e l'influenza che potrebbe essere esercitata dalle politiche assistenziali degli Stati (cfr. lo studio di H. BUDELMEYER, G. MOURRE, M. WARD, in epigrafe).

È emerso in modo particolare, dallo studio in esame, che in Scandinavia, nelle Isole Britanniche e nell'Europa occidentale questa tipologia contrattuale è ampiamente diffusa, con l'unica eccezione – in tale gruppo – della Finlandia e del Lussemburgo. Nei Paesi del Mediterraneo, invece, si è riscontrata una minore incidenza del part-time, pari al 40%. In Portogallo, Grecia e Cipro, in particolare, poche aziende l'hanno introdotto. Nei 5 Paesi dell'Europa centrale, in media, il 60% delle aziende vi ha fatto ricorso, con l'eccezione del 33% circa della Slovenia.

Quanto alle tipologie d'articolazione del part-time, risulta più diffuso il modello tradizionale, cioè orizzontale. Il 69% delle aziende si avvale di questo tipo di part-time; preferibilmente la fascia temporale è quella del mattino, perché l'attività, in tal caso, è meglio conciliabile con le esigenze familiari.

Il tempo parziale cosiddetto «verticale» viene praticato nel 38% delle aziende. Nei Paesi Bassi e in Finlandia sono più diffuse modalità di part-time diverse da quella tradizionale, cioè giornaliera.

Nel 27% dei casi, secondo la ricerca effettuata, sarebbero i datori di lavoro a determinare il ricorso al lavoro part-time, soprattutto in Germania e nel Regno Unito e specialmente nel settore dei servizi.

Per quanto concerne le caratteristiche dei lavoratori part-time, è universalmente riconosciuto che essi sono in maggioranza donne e madri di bambini in età pre-scolare. Riguardo agli Stati dell'Europa centrale, in Polonia appare più frequente il passaggio dal lavoro full-time al non-lavoro e il part-time risulta poco diffuso, rispetto a quanto accade in Germania (cfr. A. MATYSIAK, S. STEINMETZ, *Who follows whom? Female part-time employment in West Germany, East Germany and Poland*, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 25).

Il part-time per molte donne può rappresentare una scelta di carattere temporaneo al fine di accudire i figli, ma, in alcuni casi, si risolve in un vicolo cieco: appare, questo, uno de-

gli aspetti più problematici.

In ordine alle prospettive di carriera, la maggioranza dei rappresentanti sindacali aziendali ha affermato che queste sono peggiori per i lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno, mentre secondo la maggior parte dei manager non sarebbero particolarmente differenti tra le due categorie di lavoratori.

In merito, infine, alla possibilità di passare dal part-time al full-time e viceversa – senza dubbio agevolata dalla mediazione sindacale interna –, nonostante nel 50% delle aziende questa sia fruibile rapidamente o dopo un breve periodo di attesa, un terzo scarso dei manager intervistati afferma che tale passaggio è possibile soltanto in circostanze del tutto eccezionali, o che addirittura non è consentito.

5. Un altro ambito di analisi è rappresentato dal lavoro «non-standard», intendendosi per tale quello notturno, quello prestato nelle giornate di sabato e domenica e quello su turni.

La tipologia più diffusa, tra questi, è il lavoro prestato il sabato (38%), seguito dal lavoro domenicale e da quello notturno (rispettivamente, 24% e 19%).

Innegabile importanza ha il periodo di preavviso, che, nella gran parte delle aziende di maggiori dimensioni, è pari o superiore alle 2 settimane, mentre è inferiore ai 4 giorni soprattutto nelle aziende che occupano dai 10 ai 19 dipendenti.

È certo che il lavoro non-standard – in particolare su turni e domenicale – mal si presta alla conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare, soprattutto là dove non offre la possibilità di conoscere con un certo anticipo i cambiamenti d'orario e organizzare, così, il proprio tempo.

Il 35% dei manager giudica impossibile il passaggio da un'attività con orari soggetti a frequenti cambiamenti ad una con orari di lavoro regolari. Le uniche «vie d'uscita», nel frangente della necessità di cambiare orario – ad esempio per la nascita di un figlio – consistono nell'accettare un mutamento di mansioni, anche in senso peggiorativo, o nel presentare le dimissioni per cercare un altro posto che consenta un orario normale.

6. A ben vedere, le politiche a favore della famiglia sono strettamente correlate alle problematiche del lavoro ad orario flessibile ed entrambe costituiscono temi del dialogo sociale a livello europeo.

In molti dei «vecchi» Stati membri UE sono state negoziate tipologie contrattuali finalizzate a realizzare questo bilanciamento, e numerosi accordi a livello di settore ed aziendale sono stati conclusi in tal senso (in particolare, in Finlandia, Francia, Grecia, Portogallo, Svezia), mentre nei nuovi Paesi membri si è provveduto ad introdurre una regolamentazione legislativa chiara dei congedi parentali, di maternità e paternità, e si è accordata protezione alle donne in gravidanza (per un articolato quadro sugli accordi conclusi negli Stati dell'Unione, si veda lo studio di S. DEMETRIADES, M. MEIXNER, A. BARRY, in epigrafe).

È possibile affermare, comunque, che, nell'ambito delle politiche a favore della famiglia, il congedo per maternità, in tutti i Paesi dell'Unione, è un diritto fondamentale: come tale, infatti, è stato riconosciuto e regolamentato nella direttiva comunitaria n. 96/34/CE e recepito in tutti gli ordinamenti. Il licenziamento intimato durante tale periodo è nullo e ai lavoratori è accordato il diritto di tornare a svolgere la medesima mansione, dopo aver fruito del congedo.

Il congedo parentale è riconosciuto in numerosi Paesi UE fino al compimento dell'ottavo anno di età del bambino; risulta che sia concesso soprattutto nel settore dei servizi, e che sia diffuso in particolar modo in Finlandia e in Svezia.

Un'altra informazione interessante è che in Slovenia e in Svezia una parte del congedo parentale deve essere obbligatoriamente fruita dai padri.

Dai dati relativi al periodo successivo alla fruizione del congedo parentale, emerge che in Belgio, Cipro, Danimarca, Francia, Irlanda e Portogallo prevale la scelta di lavorare per lo stesso numero di ore rispetto al periodo antecedente al congedo, mentre in un secondo

gruppo di Paesi (Austria, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia) si richiede generalmente al datore di lavoro una riduzione oraria.

Nell'Europa Centrale, si registra una notevole percentuale di donne che abbandonano il posto di lavoro dopo aver fruito del congedo parentale.

In Polonia, Regno Unito e Svezia, inoltre, le aziende provvedono a formare i lavoratori che rientrano in servizio dopo il congedo parentale in misura ben più rilevante rispetto a quanto accade, ad esempio, in Italia o in Belgio.

Per quanto riguarda la presenza di «asili aziendali» o di altri servizi similari offerti dai datori di lavoro al fine di garantire la cura dei bambini, le percentuali maggiori si registrano in Paesi Bassi e Regno Unito – a causa, si presume, della scarsità di analoghi servizi pubblici.

Molto, comunque, deve essere ancora realizzato, a partire da un radicale mutamento culturale.

7. Il positivo impatto di tutte le misure a favore della famiglia è supportato proprio dalle opinioni dei manager: la maggioranza dei datori che le applica conclude che sono «virtuosi» gli effetti di tali politiche, sia perché favoriscono le relazioni tra i lavoratori, sia perché rendono gli stessi più motivati.

In altri studi analoghi a quello in commento, il 29% dei manager intervistati ha affermato che i dipendenti sono più soddisfatti, e il 28% ha concluso che non ci sono particolari problematiche ricollegabili alle misure di bilanciamento dei tempi di lavoro e di vita; è emersa anche una positiva influenza sul tasso di assenteismo e sulla stessa produttività delle aziende (cfr. S. WOODLAND *et AL.*, *The Second Work-Life Balance Study: Results from the Employers' Survey – Executive Summary*, National Centre for Social Research, 2003, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 37).

Occorre inoltre, in proposito, rammentare che uno degli obiettivi indicati dalla Strategia di Lisbona è quello di fornire servizi per l'educazione e la cura che coinvolgano almeno il 33% dei bambini sotto i 3 anni: ma in molti Stati, attualmente, non si raggiunge neppure il 10%.

Un'opportunità di miglioramento della situazione generale, allora, potrebbe senz'altro scaturire dall'analisi delle «buone pratiche» a livello nazionale.

2. Sciopero

2.1. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Collective dispute resolution in an enlarged European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, agosto 2006 (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 44).

Il quadro europeo degli strumenti di gestione e soluzione del conflitto collettivo

Sommario: **1.** Premessa: ragioni dello studio comparato dell'EIRO e prime definizioni. – **2.** Conciliazione, mediazione ed arbitrato nelle legislazioni dei Paesi coinvolti. – **3.** Accordi collettivi e risoluzione delle controversie. – **4.** Autonomia e volontarietà nelle procedure di risoluzione. – **5.** Il settore pubblico: peculiarità della disciplina. – **6.** La regolamentazione dello sciopero ed osservazioni conclusive.

1. L'articolo in epigrafe, redatto dall'EIRO (*Osservatorio europeo delle relazioni industriali*), evidenzia le misure intraprese dai singoli Paesi per scongiurare iniziative sindacali nocive all'intreccio delle relazioni industriali e per mantenere «ben oliato» il sistema

delle procedure negoziali tra le parti sociali. Questo studio è caratterizzato dall'analisi dei contributi dei 25 Stati membri dell'Unione Europea, fra i quali ovviamente anche i Paesi di nuovo ingresso (Bulgaria e Romania) e della Norvegia, che appartiene all'Area Economica Europea (i contributi nazionali possono essere consultati al sito www.eurofound.eu.int/thematicfeature15.html). Lo studio è incentrato sull'analisi del quadro di regolamentazione e procedurale di risoluzione delle controversie nelle relazioni industriali, nonché delle organizzazioni in ogni Paese responsabili della risoluzione dei conflitti nel settore pubblico e privato.

Inizialmente, l'analisi evidenzia come le situazioni di conflitto sul luogo di lavoro – chiaramente da evitare per tutte le parti sociali – si presentino in due forme: controversie attinenti i diritti e controversie attinenti gli interessi.

Le prime sono caratterizzate dal fatto che concernono un determinato contratto di lavoro, e si manifestano o in dubbi interpretativi con chiari riflessi applicativi o in rivendicazioni concernenti la mancata realizzazione di diritti definiti puntualmente nel contratto stesso. Come si evince dalla definizione, il fatto che le controversie in materia di diritti trovino origine nelle clausole del contratto le rende facilmente trattabili dal sistema giudiziario o comunque da commissioni arbitrali giuridicamente vincolanti.

Viceversa, controversie sorte in materia d'interessi, e pertanto originate dalla compresenza di opinioni differenti sulla conclusione o revisione degli accordi collettivi, percorrono vie più tortuose prima di poter sboccare in soluzioni positive. Poiché queste ultime non si basano su precedenti giudiziari, manifestandosi piuttosto durante le negoziazioni contrattuali, possono essere utilizzati strumenti e procedure quali la conciliazione, la mediazione, l'arbitrato e – in caso d'insuccesso di quest'ultimo – l'azione industriale.

Tutti i Paesi che partecipano all'analisi qui esposta concordano con le sopraccitate definizioni di controversie in materia di interessi e di diritti, delineate dalla Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (anche se sia la Danimarca che la Svezia, nei loro contributi, hanno ampliato le definizioni in questione, per includervi più adeguatamente i rispettivi sistemi).

2. L'articolo focalizza l'attenzione dapprima sui principali mezzi di risoluzione delle controversie, vale a dire conciliazione, mediazione ed arbitrato, che trovano le loro fonti nelle discipline legislative nazionali sulle relazioni industriali, riguardo all'origine delle quali peraltro, tra i vari Paesi coinvolti nell'indagine, si riscontra mancanza d'uniformità.

Invece, sotto il profilo del contenuto della normativa in materia nei diversi Paesi, si nota che in generale questa specifica gli attori coinvolti, i diritti a questi riconosciuti e le procedure di risoluzione delle controversie. Ogni legislazione nazionale, inoltre, stabilisce come siano composti gli organi terzi chiamati a risolvere le controversie stesse, e se essi siano nominati, scelti su proposta o eletti per il tramite dei datori di lavoro, dei sindacati dei lavoratori o dei Governi. Il livello di giurisdizione varia nei singoli Stati membri, dal momento che il peso specifico delle decisioni politiche è diverso in ciascuno degli ordinamenti nazionali all'interno dell'Unione, e ciò è ragione di una più o meno cospicua ricchezza di disciplina: la Danimarca, per esempio, utilizza in maniera massiccia i precedenti giurisprudenziali per dirimere le conflittualità intestine e presenta, quindi, una reperibilità di fonti sui conflitti nelle relazioni industriali maggiore rispetto ad altri Paesi.

Altre caratteristiche degne di nota sono riscontrabili in Francia, Lituania e Slovenia. La Francia fa affidamento su un codice del lavoro «moderato» in tale materia, dal momento che una politica troppo invadente contrasterebbe con il diritto allo sciopero – diritto individuale anche se esercitato in forma collettiva. La Lituania, che presenta una peculiarità in tal senso, ha invece previsto un sistema di risoluzione delle controversie dettagliato a livello legislativo, che però, come lo stesso Paese riconosce, non funziona effettivamente nella pratica. Il Codice del lavoro lituano disciplina la funzione del mediatore, la commissione di conciliazione e l'arbitro del lavoro. Tuttavia, limitandoci alla prima figura,

che può ben essere considerata il paradigma della situazione nazionale, non esiste nessuna istituzione concreta che svolga la funzione di mediazione in Lituania. Un problema simile ha riguardato la Slovenia, dove era stato stabilito un organismo tripartito, la cui disciplina di funzionamento è però ancora di là da venire.

3. Accanto agli atti normativi, un'altra fonte della disciplina di risoluzione delle controversie è costituita dagli accordi collettivi. In Svezia, gli accordi diretti tra le parti sociali coprono il 60% delle controversie risolte, mentre all'ufficio nazionale incaricato di svolgere attività di mediazione affluisce soltanto il 40% delle controversie in materia di lavoro. In proposito, il fatto interessante è che coloro che sono coinvolti in accordi tra privati non sono, in tale ultimo Paese, obbligati a seguire le nuove norme statali che concernono la mediazione.

Per lo più, gli accordi collettivi rappresentano una manovra efficace per mantenere l'armonia nelle relazioni industriali, ed hanno costituito una colonna portante e un quadro comune di regolazione del relativo sistema dell'«Europa a 15», in particolare a livello di settore.

In Danimarca, in media l'85% dei lavoratori è vincolato ad un contratto collettivo – il 100% dei dipendenti del settore pubblico, il 73% di quelli del settore privato. In Germania, una pratica comune, per i sindacati dei lavoratori e per le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro, è quella di stipulare accordi congiunti di risoluzione delle controversie, analoghi ai contratti collettivi nei quali le parti sociali seguono ciascuna la propria strada di risoluzione del conflitto senza dipendere da requisiti imposti dall'alto. Anche la Norvegia presenta un largo numero di accordi collettivi, e diversi contratti su scala nazionale coprono singoli settori.

In alcuni casi, accordi collettivi nazionali sono firmati tra il Governo e le parti sociali: ad esempio, a Cipro; ancora, in Italia, dove è stata sottoscritta la c.d. Costituzione delle relazioni sindacali, che comprende due pattuizioni: l'Accordo del 23 luglio 1993 ed il Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione del 22 dicembre 1998, firmato dal Governo e da 32 organizzazioni sindacali ed associazioni, rispettivamente dei lavoratori e dei datori di lavoro.

La maggioranza degli Stati prevede una regolamentazione legislativa come parte integrante del quadro di risoluzione delle controversie collettive, e solo in 4 Paesi (Germania, Italia, Olanda, Regno Unito) la maggioranza, se non la totalità, delle controversie è regolata dai contratti collettivi e non dalla legislazione. La varietà dei contratti collettivi è notevole, andando dai più ampi ed intersettoriali a quelli settoriali ed aziendali, ciascuno dei quali gioca un proprio ruolo nella risoluzione delle controversie collettive. Va comunque riconosciuto come la coesistenza di legge ed accordo collettivo è il sistema di risoluzione più frequente: dei 22 Paesi che sono caratterizzati dalla presenza di una normativa in materia, solo 7 (Belgio, Estonia, Finlandia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia) non menzionano nella loro analisi i contratti collettivi come misura interna di risoluzione delle controversie nelle relazioni industriali.

4. Benché i termini «conciliazione», «mediazione» ed «arbitrato», menzionati in precedenza, suggeriscano una semplicità di struttura, l'utilizzo di queste procedure differisce notevolmente tra i diversi Paesi.

Vari Stati coinvolti nell'indagine considerano la mediazione e la conciliazione come procedimenti identici (Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Malta, Slovenia). Il Belgio utilizza solamente le procedure di conciliazione, mentre altri Paesi non riportano tale strumento nel quadro regolatorio delle relazioni industriali (Austria, Bulgaria, Cipro, Italia, Norvegia, Polonia, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Svezia).

Un'altra differenza rimarchevole tra gli Stati riguarda le procedure arbitrali, in quanto sono diverse le motivazioni politiche connesse al loro utilizzo. La Germania, ad esempio, richiede un sistema di autonomia (cfr. *infra*) nella risoluzione delle controversie e, nel

promuovere il dialogo a livello delle parti sociali, è meno incline ad usare l'arbitrato – processo, questo, in cui le proposte dei terzi sono portate all'interno dei negoziati e possono rischiare di affievolire la portata di valide argomentazioni. Così accade che diversi Paesi, affinché sia preservata l'autonomia, associno il processo arbitrale unicamente a controversie volte a garantire l'effettività di diritti e non a conflitti su specifici interessi. In Irlanda, l'arbitrato assume una fisionomia quasi giurisdizionale, mentre la mediazione rappresenta la metodica tradizionale di risoluzione delle controversie tra sindacati e datori di lavoro.

L'arbitrato dovrebbe garantire un'attenzione significativa nell'arena degli interessi in conflitto, ma raramente è lo strumento migliore. Ad ogni buon conto, sono quelli della conciliazione e della mediazione i passi intrapresi più spesso, una volta constatato il fallimento dei negoziati. Infatti, benché il meccanismo arbitrale esista in quasi tutti i Paesi, si preferisce in genere risolvere le controversie direttamente a livello delle parti sociali o mediante una proposta neutrale non vincolante.

L'autonomia e la volontarietà sono due principi che un certo limitato gruppo di Paesi ha introdotto nei sistemi nazionali di risoluzione delle controversie collettive. Questi due principi implicano l'esistenza di un «micro-sistema» in cui i Governi rivestono un ruolo solo secondario nelle trattative: le risoluzioni delle controversie sono principalmente condotte dalle parti sociali al proprio livello. Autonomia e volontarietà incoraggiano i contatti – *ergo* i «contratti» – tra le parti sociali, senza interferenze da parte del Governo, sviluppando relazioni negoziali presenti e future sempre più forti. Uno dei sistemi maggiormente caratterizzati dal requisito dell'autonomia è quello tedesco. In Germania, nello stesso settore metalmeccanico, caratterizzato tra tutti dalla più alta propensione allo sciopero, è molto praticata la procedura volontaria congiunta di risoluzione delle controversie.

Benché gli elementi dell'autonomia e della volontarietà possano essere considerati parte della cultura democratica di questi Paesi, ci sono comunque anche ragioni pratiche per cui un sistema ispirato a tali principi è auspicabile. Ciò è verificabile, ad esempio, considerando il caso dell'Austria, che emerge in Europa per essere caratterizzata da uno dei più bassi tassi di sciopero e di conflittualità. In Belgio, l'inefficienza dei tribunali del lavoro incentiva il ricorso all'autonomia sindacale, e pertanto di norma i conflitti sono risolti attraverso negoziazioni dirette tra i sindacati dei lavoratori e i datori di lavoro.

Infine, una certa cautela all'interno di questo contesto di autonomia risulta persistere in Danimarca, dove sono stati perciò stabiliti dei conciliatori pubblici, ma solo per indirizzare e non per governare le procedure negoziali.

La risoluzione obbligatoria delle controversie è presente in 14 dei 26 Paesi considerati, caratterizzando così le relazioni industriali europee. In Spagna, Bulgaria e Svezia, nelle contrattazioni d'interesse generale, come ad esempio quelle attinenti al pubblico impiego, il Governo può introdurre un arbitrato obbligatorio. Malta richiede una risoluzione obbligatoria nel caso in cui i negoziati giungano ad un punto morto.

5. Per quanto riguarda il settore pubblico, su un totale di 26 Stati partecipanti alla indagine, 19 hanno adottato regolamentazioni per il settore del pubblico impiego. Il bisogno di garantire i servizi essenziali in tale settore-chiave giustifica peculiari discipline nelle relazioni industriali. Nel 2005, per esempio, lo sciopero nel trasporto pubblico a New York ha danneggiato enormemente gli affari: è la tipica situazione che gli Stati cercano di evitare mediante regolamentazioni specifiche.

In genere, il Governo nazionale dichiara quali servizi pubblici essenziali, cui sono riferibili soltanto determinate attività, rientrano in questa disciplina speciale.

Non sembra vi siano criteri univoci nei diversi Paesi per quanto riguarda le caratteristiche dei settori considerati e gli strumenti di risoluzione delle controversie adottati.

Come nel settore privato, ci sono opinioni diverse sul modo di condurre le negoziazioni.

7 Paesi non menzionano la regolamentazione del settore pubblico, ma altri Paesi hanno redatto, nel tempo, normative dettagliate che regolano il pubblico impiego. Per esempio, Bulgaria e Francia hanno predisposto sistemi efficienti per sostenere i diritti dei lavoratori pubblici: la legislazione bulgara li assoggetta alla disciplina di legge quando sorge una controversia e, nonostante non siano autorizzati a scioperare nel senso letterale del termine (picchettaggio e astensione dal lavoro), è consentito loro d'indossare speciali segni distintivi, quali fasce sugli abiti da lavoro, per mostrare che sono simbolicamente in sciopero. La Francia, invece, riconosce ai lavoratori pubblici il diritto di scioperare, vietando solamente gli scioperi selvaggi e non autorizzati, mentre il funzionamento del settore è tenuto ad un livello sufficiente in virtù di contratti collettivi innovativi. Per esempio, a metà del 2005, le regioni dell'Alsazia e dell'Ile de France hanno concluso contratti con operatori del trasporto pubblico per permettere di garantire un servizio minimo anche in caso di sciopero. Questi contratti comportano l'obbligo di assicurare una quota pari al 33% o al 50% della capienza normale durante gli scioperi e l'applicazione di una penale finanziaria al fornitore del trasporto se il livello del servizio scende al di sotto della soglia concordata.

6. Nel settore privato esistono regole dettagliate concernenti lo sciopero, ed anche la serrata. Con riferimento alle azioni industriali, il sistema più comunemente utilizzato prevede come primo passo preventivo l'utilizzo dei consueti mezzi di risoluzione delle controversie, vale a dire la conciliazione o la mediazione. All'estremità opposta dello spettro di mezzi impiegabili, il Belgio mantiene una politica in cui la negoziazione non deve precedere gli scioperi. I negoziati diretti tra le parti sociali costituiscono la maniera abituale di risoluzione delle controversie; tuttavia, lo sciopero può essere intrapreso in ogni momento in quanto non rappresenta un diritto «di ultima istanza».

Un'altra procedura caratteristica dell'azione industriale è quella di «raffreddamento», consistente in un periodo di tempo nel quale le parti sociali non sono autorizzate ad intraprendere uno sciopero o una serrata. Durante questo periodo, c'è ancora la speranza che le parti risolvano la loro controversia prima d'iniziare delle azioni che possano danneggiare l'azienda. Periodi dai 7 ai 14 giorni, in tal senso, appaiono di frequente nelle normative nazionali; tuttavia, l'Italia fa eccezione e presenta un periodo di 4 mesi, articolato in 3 mesi antecedenti la conclusione del contratto collettivo ed in un mese successivo, con sanzioni severe in caso di mancato rispetto della previsione. Anche se tali norme non sono vincolanti giuridicamente, ma piuttosto rappresentano un percorso raccomandato alle parti in lite, la punizione delle violazioni richiede l'anticipo o la postergazione di pagamenti in favore dei lavoratori – a seconda, rispettivamente, che la procedura di raffreddamento sia troncata dal datore di lavoro o dall'organizzazione sindacale – per un lasso di tempo di 3 mesi per il ritardo tra la scadenza del contratto ed il suo rinnovo.

Come in Belgio, nella Repubblica Ceca esistono gli strumenti di «allerta sciopero», che comunque non impediscono il processo negoziale. Tali avvisi sono utilizzati quando c'è un rischio di smembramento dell'impresa o si vuole far conoscere una presa di posizione del sindacato. Gli «allerta sciopero», considerati azioni unilaterali non disciplinate nel diritto del lavoro, si sono verificati 10 volte nel 2003.

Ulteriori limitazioni dello sciopero e della serrata possono riscontrarsi a Cipro, in Francia e nella Repubblica Slovacca.

Per quanto riguarda la scelta dei conciliatori, dei mediatori e degli arbitri, essa può essere fatta in due modi: dalle parti stesse o mediante l'intervento del Governo. Per lo più, i contratti collettivi specificano in che modo le parti nominano un agente, ma se le parti non trovano un accordo su un candidato adatto, il Ministero del lavoro può intervenire con una propria designazione (i Ministeri che adottano tale pratica posseggono un elenco di conciliatori ed arbitri idonei; le posizioni sono coperte attraverso un procedimento di nomina che consiste in proposte, formulate dalle federazioni dei datori di lavoro, dalle or-

ganizzazioni sindacali e dal Governo, atte a garantire un conciliatore imparziale che presieda ai negoziati).

Dal momento che il mediatore è chiamato a risolvere dei problemi seri, vi sono dei requisiti per ottenere tale carica. I mediatori provengono da *backgrounds* professionali diversi – relazioni industriali, affari, diritto – e l'esperienza rimane comunque sempre un prerequisito.

Per quanto riguarda le istituzioni e gli enti adibiti alla risoluzione delle controversie collettive, va detto che non vi è uniformità tra i Paesi partecipanti alla ricerca, dal momento che ogni Paese conosce quali meccanismi sono più consoni al proprio sistema industriale. Le caratteristiche salienti dei sistemi nazionali si presentano sul piano decentrato e della tripartizione strutturale. La tipica organizzazione degli uffici preposti alla mediazione e all'arbitrato giustifica divisioni regionali e nazionali. Chiaramente, le controversie più insignificanti non dovrebbero essere gestite a livello nazionale, perché il mediatore preposto a quel livello diverrebbe sovraccarico di lavoro: dunque, gli Stati considerati hanno per lo più decentrato le diverse responsabilità.

Un aspetto importante delle liti collettive è anche quello del costo della loro risoluzione. I Governi, legati ai bilanci nazionali, possono destinare ad esse solo un determinato ammontare di introiti fiscali. Le opzioni di pagamento per i conciliatori, i mediatori e gli arbitri variano da Stato a Stato, e le due più frequenti comportano la divisione delle spese fra le parti sociali o il pagamento integrale da parte del Governo.

In generale, dunque, l'indagine condotta mostra, da parte dei Paesi partecipanti, una risposta favorevole ai sistemi di risoluzione delle controversie collettive. Sebbene sembri vi siano discussioni continue sulle regolamentazioni e sugli emendamenti, solo 4 Paesi (Belgio, Lituania, Repubblica Slovacca, Slovenia) sono attualmente impegnati a modificare la propria legislazione. Dei 26 Paesi considerati, in 4 è stato espresso uno scontento, sia da parte dei datori di lavoro che da parte dei sindacati dei lavoratori (Belgio, Estonia, Lituania, Romania).

Distinzioni possono farsi tra i Paesi dell'«Europa a 15» e quelli che sono entrati a far parte dell'UE. I Paesi dell'«Europa a 15» tendono ad avere più regolamentazioni ed organizzazioni che si occupano di risolvere i conflitti nelle relazioni industriali. Essi hanno economie più ampie, il che comporta un maggior interesse per il mondo industriale. Nonostante tutta una gamma di problemi, questi Paesi hanno sistemi più solidi rispetto ai Paesi di nuova adesione. Questi ultimi, infatti, solo di recente, e sotto l'influenza del diritto comunitario, hanno iniziato a delineare dei modelli regolatori, ma devono ancora sviluppare le discipline relative al settore pubblico e al tempo stesso istituire dei sistemi veramente efficaci di risoluzione delle controversie.

In conclusione, le parti sociali sembrano ottimiste rispetto ai propri sistemi nazionali. Pur non potendo esservi unanimità di consensi al riguardo, solo una piccola parte degli attori sociali si dichiara completamente insoddisfatta. Per di più, solo in 5 Paesi sono in atto trasformazioni progressive dei sistemi esistenti. Si deve quindi ritenere che ciò dimostri la natura generalmente positiva e costruttiva degli attuali sistemi di risoluzione delle controversie collettive di lavoro.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Francia

- ristrutturazioni aziendali (1.1.)

Germania

- contrattazione collettiva (orientamenti della) (2.1.)
- partecipazione (2.2. – 2.3.)

Romania

- lavoro subordinato (3.1.)

Spagna

- politiche occupazionali e ruolo della contrattazione collettiva (4.1.)

*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi» all'indirizzo www.csmb.unimo.it

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Francia

1.1. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Emcc case studies – Managing restructuring: the Vermandoise Group of sugar refineries*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 31 agosto 2006 (in *Boll. Adapt*, 2006, n. 45).

La gestione dei processi di ristrutturazione, il caso della raffineria di zucchero di Beauchamps

Sommario: **1.** Il *case study*: la vicenda della raffineria di zucchero di Beauchamps. – **2.** La procedura dei licenziamenti collettivi nella legislazione francese. – **3.** Il processo di ristrutturazione. – **4.** Conclusioni.

1. Il *case study* riportato è stato condotto dalla *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*. La vicenda oggetto dello studio riguarda un caso di ristrutturazione aziendale che ha interessato un gruppo francese nel 1998 e si segnala come situazione esemplare sia per la valutazione delle più opportune modalità di coinvolgimento e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori nelle situazioni di crisi e ristrutturazione sia come buon esempio di una sinergia tra *management* e istituzioni a livello locale, regionale e nazionale per la gestione della crisi. Nel dicembre 1998 il gruppo francese Vermandoise a fronte di una crisi del settore, decide di trasferire la parte della propria produzione di zucchero dalla raffineria di Beauchamps, situata nella regione di Picardie, a quella di Fontaine-le-Dun, in Normandia. La decisione, destinata ad incidere sull'esistenza di 97 posti di lavoro, ingenera sin dall'inizio un aspro conflitto con una delle maggiori confederazioni sindacali francesi, la CGT (*Confédération Générale du Travail*). Questa, infatti, intravede delle possibilità di sopravvivenza per la Beauchamps e addebita lo stato di crisi della raffineria alla mancanza di investimenti da parte della Vermandoise a favore del suo sviluppo. La raffineria di Beauchamps rappresenta infatti un vero e proprio simbolo della tradizione industriale della zona, aperto nel 1865, e offre lavoro ad una quota essenziale di lavoratori della cittadina francese. Viene così instaurata una lunga battaglia legale che vede come protagonisti l'impresa, da un lato, e il sindacato, dall'altro, e avente ad oggetto il piano di ristrutturazione progettato dall'impresa in conformità a quanto previsto, in materia, dall'ordinamento francese.

2. La legge francese in materia di licenziamenti collettivi risponde tradizionalmente ad un modello restrittivo, reso ancor più rigoroso con una riforma nel corso del 2001. Peraltro, la vicenda in esame si colloca in un periodo anteriore a tale riforma e va pertanto considerata alla luce della legislazione allora vigente, il cui orientamento risulta tuttavia sostanzialmente confermato dalle modifiche successive, seppure con una sterzata ulteriore verso la limitazione della procedura di riduzione del personale. In particolare, si riscontra un limite al ricorso alla procedura di riduzione del personale subordinatamente al fatto che tale soluzione sia l'unica possibile per affrontare una situazione di seria difficoltà economica: l'impresa deve avere preventivamente provveduto alla riduzione della settimana lavorativa a 35 ore. Non vi è quindi un divieto assoluto per le imprese in attivo di procedere ad opzioni di ristrutturazione, ma tale possibilità è comunque subordinata alla progettazione di un piano di intervento volto a limitare il numero dei licenziamenti e ad individuare misure volte a favorire il ricollocamento dei lavoratori coinvolti nella ristrutturazione, tra le quali va sicuramente contemplata anche quella del trasferimento del lavoratore ad altra sede della stessa impresa. Tale procedura deve peraltro essere coordinata

con gli strumenti di garanzia di partecipazione delle rappresentanze sindacali alle decisioni strategiche dell'impresa; una tutela che già al tempo dei fatti prevedeva un obbligo generalizzato di informazione circa ogni evento che potesse influire sulla situazione economica della società nei confronti delle rappresentanze aziendali obbligatoriamente costituite in Francia per le imprese con più di 50 lavoratori. Un processo di informazione e consultazione comunque debole, contrapposto al modello c.d. forte tedesco che consente ai lavoratori d'influenzare dall'interno le decisioni aziendali, attraverso la presenza obbligatoria di un rappresentante dei lavoratori nel consiglio di vigilanza (per i riferimenti essenziali vedi in *q. Osservatorio* la nota che segue *Una breve guida all'istituto della co-gestione*, alla voce *Germania*). In questa seconda direzione sembra muoversi la riforma francese del 2001 a fronte della quale viene stabilito che le rappresentanze dei lavoratori devono ricevere informazioni dettagliate e che i licenziamenti oggetto della procedura devono essere motivati e giustificati; inoltre, deve essere individuato specificatamente il numero di lavoratori coinvolti, le categorie colpite, i criteri di scelta e i tempi previsti di esaurimento della procedura. Il consiglio di fabbrica, successivamente, dovrà fornire i suoi suggerimenti in merito alle misure proposte dall'impresa per sostenere i lavoratori licenziati. Il Ministro del lavoro ha il potere di monitorare il piano sociale ed esprimere il suo parere. Peraltro, si segnala che, già al tempo dei fatti relativi allo stabilimento di Beauchamps, vi era per le imprese con più di 1.000 lavoratori l'obbligo di procedere alla riqualificazione industriale dei siti interessati dalle ristrutturazioni.

3. Lo studio in esame descrive i diversi piani – da quello legale a quello economico-sociale – in cui si produssero le conseguenze relative alla chiusura della raffineria ed alla realizzazione del piano di ristrutturazione industriale, risultante da questa complessa vicenda. Il piano di ristrutturazione appare meritevole di specifica considerazione per i suoi molteplici livelli di articolazione e coinvolgimento: locale, regionale e nazionale. Esso si componeva di tre distinte fasi: reimpiego dei lavoratori, riqualificazione industriale della raffineria e della zona circostante, interventi per incrementare l'occupazione regionale. Il piano sociale, che rappresenta il risultato delle battaglie legali intraprese dal sindacato si riferiva, in origine, soltanto ai lavoratori full-time, senza ricomprendere i circa 20 stagionali che lavoravano nella raffineria da 25-30 anni, ma in seguito alla pronuncia dei tribunali investiti delle controversie, la sua applicazione venne estesa anche a questi ultimi. Esso conteneva una lista completa dei posti di lavoro disponibili in altre raffinerie del gruppo, sufficienti a dare occupazione a tutti i 97 lavoratori licenziati, e a questo fine la Vermandoise si obbligava a ridurre la settimana lavorativa della stagione di maggiore produzione da 52 a 42 ore, in modo tale da poter accogliere i lavoratori ricollocati. Nella previsione però che non tutti i lavoratori sarebbero stati disposti a trasferirsi, i lavoratori vennero sostenuti nella ricerca di un nuovo impiego esterno rispetto al gruppo. Ed in entrambi i casi, i posti di lavoro offerti avevano le caratteristiche del rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato. Inoltre, furono previsti degli speciali sussidi statali per garantire una sorta di continuità tra i livelli di reddito percepiti prima della chiusura e quelli raggiunti dai lavoratori dopo la conclusione della procedura. Venne stabilito che la differenza salariale fosse corrisposta, per i primi 2 anni, attraverso sussidi pagati per metà dallo Stato e per metà dal gruppo Vermandoise. Questi sussidi non erano previsti dalla legge, ma vennero proposti dall'Ispettorato del lavoro; infatti, il gruppo era tenuto per legge a sottoporre il piano sociale all'Ispettorato del lavoro e ad accettarne le proposte. A favore dei lavoratori licenziati, inoltre, la Corte d'Appello stabilì un risarcimento, avendo accertato che i licenziamenti non erano stati seriamente motivati e che il gruppo Vermandoise non aveva rispettato la legislazione vigente in tema di procedure previste per i processi di ristrutturazione. La parte del piano che riguardava la riqualificazione della raffineria e la zona circostante, favorendo l'insediamento di nuove attività economiche, venne avviata grazie alla collaborazione tra i manager del gruppo Vermandoise, il sindaco di

Beauchamps e la Camera del Commercio e dell'Industria della Regione di Picardie. Il principale obiettivo perseguito era quello di attrarre società che potessero essere interessate ad utilizzare le strutture che ospitavano la raffineria, attraverso la loro vendita ad un prezzo al di sotto del valore di mercato del 40%. Le strutture interessate vennero riutilizzate per la creazione di *business park* e per uso abitativo. Grazie a questo progetto, vennero creati 98 posti di lavoro, e si prevedeva la creazione di ulteriori 30 posti di lavoro, in vista della imminente apertura di un supermarket all'interno delle stesse strutture. Fondamentale, stando allo studio in esame, il ruolo di spinta e incentivo svolto dal sindacato attraverso le iniziative di mobilitazione dei lavoratori volte ad evitare la chiusura della raffineria, con risonanza anche in azioni collettive di livello nazionale. Inizialmente, il gruppo Vermandoise non aveva intenzione di impegnarsi per lo sviluppo del territorio di Beauchamps, ma ebbe delle pressioni in tal senso a più livelli. Nel 1999, il Ministro dell'agricoltura chiese un incontro con il gruppo Vermandoise, insieme con i rappresentanti dell'amministrazione regionale, i membri del parlamento locale, il sindaco di Beauchamps ed il sindacato. Nel corso di questo incontro, il Ministro fece presente che la zona di Beauchamps aveva bisogno urgente d'interventi che favorissero la crescita economica, altrimenti la chiusura della raffineria avrebbe portato con sé effetti catastrofici non solo per la città, ma per l'intera regione. Fu stabilita a livello locale una sinergia tra il sindaco ed il *management* del gruppo Vermandoise. Inoltre, si occuparono del caso, oltre alle società specializzate nella riqualificazione delle aree industriali, i membri della Camera del Commercio e dell'Industria. Viceversa, con la rivitalizzazione si era posto l'obiettivo di supportare l'espansione delle aziende già esistenti sul territorio interessato e la creazione di nuovi posti di lavoro al loro interno. Il progetto di rivitalizzazione prevedeva la concessione da parte della Vermandoise di prestiti a tassi e condizioni agevolate a quelle imprese valutate positivamente in merito alle prospettive di espansione e al numero di posti di lavoro che prevedevano di creare nei successivi 3 anni. Il sindaco di Beauchamps ottenne la collaborazione dei municipi vicini per creare una zona industriale in cui le imprese pagassero le stesse imposte. Grazie anche alla collaborazione delle società private specializzate che portarono avanti il progetto, si crearono 112 nuovi posti di lavoro all'interno della regione interessata, ben al di là dei propositi originari, e si riuscì, pertanto, a rimediare ai danni causati dalla chiusura di Beauchamps.

4. Lo studio in esame sottolinea quindi due principali profili di interesse e di riflessione offerti dal caso in esame: da una parte, l'importanza del coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori sin dalle fasi iniziali relative a scelte strategiche dell'impresa, a fronte della constatazione che la mera soluzione offerta dal gruppo Vermandoise di collocare altrove i lavoratori in esubero, quale misura alternativa al licenziamento, non era risultata di per sé sufficiente a evitare il conflitto riconducibile anche alle conseguenze di contesto sul territorio derivanti dalla scelta operata dall'impresa; dall'altra, la necessità, da analoga prospettiva, di affrontare tali questioni attraverso programmi e progetti mirati che si avvalgano dei diversi attori che potrebbero avere interesse e delle istanze di livello locale, regionale, nazionale.

2. Germania

2.1. Accordo tra IG Metall (Industriegewerkschaft Metall – Sindacato tedesco dei Metalmeccanici) e Verband der Metall-und Elektro-Industrie Nordrhein-Westfalen, Metall NRW (Confederazione dei datori di lavoro dell'industria metalmeccanica ed elettronica della Renania settentrionale-Vestfalia), 22 aprile 2006 (in [Boll. Adapt](#), 2006, n. 57).

Alcune novità apportate dalla recente tornata contrattuale

Sommario: **1.** Clausola di apertura e flessibilità salariale. – **2.** Il contratto collettivo sulla formazione continua. – **3.** Il contratto collettivo sulle prestazioni pensionistiche.

1. Una delle novità più significative che si evince dai risultati della negoziazione condotta (*Verhandlungsergebnis*) concerne la tecnica di flessibilità salariale adottata dalle parti stipulanti il contratto collettivo: queste, dopo aver previsto per i lavoratori a tempo pieno un'erogazione straordinaria *una tantum* pari a 310 euro per compensare i 3 mesi (marzo-maggio 2006) senza aver ricevuto incrementi di retribuzione, hanno voluto riservare al datore di lavoro ed al consiglio aziendale (*Betriebsrat*) – vale a dire, l'organo di codeterminazione che, in base alla legge sull'ordinamento aziendale, riceve un'investitura generalizzata da parte dei lavoratori dell'azienda – il potere di rimodulare l'ammontare dell'erogazione in questione, tenendo conto dell'andamento economico dell'azienda. In questo modo, il contratto investe l'accordo di codeterminazione aziendale volontario (*freiwillige Betriebsvereinbarung*), stipulato ai sensi del § 88 della legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz*), del potere di differire o di ridurre (sino ad annullarlo completamente) l'emolumento concesso, ogniqualvolta venga accertato che durante il periodo di vigenza del contratto collettivo l'impresa attraversa una congiuntura negativa con un abbassamento degli standard medi di redditività; allo stesso modo, nell'ipotesi inversa di una situazione più florida rispetto alla media, esso sarà autorizzato ad aumentarlo sino al doppio.

Si deve anzitutto osservare come nella specie le parti stipulanti il contratto collettivo, nell'intento di agganciare una quota del salario ad indici rappresentativi degli andamenti economico-produttivi, abbiano fatto ricorso ad una clausola ormai ampiamente collaudata nella contrattazione collettiva di distretto, vale a dire la «clausola di apertura» (*Öffnungsklausel*), che è quello strumento negoziale mediante il quale il contratto collettivo stipulato a livello di distretto (*Flächentarifvertrag*) demanda agli attori presenti a livello aziendale e, dunque, al datore di lavoro ed al consiglio aziendale il compito di introdurre deroghe alle condizioni minime di trattamento fissate dal contratto collettivo stesso.

La sperimentazione di simili tecniche negoziali si colloca nel quadro di una tendenza più generale in atto ormai da tempo nel sistema di relazioni industriali tedesco, per effetto della quale la contrattazione collettiva si trova sempre più a coesistere ed interagire con gli istituti e gli strumenti di regolazione del sistema legale di codeterminazione e, in particolare, con gli accordi di codeterminazione (*Betriebsvereinbarung*) stipulati tra il datore di lavoro ed il consiglio aziendale.

Le clausole di apertura non costituiscono una novità assoluta degli ultimi anni giacché la legge sull'ordinamento aziendale (*Betriebsverfassungsgesetz*), nella sua originaria stesura (quella del 1972), già ne consentiva l'utilizzo: difatti, il § 77, comma 3, dopo aver affermato perentoriamente che «la retribuzione e le altre condizioni di lavoro disciplinate in un contratto collettivo o che, normalmente, sono da esso disciplinate, non possono costituire materia di un accordo di codeterminazione aziendale», faceva, appunto, salvo il caso in cui un contratto collettivo autorizza espressamente la stipulazione di accordi di codeterminazione aziendale. Inoltre, esse trovano un ulteriore fondamento legale nel § 4, comma 3, della legge sui contratti collettivi (*Tarifvertragsgesetz*), secondo cui accordi in deroga al contratto collettivo sono ammissibili soltanto «nella misura in cui sono consentiti dal contratto collettivo [...]» (da ultimo, S. KOHAUT, C. SCHNABEL, *Tarifliche Öffnungsklauseln: Verbreitung, Inanspruchnahme und Bedeutung*, Diskussionspapiere, Friedrich-Alexander-Universität, Erlangen-Nürnberg, maggio 2006, 6-7).

Ciononostante, solo a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, a fronte della necessità di soddisfare le istanze di flessibilizzazione imposte dal sistema e di potenziare il

ruolo degli accordi di codeterminazione aziendale, si cominciano a diffondere significativamente simili tecniche e a sviluppare anche il novero delle varianti elaborate di volta in volta dalla prassi negoziale. Il crescente atteggiamento di insoddisfazione di molti datori di lavoro iscritti alle associazioni datoriali e la conseguente tendenza verso l'«erosione» della «base associativa», sviluppatasi soprattutto sul versante datoriale nel periodo immediatamente successivo alla riunificazione e alla recessione dei primi anni Novanta, induce le organizzazioni sindacali a correre ai ripari e ad adottare qualsiasi espediente per superare le rigidità del sistema di contrattazione collettiva e scongiurare il pericolo di una sua destrutturazione (vedi *amplius* R. SANTAGATA, *La contrattazione collettiva in Germania: tecniche di decentramento e vincoli costituzionali*, in *GDLRI*, 2005, 637 ss., e M. BORZAGA, *I più recenti sviluppi della contrattazione collettiva in Germania: clausole di apertura, orario di lavoro e retribuzione*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, ES, Napoli, 2006, 555 ss., ai quali si rinvia per i riferimenti bibliografici).

In questo modo, per evitare la «fuga» dei datori di lavoro dalle associazioni di categoria finalizzata a concludere accordi aziendali svincolati dall'applicazione del contratto collettivo di distretto, vengono elaborate clausole di apertura sempre più flessibili per consentire di implementare le previsioni, in genere abbastanza generali, contenute nella contrattazione collettiva stipulata a livello di distretto – ed eventualmente di introdurre deroghe *in pejus* agli standard minimi di trattamento – mediante la stipulazione di un accordo di codeterminazione tra il consiglio aziendale e il datore di lavoro.

La clausola di apertura negoziata nel contratto collettivo stipulato nel distretto della Renania settentrionale-Vestfalia, qui in esame, assume connotati sicuramente diversi rispetto alle altre clausole comunemente utilizzate nella materia retributiva in quanto le parti stipulanti, anziché fissare in modo assai rigido e minuzioso le condizioni che legittimano le modifiche verso il basso (o verso l'alto) della retribuzione, preferiscono lasciare più ampi spazi di autonomia all'accordo di codeterminazione aziendale.

In particolare, si può osservare come, diversamente dalle previsioni contrattuali che hanno contrassegnato soprattutto le tornate contrattuali dei primi anni Novanta, in questo caso, la contrattazione di distretto, nel devolvere agli accordi di codeterminazione aziendale un potere derogatorio su talune componenti retributive, adotti una soluzione dotata della massima flessibilità come si evince appunto dal fatto che gli attori presenti a livello di azienda possono – con piena discrezionalità – decidere in merito all'opportunità di introdurre modifiche al ribasso del salario senza dover sottostare a rigide procedure di autorizzazione e senza essere tenuti a documentare la situazione di crisi in cui versa l'impresa.

Peraltro, il contratto collettivo, pur lasciando un margine di autonomia più esteso ai partner aziendali per negoziare un salario in deroga agli standard retributivi previsti dal contratto di distretto, non rinuncia in ogni caso ad adottare strumenti di controllo sulle deroghe *in pejus* operate a livello aziendale: si prevede, da un lato, che gli scostamenti al ribasso del salario debbano fondarsi su un criterio oggettivo, qual è la riduzione degli utili; dall'altro, si predispone una forbice per operare tali scostamenti (in relazione ad analoghe tecniche di rinvio cfr., per tutti, W.D. WALKER, *Möglichkeiten und Grenzen einer flexibleren Gestaltung von Arbeitsbedingungen – Das Spannungsverhältnis zwischen Tarifautonomie und Betriebsautonomie*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1996, 362-363).

Alla stessa logica è ispirata poi anche la previsione che, in periodi di floridezza della impresa, consente agli attori presenti in azienda di distribuire gli incrementi di produttività derivanti da una crescita degli utili superiore alla media, aumentando sino al doppio l'emolumento retributivo concesso (in tale eventualità, il comma successivo precisa che il datore di lavoro sarà poi legittimato ad escludere un incremento dell'erogazione *una tantum* soltanto a condizione che venga concesso un trattamento sovratariffario con riguardo a gratifiche di bilancio, gratificazioni, premi annuali, premi di risultato, gratifiche natali-

zie o prestazioni analoghe). Occorre rilevare a riguardo che il contratto del distretto della Renania settentrionale-Vestfalia, anche in tal caso, non si limita ad attribuire all'accordo di codeterminazione a livello aziendale un ruolo meramente esecutivo e di mera quantificazione, bensì devolve allo stesso il potere discrezionale di decidere in merito all'opportunità di negoziare una deroga *in melius* rispetto agli standard retributivi contrattati a livello di distretto, purché, naturalmente, ricorra una variazione in aumento negli indici di redditività dell'impresa.

Tutto quanto sembrerebbe perciò confermare che l'autonomia collettiva, a fronte di una tendenza più generale allo spostamento del baricentro della contrattazione verso i livelli territoriali e, in particolare, verso il livello di codeterminazione aziendale, sta mostrandosi sempre più sensibile all'esigenza di sperimentare nuove tecniche di decentramento per introdurre elementi di flessibilità nella retribuzione (così come nell'orario di lavoro); d'altro canto, poiché i nuovi sistemi retributivi si caratterizzano per essere strettamente legati alla realtà produttiva ed organizzativa dell'impresa (soprattutto se la retribuzione viene ancorata alle *performances* dell'impresa), si giustifica pienamente la contestuale devoluzione agli accordi aziendali del potere di discostarsi dagli standard fissati dal contratto di distretto in relazione alle circostanze particolari della singola azienda.

2. Il tema della formazione continua (*lebenslangen Lernens*) sta assumendo un ruolo sempre più rilevante tra i contenuti della contrattazione collettiva tedesca. Dopo aver fatto irruzione in un contratto collettivo stipulato nel 2001 per la sola Regione di Baden-Württemberg – laddove le parti stipulanti prevedevano, tra le altre cose, di destinare 5 minuti ogni ora ai congedi per la formazione continua in alcuni lavori in cui è richiesta la manualità (sul punto cfr. M. ALLESPACH, *Der Tarifvertrag zur Qualifizierung in Baden Württemberg*, in *AiB*, 2002, 698 ss.; R. BAHNMÜLLER, S. FISCHBACH, *Der Qualifizierungsstarifvertrag für die Metall – und Elektroindustrie in Baden-Württemberg*, in *WSI-Mitt.*, 2004, n. 4, 183 ss.) – esso ha costituito nuovamente, nella recente tornata contrattuale, l'oggetto di un apposito contratto collettivo laddove si prevedono, appunto, misure volte a promuovere la formazione dei lavoratori occupati e la valorizzazione delle proprie competenze professionali in relazione ai cambiamenti avvenuti in azienda.

Tale tematica, già prima della stipula del contratto, era stata oggetto di una ampia attenzione delle parti sociali tedesche che avevano mostrato di prendere atto di come la riduzione della parte di manualità richiesta in moltissimi lavori e la domanda sempre crescente di nuove e più qualificate capacità professionali nel mercato del lavoro tedesco – fenomeni entrambi imputabili, come noto, ai processi di innovazione tecnologica e alle incessanti trasformazioni dei modelli di organizzazione produttiva – imponessero di adottare alcune misure per favorire la formazione continua (vedi comunicato stampa del IG Metall).

In un rapporto del 2006 anche la Confederazione dei datori di lavoro tedeschi (*Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände*, BDA) aveva avuto modo di ribadire come l'investimento in formazione qualificata assumesse un'importanza strategica per entrambe le parti del rapporto, in quanto non solo rappresenta la chiave di volta per garantire la conservazione della competitività alle imprese, ma giova anche «alla conservazione e alla sicurezza del posto di lavoro, come pure alla *employability*, vale a dire, alla c.d. occupabilità nel mercato del lavoro e contribuisce al miglioramento delle proprie occasioni professionali e di lavoro» (così, testualmente, BDA, *Leitfaden, Qualitätsmanagement in der betrieblichen Weiterbildungspraxis*, 2).

Seppure nel dibattito che aveva preceduto la stipula del contratto (sulla discussione inerente all'utilizzo del contratto collettivo per disciplinare la materia della formazione vedi R. BAHNMÜLLER, S. FISCHBACH, *op. cit.*, 183) fosse emerso tra le parti sociali un generale consenso sulla necessità di mettere in campo nuove strategie per garantire la valorizzazione e l'elevazione culturale e professionale dei lavoratori, erano state manifestate tutta-

via valutazioni di segno diverso in merito all'opportunità di affrontare la materia in sede di contrattazione collettiva di distretto: alla posizione nettamente favorevole dell'IG Metall si contrapponeva quella della BDA, che, viceversa, sottolineava l'esigenza di garantire alle imprese gli spazi di autonomia necessari a determinare a livello aziendale le iniziative da promuovere a sostegno della formazione continua in relazione ai cambiamenti del quadro organizzativo.

Il contratto collettivo in esame interviene ora a regolare in maniera organica la materia e, ricalcando in parte le previsioni del contratto collettivo stipulato nel 2001, chiarisce anche il ruolo del consiglio aziendale nelle decisioni riguardanti il tema della formazione continua.

Nel sistema tedesco, seppure al datore di lavoro spetta il compito di determinare autonomamente le esigenze future di riqualificazione sulla base delle trasformazioni organizzative programmate all'interno dell'azienda (e debitamente comunicate al consiglio aziendale ai sensi dei §§ 90 ss. del BetrVG), anche in questa materia esistono diverse forme di coinvolgimento dei consigli aziendali previste dalla legge sull'ordinamento aziendale del 2001 (BetrVG).

Come ribadisce il contratto collettivo in esame, il datore di lavoro è sottoposto ad una serie di obblighi procedimentali in quanto, dopo aver individuato le predette esigenze, è tenuto ad avviare un esame congiunto, durante il quale il consiglio aziendale, informato tempestivamente ed in modo esauriente delle misure di riqualificazione programmate, è legittimato a presentare proprie proposte in merito (§ 3, Abs. 2). Peraltro, il contratto collettivo recepisce anche la previsione contenuta nel § 97 del BetrVG che riconosce a favore del consiglio aziendale un pieno diritto di codeterminazione in merito alla implementazione delle misure per la riqualificazione professionale da introdurre nell'impresa ogniqualvolta le modifiche dell'assetto produttivo poste in essere dal datore di lavoro necessitano di competenze più qualificate.

Nell'intento di favorire l'accertamento di eventuali esigenze di riqualificazione professionale dei lavoratori e nell'intento di determinare le misure più adeguate a soddisfarle, il contratto collettivo prevede inoltre che il datore di lavoro ed il consiglio aziendale possano disporre colloqui tra il lavoratore ed il datore di lavoro. I colloqui possono essere eseguiti anche in gruppo oppure essere decisi in occasione della valutazione del rendimento del lavoratore o della valutazione degli obiettivi conseguiti.

È in questa sede che dovrà raggiungersi una intesa tra il datore di lavoro ed il lavoratore in merito alla determinazione delle esigenze di riqualificazione e/o in merito alla individuazione delle misure da adottare per fronteggiare le carenze di professionalità dei lavoratori; nell'eventualità in cui il datore di lavoro ed il lavoratore non riescano a trovare alcun accordo a riguardo, in base al § 7, n. 1, sulla questione insorta dovranno essere chiamati a decidere il datore di lavoro ed il consiglio d'azienda, i quali, per quanto sia possibile, dovranno giungere ad un accordo.

Per quanto concerne, invece, l'implementazione delle misure di riqualificazione professionale, il § 5, in conformità con le previsioni di legge contenute nel § 98 del BetrVG, prevede che il consiglio aziendale, non solo dovrà essere tenuto al corrente delle misure di aggiornamento professionale poste in essere dal datore di lavoro, ma sarà legittimato anche a concordare in modo vincolante con il datore di lavoro le iniziative da porre in essere a sostegno della riqualificazione professionale. In particolare, potranno essere adottate in concreto tanto misure rivolte a tutelare la professionalità dei lavoratori, consentendo loro l'acquisizione di nuove conoscenze tecniche e metodologiche richieste per l'assolvimento delle mansioni svolte, quanto misure di riqualificazione finalizzate all'adeguamento delle professionalità esistenti; o ancora, in caso di soppressione di mansioni, misure volte a consentire a chi è già occupato nell'impresa lo svolgimento di mansioni equivalenti o superiori.

Dal canto suo, il prestatore di lavoro, oltre a doversi sottoporre ai colloqui previsti dal datore di lavoro e dal consiglio aziendale, è tenuto a partecipare alle iniziative previste da tali soggetti per valorizzare le proprie competenze professionali; è del resto significativo che il contratto collettivo, per dissuadere il lavoratore dall'inosservanza di tale obbligo, preveda al § 6 anche una sanzione pecuniaria ogniqualvolta questi si rifiuti senza giustificato motivo di partecipare a tali iniziative.

Va segnalato anche che il consiglio aziendale, nel concordare con il datore di lavoro la singola misura da adottare, gode di un vero e proprio potere di codeterminazione che si sostanzia per il datore di lavoro in una sorta di obbligo a contrarre, tant'è che, in caso di mancato accordo su di una misura di riqualificazione necessaria per l'azienda (o su di una misura opportuna ai sensi del § 2, n. 4, e quando ricorrano i presupposti di cui alla lett. b) del § 7), sarà appositamente istituita una Commissione paritetica, la cui decisione farà le veci dell'accordo stesso. In ogni caso, dal momento che il numero dei componenti della Commissione nominati dal consiglio aziendale è pari a quello di coloro che sono nominati dal datore di lavoro, sembra difficile che il conflitto possa trovare una soluzione in questa fase. Di ciò sembrano consapevoli, d'altro canto, le parti sociali le quali hanno previsto che, nell'eventualità in cui nella Commissione paritetica non si raggiunga alcun accordo, interverrà il collegio arbitrale sindacale ai sensi del § 24, MTV/EMTV.

Diversa è la questione che riguarda l'individuazione dei soggetti su cui debbono ricadere i costi dell'iniziativa posta in essere a sostegno della riqualificazione: anche in tal caso assume rilevanza la finalità di volta in volta perseguita.

In proposito, il contratto collettivo distingue tre casi:

a) se si tratta di adottare misure di riqualificazione necessarie al datore di lavoro, sarà esclusivamente l'impresa che dovrà accollarsi le spese richieste a tal fine mediante la corresponsione della retribuzione per tutto il periodo richiesto per il piano formativo (vedi § 5, n. 2);

b) viceversa, nel caso in cui la misura non è strettamente necessaria, ma è soltanto opportuna e finalizzata in particolare a consentire l'inquadramento del lavoratore in un livello superiore nell'organigramma aziendale (*Entwicklungsqualifizierung*), il datore di lavoro sarà tenuto a corrispondere la retribuzione soltanto durante la metà del periodo in cui il lavoratore ha partecipato alle iniziative di formazione continua. Inoltre, qualora ricorrano fondati motivi, il consiglio aziendale ed il datore di lavoro, su richiesta del lavoratore o del datore di lavoro, sono tenuti, a seconda dei casi, a ridurre o ad aumentare il periodo in cui il lavoratore deve partecipare all'iniziativa;

c) diverso ancora è il caso in cui il prestatore di lavoro partecipa ad una iniziativa finalizzata esclusivamente al soddisfacimento di interessi personali alla propria crescita culturale e professionale. In tale ipotesi, il § 8 del contratto collettivo chiarisce che una simile iniziativa non può essere considerata come misura di riqualificazione ai sensi dei §§ 2-7 del contratto medesimo; con la conseguenza che il lavoratore non avrà diritto ad alcuna retribuzione durante il periodo trascorso per il perfezionamento professionale.

È da segnalare che in casi del genere, per ciò che concerne la richiesta di eventuali congedi formativi da parte del prestatore di lavoro, il consiglio aziendale non avrà alcuna voce in capitolo: infatti, il contratto collettivo, al § 8, chiarisce che per esonerare i lavoratori dallo svolgimento della prestazione di lavoro sono necessari accordi tra i lavoratori stessi ed il datore di lavoro.

Peraltro, la mancata previsione di un potere del consiglio aziendale in merito alla determinazione delle modalità di svolgimento di tali congedi si giustifica in qualche misura in quanto in tal caso è il contratto collettivo a fissare per gli accordi un contenuto minimo: esso, in particolare, non solo obbliga le parti a specificare modalità di fruizione del congedo formativo ed eventuali modifiche dell'orario di lavoro, ma fa salvo in ogni caso il diritto del lavoratore ad essere reimpiegato nell'impresa al termine, oppure all'atto

dell'interruzione, della formazione con le stesse mansioni o con mansioni equivalenti o superiori.

Non meno significativa è infine la previsione finale contenuta nel comma 2 del § 10, il quale, nel caso vengano adottate misure a sostegno della formazione particolarmente onerose per l'impresa, fa salva la possibilità di stipulare particolari clausole che consentano al datore di lavoro di recuperare, in tutto o in parte, i costi della formazione in caso di dimissioni del prestatore di lavoro.

In questo modo, le parti stipulanti si mostrano sensibili alle esigenze delle imprese operanti nei settori tecnologicamente più avanzati, le quali, trovandosi a dover fronteggiare formazioni costose e specializzate, ricorrono sovente in Germania, come altrove, alla stipulazione di clausole di fidelizzazione per trattenere i lavoratori che svolgono funzioni chiave.

3. Con la stipula del *Tarifvertrag über altersvorsorgewirksame Leistungen* (contratto collettivo sulle prestazioni pensionistiche), le parti sociali si propongono di incrementare il ricorso a schemi pensionistici da parte delle imprese, destinando al finanziamento degli stessi le prestazioni pecuniarie (le c.d. *vermögenswirksamen Leistungen*) che il datore di lavoro, su richiesta del lavoratore, può investire nel suo interesse in alcuni beni dal rendimento a lungo termine, come ad esempio, azioni della società, fondi di investimento, titoli di credito e altri strumenti finanziari, ecc.: cfr. § 2 della quinta legge sulla formazione del patrimonio (*Fünftes Gesetz zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer* come modificata da ultimo il 29 dicembre del 2003).

In estrema sintesi, il contratto collettivo si fonda sui seguenti principi:

- a) destinazione vincolata delle somme contrattate a livello collettivo (nella specie la somma è pari a 319 euro) alla costituzione di un fondo pensione (sulle questioni che si pongono a riguardo, vedi R. HOFER, K. MEIR, *Tarifvertragliche Altersversorgung und Engeltumwandlung*, in *BB*, 1998, 1894). A tal fine, il contratto collettivo esclude che il prestatore di lavoro possa scegliere il versamento di tali somme in contanti e, onde evitare eventuali frodi, stabilisce che il diritto del lavoratore alla prestazione pensionistica non si estingue laddove il lavoratore accetti, invece di questa, un'altra prestazione, quale in particolare il versamento in contanti. Inoltre, il lavoratore, in tal caso, non è obbligato a rimborsare tale altra prestazione al datore di lavoro (cfr. comma 5 del § 3);
- b) riconoscimento di un diritto di opzione in capo al lavoratore tra due tipi di fondi pensione: quello basato sul versamento della somma contrattata a livello collettivo in un contratto privato (*Riester-Vertrag*) stipulato a suo nome (in tal caso, si prevede che su richiesta del lavoratore, oltre a tale somma, possano essere versate anche altre componenti del proprio salario) e l'altro fondato invece sulla conversione di un diritto di credito alla retribuzione in una pensione aziendale;
- c) possibilità del datore di lavoro di costituire una pensione aziendale da lui stesso finanziata mediante la stipulazione di un accordo di codeterminazione aziendale volontario ai sensi del § 88 del BetrVG.

La decisione di investimento compiuta dal lavoratore non è irreversibile: infatti, il contratto collettivo riconosce al prestatore di lavoro anche la possibilità di cambiare il tipo di investimento prescelto purché tale decisione venga presa all'inizio di ogni anno e abbia il consenso del datore di lavoro.

Va segnalata, infine, la disciplina di coordinamento prevista dal § 5 del contratto in questione, che contempla alcuni casi in cui continua eccezionalmente ad operare il contratto collettivo sulle prestazioni volte alla formazione del patrimonio (*Tarifvertrag über vermögenswirksamen Leistungen*) stipulato il 3 maggio del 2000, con la conseguenza che il datore di lavoro, invece della prestazione pensionistica, dovrà fornire le c.d. *vermögenswirksamen Leistungen*. Si tratta di tre casi: in primo luogo, allorché si è fatto uso di un contratto per la costituzione del capitale ai sensi del contratto collettivo sulle presta-

zioni dirette alla formazione del patrimonio del 3 maggio 2000 per la restante durata di validità del contratto in esame; in secondo luogo se si è fatto uso di un contratto per la costituzione del capitale ai sensi del contratto collettivo sulle prestazioni dirette alla formazione del patrimonio del 3 maggio 2000, e metà della sua durata di validità è scaduta durante la restante validità di questo e fino alla durata di validità di 7 anni di un contratto collegato per la costituzione del capitale; in terzo luogo, allorquando il lavoratore ha terminato il cinquantasettesimo anno di età.

Raffaello Santagata

Borsista post-dottorato – Università degli Studi di Napoli Federico II

2. Germania (segue)

2.2. R. PAGE, *Co-determination in Germany – A Beginner's Guide*, in *Hans Böckler Stiftung - Arbeitspapier*, marzo 2006, n. 33 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 46).

2.3. O. STETTES, *Thirtieth anniversary of Codetermination Act celebrated*, in *European industrial relations observatory on-line*, 6 novembre 2006 (in  *Boll. Adapt*, 2006, n. 61).

(2.2. – 2.3.) Una breve guida all'istituto della co-gestione

Sommario: **1.** «Una guida per principianti al modello tedesco di cogestione». – **2.** Cenni sull'evoluzione storica del modello partecipativo per comprenderne l'evoluzione attuale – **3.** Le ragioni alla base della attenzione accordata all'istituto della co-gestione e della sua concreta attuazione di tale istituto. – **4.** Una panoramica sugli istituti di co-gestione. – **5.** Cenni sulla regolazione dei comitati aziendali.

1. Lo studio in esame, forse perché rivolto ad un pubblico straniero, ma anche perché pensato da una straniera, come ricorda la stessa A., risulta particolarmente adatto a chi si accinge ad affrontare per la prima volta un tema complesso quale quello della co-gestione, la cui attuazione in Germania, oltre ad avere una lunga storia, risulta attualmente quasi l'unica esperienza significativa nell'intero panorama europeo (e non solo).

Nello scritto viene dato innanzitutto conto di cosa si intenda con il termine «co-gestione»: quest'ultimo si riferisce al processo di informazione e consultazione dei lavoratori nelle decisioni dell'impresa, sia all'interno delle unità produttive, nell'ambito delle quali vengono costituiti i c.d. comitati aziendali, sia a livello di presenza di rappresentanti dei lavoratori all'interno degli organi decisionali dell'azienda o del gruppo. Tale concetto risulta tra l'altro cristallizzato all'interno di numerosi interventi normativi succedutisi nel corso del Novecento, in attuazione della complessa filosofia che sta alla base del fenomeno.

L'elaborato evidenzia inoltre l'attività della Hans Böckler Foundation, l'organismo della DGB, la Confederazione dei sindacati dei lavoratori tedesca, che si occupa di studi e ricerche in materia di co-gestione, e che ha massimamente contribuito alla diffusione di una cultura partecipativa in Germania.

Non vengono infine tralasciate alcune considerazioni relative alla relazione esistente tra il sistema di co-gestione tedesco e gli sviluppi di pratiche simili in ambito europeo, come testimoniano alcune recenti direttive in materia.

2. La prospettiva storica, per analizzare il percorso della co-gestione in Germania, è sicuramente la più opportuna da adottare, in un'ottica di approfondimento e di comprensione del fenomeno. Le prime esperienze possono infatti datarsi addirittura al 1848, anno in

cui, all'interno dell'Assemblea Costituente, con un tentativo peraltro fallito, vengono presentate le prime proposte volte a costituire comitati con diritti partecipativi all'interno delle imprese. In realtà, poi, in quel periodo vengono costituiti, in via sperimentale, comitati del genere, che si attestano comunque su di un numero limitato. Nel periodo coincidente con la prima guerra mondiale vengono costituiti comitati di lavoratori all'interno di aziende con più di 50 dipendenti che svolgono attività ritenute essenziali per l'attività bellica. La Costituzione di Weimar del 1919, immediatamente successiva a quegli eventi, stabilisce che i lavoratori possono partecipare, con eguali diritti, alla regolamentazione del sistema delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro. Fondamentale appare poi la legge sui comitati aziendali del 1920, che prevede la possibilità di costituire comitati aziendali in tutte le imprese con un numero di dipendenti superiore a 20, con pieni diritti di co-gestione per quanto riguarda, in generale, i temi prettamente lavoristici. Vengono poi riconosciuti diritti partecipativi anche in varie questioni correlate più in generale alla gestione del personale e alla materia finanziaria. È però nel 1922 che viene emanata la legge che consente ai rappresentanti dei lavoratori di accedere ai consigli di vigilanza. Senonché, durante il regime nazista tali provvedimenti vengono abrogati, e solo nel periodo dell'occupazione gli Alleati cercano di riportare i principi della partecipazione nel Paese, attraverso una generale attività di supporto alla democrazia industriale. Tale attività sfocia addirittura, nel 1946, in un provvedimento che regola la costituzione e l'attività dei comitati aziendali. Nell'anno successivo vengono così formati, limitatamente ad alcuni settori, consigli di vigilanza a cui partecipano con uguali poteri rappresentanti dei lavoratori, e l'esempio viene seguito anche in altre realtà, fino alla formalizzazione legale, 4 anni dopo, della co-gestione nel settore del carbone e dell'acciaio. La legge del 1952, che riguarda l'intero settore privato, stabilisce la costituzione dei comitati aziendali a livello di unità produttiva, oltre alla presenza di una quota pari ad 1/3 dei membri totali di rappresentanti dei lavoratori nei consigli di vigilanza delle imprese di medie e grandi dimensioni. Oltre ad altri provvedimenti intermedi (rispettivamente del 1956 e del 1965), fondamentale risulta anche la più recente legge del 1972 che abroga la quasi totalità delle norme emanate nel 1952 e amplia la co-gestione a livello di unità produttiva. Solo 2 anni più tardi l'istituto viene poi applicato ai lavoratori del pubblico impiego. È però forse del 1976 l'intervento normativo più importante (del quale è stato da poco festeggiato il trentennale: cfr. O. STETTES, *Thirtieth anniversary of Codetermination Act celebrated*, in epigrafe), la legge sulla co-gestione, che regola tale istituto a livello di azienda e di gruppo, in tutti i casi in cui siano impiegati più di 2.000 lavoratori. Con tale provvedimento viene infatti resa obbligatoria la presenza di un rappresentante dei lavoratori nel consiglio di vigilanza. Gli ultimi interventi di riforma, che sono andati ad incidere sulla normativa precedente, sono del 2001 e del 2004.

3. Non è però solo attraverso la disamina storica che si può capire la co-gestione: l'A. cerca infatti di chiarire le ragioni che stanno alla base sia dell'attenzione, sia della concreta attuazione di tale istituto. Viene così segnalato come in una economia quale quella moderna sia necessario creare un clima in cui i conflitti vengono risolti tramite il dialogo, e non tramite la forza, e, in tale contesto, la co-gestione viene addirittura vista come una sorta di pre-requisito. Ma quali sono gli obiettivi di tale meccanismo? La volontà di raggiungere una uguaglianza tra capitale e lavoro, innanzitutto, testimoniata dalle istanze di co-gestione a livello di unità produttiva, in modo tale che possano essere presi in considerazione non solo, come in genere avviene, gli interessi della proprietà, ma anche quelli dei lavoratori. Anche la finalità di portare in azienda alcuni principi cardine della democrazia viene però adeguatamente sottolineata, posto che questo modello può condurre alla risoluzione dei conflitti non con la forza, ma con il dialogo e la gestione concordata. Ciò tra l'altro comporta, e ne costituisce di per sé un obiettivo primario, un vero e proprio sviluppo sociale, grazie al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. Da ultimo, non

si nasconde come la co-gestione miri in qualche modo ad un vero e proprio controllo di chi detiene il potere economico, per evitare che del medesimo venga fatto un uso improprio. Co-gestione vuol dire infatti anche co-responsabilità nella creazione di un produttivo bilancio di interessi che comporti la stabilizzazione dell'ordine economico e sociale.

4. L'A. passa quindi ad una panoramica sulla co-gestione, spaziando dalla partecipazione dei lavoratori nella regolamentazione delle condizioni di lavoro fino alla pianificazione finanziaria e più in generale all'intero processo decisionale. Questo significa, in primo luogo, illustrare il coinvolgimento dei lavoratori ai due livelli sopra richiamati, quello dell'unità produttiva come quello dell'impresa quale organismo legalmente organizzato e responsabile che persegue precise finalità (di lucro o ideali), ma anche dare spazio alla descrizione dell'esercizio, da parte dei comitati aziendali, della propria influenza con riferimento a tutti i temi che possono interessare i lavoratori in quanto connessi al loro luogo di lavoro. Infine, consiste nel testimoniare la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori alla discussione delle questioni di rilevanza aziendale dirette alla pianificazione economica e finanziaria, che si tengono nei consigli di vigilanza.

Nell'ambito di tali riflessioni emerge chiaramente quanto sia naturale che il conflitto di interessi tra datori e lavoratori abbia il suo effetto più immediato e diretto a livello di unità produttiva. Il singolo lavoratore non si trova infatti di regola nella posizione di poter difendere i propri interessi ad un livello paritario rispetto al datore. Per questa ragione è necessaria la costituzione di un apposito organismo che rappresenti i lavoratori di una medesima unità produttiva nel loro complesso. Secondo la legge emanata nel 1972, tali organismi sono i comitati aziendali, indipendenti sia dal datore di lavoro che dai sindacati. Questi ultimi svolgono però un ruolo importantissimo nel coordinamento dei comitati aziendali, tanto che, con differenze di non estremo rilievo tra un settore e l'altro, una percentuale tra l'80 ed il 95% dei membri dei comitati aziendali appartiene ad un sindacato affiliato alla Confederazione dei sindacati dei lavoratori tedesca.

5. Viene infine esposta brevemente la regolamentazione dei comitati aziendali: essi possono essere eletti nelle unità produttive con più di 5 dipendenti, ad iniziativa dei lavoratori. Il datore deve acconsentire ad incontrare il comitato aziendale almeno una volta al mese, perché il medesimo possa esercitare il proprio diritto di informazione sulle materie individuate dalla legge. Inoltre, su richiesta del comitato aziendale il datore di lavoro deve consentire la consultazione di documenti utili per lo svolgimento delle funzioni a cui il comitato è deputato. Vi è inoltre un importante diritto di supervisione, che consente di controllare l'applicazione, da parte del datore di lavoro, di numerose ed importanti norme, quali ad esempio quelle in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Fondamentale anche il diritto del comitato aziendale di predisporre vere e proprie «raccomandazioni» perché vengano predisposte attività a favore dell'azienda e dei suoi dipendenti. I comitati aziendali devono inoltre essere sentiti prima di ogni licenziamento, per il quale il datore di lavoro deve altresì indicare le ragioni, a pena di nullità assoluta del provvedimento. Il datore deve consultare il comitato aziendale prima di ogni assunzione. Oltre che in questo caso, idonea informativa al comitato aziendale deve essere data nei casi in cui l'impresa proceda alla programmazione di future assunzioni, come anche nel caso in cui decida di predisporre particolari misure formative. Il comitato aziendale potrà così esprimersi sulle scelte correlate alla pianificazione della forza lavoro. Un particolare diritto che spetta ai comitati aziendali è poi quello di opposizione, per esempio, ad un licenziamento di cui è stato informato, nel caso in cui non siano state tenute in sufficiente considerazione determinate esigenze connesse al tessuto socio-economico, nel caso in cui non siano state seguite le linee guida programmate in materia di licenziamenti, nel caso sia possibile, in alternativa al licenziamento, un trasferimento ad altra sede della stessa azienda o l'attivazione di un percorso formativo per la riqualificazione dei lavoratori interessati, ecc. Diverso ancora è il diritto di veto del comitato aziendale, che può esercitarsi su una

serie di questioni espressamente indicate. Il comitato ha inoltre la possibilità di sedersi con il datore di lavoro ad un tavolo negoziale, attraverso il quale regolamentare questioni che non siano già state oggetto di regolamentazione da parte della legge o della contrattazione collettiva. Nei casi in cui non si riesca a raggiungere un accordo decide un particolare organo, il comitato di conciliazione, con gli stessi effetti che si sarebbero verificati in caso di accordo tra le parti. Esso è formato da un numero variabile di membri prescelti in maniera paritetica dal comitato aziendale e dal datore di lavoro, coordinati da un presidente scelto in accordo tra le due parti o, in caso di disaccordo, dal giudice del lavoro. Anche in un altro caso il comitato di conciliazione svolge un ruolo fondamentale: nelle imprese con più di 500 dipendenti esso decide nel caso il datore di lavoro ed il comitato aziendale non riescano a raggiungere un accordo sulla predisposizione di linee guida da adottarsi in caso di licenziamenti, assunzioni, attribuzioni di mansioni, ecc. In caso di trasferimento d'azienda, ma anche di altre modifiche all'interno dell'azienda, quali fusioni o ri-organizzazioni interne, ove siano impiegati più di 20 lavoratori il datore di lavoro deve informare il comitato aziendale, con il quale dovrà predisporre un piano di compensazione sociale, che preveda l'attribuzione, ai lavoratori che traggano svantaggio dalle suddette modificazioni della compagine aziendale, di particolari benefici economici o sociali. Solo nel caso in cui le trattative falliscano può intervenire quale mediatore l'ufficio del lavoro locale, mentre il comitato di conciliazione interverrà, sostituendosi alle parti nella decisione, soltanto nel caso in cui anche la mediazione non abbia esito positivo. Lo studio si chiude con una disamina della posizione dei rappresentanti dei lavoratori all'interno degli organismi direttivi dell'azienda.

3. Romania

3.1. Codice del lavoro, 24 gennaio 2003 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

Nuove figure contrattuali del codice del lavoro

Sommario: **1.** Premesse. – **2.** La forma del contratto individuale di lavoro a tempo determinato. – **3.** Le limitazioni fissate dalla legge. – **4.** Misure volte ad impedire l'abuso dei datori di lavoro. – **5.** Il lavoro prestato attraverso le agenzie di lavoro temporaneo. Nozione. – **6.** Le limitazioni fissate dalla legge. – **7.** Requisiti di validità del contratto di somministrazione di lavoro. Forma ed elementi. – **8.** Requisiti di validità del contratto di lavoro temporaneo. Forma ed elementi. – **9.** L'azione diretta del prestatore di lavoro. Misure di protezione.

1. Dall'inizio del dibattito fino ad ora condotto sul progetto di codice del lavoro, la disciplina del contratto individuale di lavoro costituisce uno dei temi maggiormente controversi. L'orientamento secondo il quale il contratto a tempo indeterminato costituisce la figura ordinaria nell'ambito dei rapporti di lavoro, è stato recepito nella struttura del codice (in epigrafe) e ne rappresenta uno dei principi fondamentali. Ai sensi del secondo comma dell'art. 12, le parti possono concludere un contratto di lavoro a tempo determinato solo eccezionalmente, nei limiti previsti espressamente dalla normativa codicistica. L'insieme di regole destinato a disciplinare il rapporto individuale è contenuto nei primi capitoli del Titolo II – *Il contratto individuale di lavoro*. Gli ultimi capitoli del medesimo titolo tracciano invece la regolamentazione di 4 nuove figure contrattuali che, nell'ottica del legislatore rumeno, rispondono alle esigenze dell'economia contemporanea: il contratto individuale di lavoro a tempo determinato, il lavoro attraverso l'agenzia di lavoro temporaneo, il contratto individuale di lavoro a tempo parziale e, infine, il lavoro a domi-

cilio.

L'art. 80 del codice del lavoro ribadisce il carattere eccezionale del contratto di lavoro a tempo determinato che si può configurare anche nella particolare forma del lavoro prestato attraverso l'agenzia di lavoro temporaneo (figura contrattuale, quest'ultima, vicina alla somministrazione del lavoro nota nel diritto italiano).

Il legislatore rumeno ha seguito come modello di riferimento quello contenuto nella direttiva n. 1999/70/CE, accogliendo nella disciplina delle citate nuove figure alcuni principi: quello volto al contrasto della discriminazione nel quadro contrattuale; quello orientato alla garanzia della qualità del lavoro; quello mosso alla prevenzione dell'abuso nell'utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato. I citati principi hanno concorso a determinare il carattere esplicitamente limitativo delle fattispecie.

Nondimeno, dato che le figure presentano carattere eccezionale, sono da ritenere applicabili, a nostro avviso, tutte le regole generali ricavabili dagli articoli che disciplinano il contratto a tempo indeterminato.

2. In dottrina, un corposo dibattito ha riguardato la forma del contratto quale requisito legale. Al riguardo, il secondo comma dell'art. 80 impone che il contratto sia concluso per iscritto all'esplicito fine di provare il contenuto dell'accordo. La dottrina prevalente sostiene la tesi secondo cui la forma è richiesta *ad probationem* e non *ad substantiam*, in ciò confortata dall'art. 16, comma 2, che, nel tutelare il dipendente quale parte debole del rapporto, fissa la presunzione legale secondo la quale il contratto di lavoro si intende concluso a tempo indeterminato. Si prevede inoltre che i contraenti possano provare altri contenuti obbligatori particolari attraverso ogni mezzo di prova.

3. L'art. 81 del codice contiene tutte le restrizioni rilevanti in tema di rapporto di lavoro a tempo determinato. Nel confronto con la normativa comunitaria, il testo del codice fissa un elenco di ipotesi nelle quali si può concludere un tale contratto.

Tra quelle più rilevanti si pone la sostituzione di un dipendente a fronte del verificarsi di una causa di sospensione del contratto di lavoro, fatta eccezione per i casi in cui questa sia determinata dalla partecipazione allo sciopero. È facile osservare che l'accoglimento della soluzione contraria avrebbe potuto compromettere l'esercizio del diritto di sciopero. La medesima norma impedisce poi la cosiddetta «assunzione a cascata». Se è quindi ammissibile, secondo la dottrina prevalente, la diretta sostituzione del dipendente sospeso, lo stesso non può dirsi per i casi in cui si voglia dar luogo all'avvicendamento di un dipendente con un collega già in forza, e, quindi, alla conseguente assunzione di un nuovo lavoratore in sostituzione di quest'ultimo.

A questa ipotesi si aggiungono i casi di crescita temporanea dell'attività dell'imprenditore, di svolgimento di attività con carattere stagionale, nonché quelli in cui il contratto venga concluso nel rispetto delle disposizioni di legge dettate a favore dell'assunzione di disoccupati.

Si ritiene che il carattere stagionale dell'attività possa ammettersi nel caso in cui questa non superi, nel massimo, l'arco di 6 mesi.

La novella introdotta dalla l. 13 dicembre 2005, n. 371, ha nondimeno ampliato l'ambito di stipulabilità del contratto di lavoro a tempo determinato prevedendo ulteriori casi. È stato così previsto che anche i disoccupati possano essere assunti a termine, a condizione che risultino in possesso dei requisiti utili all'accesso al pensionamento nei 5 anni decorrenti dalla conclusione del contratto. La norma dà conto della posizione critica assunta sul mercato del lavoro dai lavoratori meno giovani e segna una qualche discontinuità con le politiche governative frequentemente criticate per l'accento posto sugli incentivi al pensionamento.

In ambito dottrinale, le restrizioni della disciplina legale sono state criticate per il carattere eccessivamente rigido e per il loro impatto critico sulla mobilità della forza lavoro. Inoltre, soprattutto in relazione ai diversi settori del turismo, dell'agricoltura e delle co-

struzioni, si è ritenuto che tali restrizioni impediscano lo sviluppo durevole dell'attività delle imprese o, addirittura, favoriscano direttamente l'elusione della normativa codicistica.

L'inosservanza delle limitazioni di legge determina la nullità della clausola contrattuale contenente il termine, con la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro in una relazione ordinaria a tempo indeterminato.

Ai sensi dell'art. 82, il codice del lavoro fissa ulteriori importanti restrizioni. La durata massima del contratto di lavoro a tempo determinato non può superare i 24 mesi. Nello stesso tempo, è da ritenere che, ai sensi dell'art. 80, comma 3, il contratto di lavoro a tempo determinato possa essere prorogato una volta o, al massimo, due volte, fermo restando il periodo massimo di 24 mesi. Il principio è ripetuto dal quarto comma dello stesso articolo che ammette la possibilità di concludere in tempi successivi, tra le stesse parti, al massimo 3 contratti di lavoro a termine, anche in questo caso fermo restando il limite massimo dei 24 mesi.

Per impedire l'elusione della norma, il quarto comma impone di considerare unitariamente tutti i contratti conclusi entro il periodo di 3 mesi dall'estinzione del contratto precedente.

4. Assai eloquente, al fine di chiarire la posizione del legislatore rumeno, è, inoltre, l'elenco delle misure dettate dall'art. 84 all'ovvio scopo di tutelare i dipendenti a fronte di eventuali abusi.

A far data dal momento successivo alla cessazione del terzo contratto a tempo determinato previsto dall'art. 80, comma 4, ovvero dalla scadenza del termine massimo di durata di tale rapporto, l'assunzione del dipendente si intenderà effettuata a tempo indeterminato. È ovvio che il legislatore ritenga operare una presunzione di stabilità della necessità economica manifestata dall'impresa.

Questa previsione, invero, non trova applicazione in tre casi fissati dal secondo comma dell'articolo. La prima ipotesi è quella in cui il contratto di lavoro a tempo determinato, concluso per sostituire temporaneamente un dipendente assente, venga prorogato a fronte del protrarsi della causa di sospensione del rapporto. In tal caso è ovvio che l'abuso del datore di lavoro non sussista.

Il secondo caso è quello in cui il contratto sia stato concluso per realizzare un'opera improrogabile ed eccezionale.

Le conseguenze di cui all'art. 84, comma 1, non si applicano, infine, nemmeno nella ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia venuto ad estinzione a seguito dell'iniziativa del dipendente o per una grave mancanza o per successive mancanze di questo.

Seguendo il principio fondamentale del codice secondo cui il contratto di lavoro a tempo determinato segna una fase transitoria nello sviluppo dell'impresa, l'art. 85 pone a carico dell'imprenditore l'obbligo d'informare i dipendenti assunti con contratto a tempo determinato dei posti di lavoro vacanti che corrispondano alla loro formazione professionale. Nello stesso tempo, per i posti disponibili, il datore di lavoro deve assicurare condizioni uguali per i dipendenti assunti con contratto a tempo determinato nel confronto con i dipendenti assunti a tempo indeterminato.

Nonostante la condivisibilità della previsione, la norma pare eccessivamente astratta e risulta poco effettiva anche per la mancanza di una sanzione certa per la sua eventuale violazione.

5. Il lavoro svolto attraverso l'agenzia di lavoro temporaneo si configura come una fattispecie particolare del contratto di lavoro a tempo determinato. Per lo sviluppo di alcune imprese operanti soprattutto nel campo dei servizi, la figura contrattuale si pone come una reale necessità. Queste imprese, infatti, si trovano spesso a dover beneficiare di una ampia serie di servizi e prestazioni necessari in diverse congiunture economiche, in presenza delle quali non è essenziale ricorrere a dipendenti assunti a tempo indeterminato.

D'altra parte e per converso – in prospettiva sociologica – la figura contrattuale in predicato offre la possibilità di prestare un lavoro anche a soggetti che, a motivo di ragioni personali, familiari o di altra natura, non vogliono o non possano vincolarsi attraverso un contratto di lavoro ordinario, senza contare che la stessa opportunità è offerta anche a coloro che abbiano difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro (giovani studenti, persone anziane, ecc.).

Dato che il rapporto presenta un considerevole grado di complessità, il codice non offre purtroppo una definizione unitaria. L'art. 87, comma 1, precisa che il dipendente temporaneo svolge la prestazione lavorativa nell'interesse dell'utilizzatore su richiesta della agenzia.

La disciplina di legge enuclea poi gli ambiti definatori dei soggetti coinvolti nel rapporto. Da un lato, ai sensi dell'art. 87, comma 2, il lavoratore temporaneo «è un dipendente assunto dall'agenzia che, messo da quest'ultima a disposizione dell'utilizzatore, svolga un'attività precisa e con carattere temporaneo».

Dall'altro lato, l'agenzia di lavoro temporaneo deve avere la veste di società commerciale che, previa autorizzazione rilasciata dal Ministero del lavoro e della solidarietà sociale, mette a disposizione dell'utilizzatore, in modo provvisorio, lavoratori qualificati o non qualificati. Questi ultimi sono formalmente assunti dall'agenzia e vengono retribuiti dalla stessa.

Infine il terzo soggetto – l'utilizzatore – è un'impresa alla quale l'agenzia di lavoro temporaneo mette a disposizione un lavoratore per effettuare determinate prestazioni con carattere transitorio.

Sul piano tecnico, l'impianto definitivo sembra però troppo pesante. La novità e la flessibilità della figura contrattuale hanno probabilmente spinto all'adozione di nozioni sovrabbondanti e non sempre utili.

Per concludere, nel lavoro svolto attraverso l'agenzia, si configura un rapporto contrattuale tra quest'ultima e l'utilizzatore, che si rivolge alla prima per ottenere una prestazione lavorativa. Nell'ambito di questo modello il prestatore di lavoro è qualificabile come terzo rispetto al rapporto, dato che tra prestatore e utilizzatore, quale beneficiario della prestazione, non sorge alcun rapporto contrattuale.

È piuttosto dibattuto, però, a quale figura si possa assimilare per analogia il contratto *de quo*. Alcuni autori ritengono che sia qualificabile come contratto di prestazione di servizi, mentre altri sostengono la tesi opposta e preferiscono ritenere il rapporto come promessa del fatto del terzo, secondo una costruzione che, se accolta, determinerebbe un semplice obbligo di diligenza a carico del prestatore.

Nell'ambito dell'alternativa, l'accoglimento della seconda tesi potrebbe determinare, a nostro avviso, un conflitto, difficilmente risolvibile, con la *voluntas* espressa dal legislatore in ordine alla garanzia della qualità del lavoro.

6. Le principali limitazioni fissate dal codice sono contenute negli artt. 88 e 89. Al lavoro attraverso agenzia si può ricorrere per compiere la cosiddetta «missione di lavoro temporaneo» unicamente in tre ipotesi.

Il primo caso è dato dalla sostituzione di un dipendente il cui rapporto di lavoro sia sospeso. In questa ipotesi la durata della missione di lavoro temporaneo deve corrispondere al periodo della sospensione.

Il secondo caso previsto dal codice riguarda lo svolgimento di prestazioni a carattere stagionale, mentre il terzo caso include un ambito molto ampio di attività lavorative, essenzialmente di carattere specialistico od occasionale.

Ai sensi dell'art. 92, poi, il contratto di somministrazione di lavoro è vietato per la sostituzione di lavoratori che esercitino il diritto di sciopero.

Per quanto riguarda la durata della missione di lavoro temporaneo, questa può essere al massimo pari ad un anno. Le parti possono prorogare la durata della missione, osservan-

do tuttavia le limitazioni di cui all'art. 89, comma 2. È ammissibile, cioè, una sola proroga, fermo restando che il periodo ad essa conseguente – sommato alla prima parte della missione – non può portare al superamento della soglia complessiva dei 18 mesi.

7. Un intenso dibattito dottrinale si è sviluppato a proposito delle condizioni formali del contratto di somministrazione di lavoro. Il primo comma dell'art. 90 impone espressamente che il contratto sia stipulato in forma scritta.

Da un lato, alcuni autorevoli studiosi sostengono che la forma del contratto sia richiesta *ad substantiam*, dato che l'unica possibilità di provare l'osservanza degli elementi richiesti dalla legge ai sensi dell'art. 90, comma 2, può essere assolta tramite lo scritto. Di conseguenza, anche la forma scritta del contratto di lavoro stipulato tra il prestatore e l'agenzia di cui all'art. 93, comma 1, sarà richiesta *ad substantiam*.

Altri commentatori non condividono questa soluzione e sostengono la teorica contraria. Si afferma, quindi, da un lato, che la norma non richiede espressamente la forma *ad substantiam* mentre, d'altro lato, che il contratto presenta un ovvio carattere commerciale (inquadrandosi nel novero degli atti oggettivi di commercio ai sensi dell'art. 3 del codice del commercio rumeno). Da questa impostazione, tenuto anche conto del secondo comma dell'art. 16 del codice del lavoro, consegue che la forma sia richiesta *ad probationem*.

Come abbiamo già anticipato, il secondo comma dell'art. 90 prevede un elenco di elementi che ogni contratto di somministrazione deve contenere. Precisamente, i contraenti devono specificare: le ragioni per quali è necessario l'impiego di un prestatore di lavoro temporaneo; la durata della missione e la possibilità di prorogare o modificare il termine; la qualifica richiesta; il luogo e l'orario delle prestazioni lavorative; le effettive condizioni di lavoro; l'equipaggiamento di lavoro; il valore del contratto di somministrazione; la retribuzione fissata per il prestatore. Ogni prerogativa, facoltà o utilità ulteriore riconosciuta a favore del prestatore di lavoro deve essere specificata nel contenuto del contratto. Il dato testuale lascia credere che la volontà del legislatore fosse quella di porre ostacoli alla conclusione di contratti con carattere di generalità o che presuppongano la prestazione di più lavoratori.

Il codice prevede infine in modo espresso la nullità di ogni clausola che vieti la successiva assunzione del prestatore presso l'utilizzatore al termine della missione.

8. Il codice fissa inoltre i contenuti sostanziali del contratto di lavoro temporaneo. Il secondo comma dell'art. 93 mantiene a carico del datore di lavoro l'obbligo di informare il prestatore in merito a tutte le caratteristiche del futuro rapporto di lavoro, fissate generalmente dagli artt. 17 e 18 del codice (luogo di lavoro, rischi specifici dell'attività, retribuzione, ecc.). In via complementare, il contratto deve anche precisare le condizioni della missione di lavoro temporaneo, la durata, l'identità dell'utilizzatore e le modalità attraverso le quali il prestatore sarà retribuito.

La mancanza di forma scritta non determina la nullità del contratto di lavoro. Il codice non impone la forma scritta del contratto *ad substantiam*. La redazione del contratto – la sua elaborazione in forma scritta – è posta espressamente a carico del datore di lavoro. Ne consegue che sostenere la tesi della essenzialità della forma determinerebbe conseguenze pregiudizievoli a carico del prestatore di lavoro, contraddicendo così il principio affermato dall'art. 16 del codice, volto alla protezione del dipendente quale contraente debole, soprattutto a fronte di un inadempimento del datore.

L'applicazione integrale dell'art. 16 del codice del lavoro è però al centro di una particolare controversia sorta nell'ambito della recente dottrina. Secondo una tesi meritevole di condivisione, pare che, in mancanza di atto scritto, le parti possano provare l'esistenza del legame contrattuale e delle prestazioni eseguite attraverso ogni mezzo di prova ammesso dal codice civile, anche se la presunzione dell'esistenza di un contratto a tempo indeterminato non può trovare applicazione in questa fattispecie, in quanto contraddittoria rispetto al carattere sostanzialmente temporaneo del rapporto *de quo*.

Gli elementi complementari, previsti dall'art. 93, comma 2, presentano invece un carattere sostanziale rispetto al rapporto di lavoro temporaneo. L'assenza del consenso su questi aspetti determina, senza alcun dubbio, la nullità del contratto. In quest'ipotesi è da ritenere che si tratta di una nullità integrale del nesso contrattuale.

L'unico elemento la cui mancanza può impedire il prodursi degli effetti della nullità è, infatti, quello relativo alle modalità di retribuzione. Dato che il secondo comma dell'art. 95 pone a carico dell'agenzia l'obbligo di retribuire il prestatore con una somma non inferiore alla retribuzione fissata per il dipendente dell'utilizzatore addetto a mansioni identiche, o equivalenti, e che il terzo comma del medesimo articolo rinvia, in assenza di pattuizione, alla retribuzione stabilita dal contratto collettivo per lo stesso tipo di lavoro, si può ammettere l'esistenza di una presunzione legale proprio in punto di retribuzione minima, presunzione che ha come finalità la salvaguardia del rapporto contrattuale.

9. La protezione del prestatore di lavoro e la lotta alla discriminazione rappresentano i principi affermati con chiarezza dalla disciplina della fattispecie indagata. Ai sensi dell'art. 91 l'utilizzatore deve assicurare ai prestatori di lavoro temporaneo le stesse prerogative, facoltà o utilità riservate ai dipendenti assunti ordinariamente. Nello stesso tempo, salvo pattuizione contraria, l'utilizzatore deve assicurare le dotazioni strumentali e protettive necessarie al lavoro.

Dall'insieme delle misure destinate alla protezione del prestatore temporaneo si distingue però l'azione diretta messa a sua disposizione dall'art. 95, comma 5. Nell'ipotesi in cui l'agenzia di lavoro temporaneo non adempia agli obblighi retributivi, fiscali e contributivi entro 15 giorni dalla loro scadenza, il prestatore può chiedere che il pagamento di tali somme sia effettuato dall'utilizzatore. Come naturale conseguenza, per tali pagamenti opera il meccanismo della surrogazione e l'utilizzatore si vede riconosciuto il diritto di chiedere all'agenzia le somme pagate al prestatore.

Dal confronto con la disposizione ordinaria contenuta dall'art. 1488 del codice civile rumeno in materia di contratto d'appalto – simile all'art. 1676 c.c. – emerge una differenza sostanziale. I prestatori di lavoro possono chiedere, infatti, il pagamento delle somme corrispondenti alla obbligazione retribuita convenuta indipendentemente dall'esistenza del debito che l'utilizzatore abbia verso l'agenzia al momento dell'azione.

Al termine della missione di lavoro temporaneo, nel caso in cui l'utilizzatore abbia necessità di nuove prestazioni di lavoro da parte dello stesso lavoratore, si può procedere alla conclusione di un contratto individuale di lavoro. È, infatti, questo l'esito suggerito non solamente dall'art. 98, comma 1, ma dallo spirito dell'intera disciplina codicistica. La conclusione del nuovo contratto di lavoro impone, in tale frangente, il riferimento obbligatorio alla durata del contratto temporaneo al fine di stabilire il trattamento retributivo e gli altri diritti spettanti al lavoratore.

Nel caso in cui l'utilizzatore benefici del lavoro del prestatore in assenza del perfezionamento del nuovo contratto di lavoro, ovvero in mancanza della proroga del contratto di somministrazione – la cui vincolatività sia quindi già venuta meno –, il terzo comma dell'art. 98 presuppone la instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. La norma in esame introduce, a nostro avviso, una presunzione legale di carattere assoluto allo scopo di proteggere il contraente debole ed impedire comportamenti fraudolenti.

È poi da ritenere che, in caso del licenziamento anteriore alla scadenza del termine contrattuale, fatti salvi i motivi di natura disciplinare, l'agenzia di lavoro debba osservare i limiti previsti dall'art. 65, disposizione disciplinante in generale il licenziamento del dipendente assunto a tempo indeterminato.

Infine, è da ritenere che al contratto di lavoro a tempo determinato ed al contratto di lavoro temporaneo siano applicabili tutte le norme contenute nei contratti collettivi di lavoro che disciplinano i rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Valer Dorneanu

Professore ordinario – Università degli Studi di Bucarest

Dan Velicu

Avvocato e dottore di ricerca – Ordine degli avvocati di Bucarest

4. Spagna

4.1. Statuto dei lavoratori – Testo consolidato della legge 10 marzo 1980, n. 8, approvato dal regio decreto legislativo 24 marzo 1995, n. 1 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

La negoziazione collettiva in materia di retribuzione come strumento di sostegno occupazionale

Sommario: **1.** Politiche per l'occupazione: la flessibilizzazione della retribuzione attraverso la contrattazione collettiva. – **2.** Il rispetto al principio di uguaglianza. – **3.** Conclusioni.

1. La soluzione del problema della disoccupazione quale strumento di integrazione sociale dei cittadini è una preoccupazione costante tanto della Unione Europea – rilanciata dal Trattato di Amsterdam (per tutti, P. LUIS GOMIS, *La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, CES, Madrid, 1999) e confermata successivamente in tutti gli eventi che ad esso fecero seguito (il Vertice di Cardiff, nel quale gli Stati membri presentarono per la prima volta i Piani nazionali di azione per l'occupazione; il Consiglio di Colonia, in occasione del quale venne istituita la Strategia Europea per l'Occupazione, ecc.; per una sintesi efficace si veda J.V. SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ (coordinato da), B. CARDONA RUBERT, J. LÓPEZ GANDÍA, F. LÓPEZ I MORA, *Derecho del Empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, 156-171) – quanto di ciascuno dei Paesi membri.

Questa preoccupazione ha comportato che, dal punto di vista giuridico, s'inizi a configurare un vero e proprio «diritto dell'occupazione» come sottosistema del diritto del lavoro e della previdenza sociale, il cui studio si concentra sulle misure di promozione della occupazione, sia quelle già adottate nei singoli ordinamenti di riferimento sia misure innovative da sperimentare per il futuro (vedi per tutti, J.V. SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ (coordinato da), B. CARDONA RUBERT, J. LÓPEZ GANDÍA, F. LÓPEZ I MORA, *op. cit.*).

Nuove tipologie contrattuali e nuovi strumenti di contrasto all'utilizzo illegittimo di contratti a carattere temporaneo; redistribuzione del tempo di lavoro; lavoro autonomo, spazi esclusi dal libero mercato e servizi nell'ambito di associazioni senza scopo di lucro; pensione anticipata e flessibilizzazione del sistema delle norme in materia di lavoro al fine di raggiungere un migliore adeguamento rispetto alle dinamiche, veloci e mutevoli, del mondo delle imprese, costituiscono alcuni esempi delle misure che trovano riscontro nella necessità di favorire l'incremento dei livelli di occupazione.

Il presente contributo mira a valutare uno strumento specifico di incremento occupazionale: la flessibilizzazione della retribuzione attraverso la contrattazione collettiva.

Effettivamente, in Spagna, alla contrattazione collettiva, a partire dalla l. n. 11/1994, che modifica alcuni articoli dello Statuto dei lavoratori (*Estatuto de los Trabajadores* – ET), della Legge in materia di processo del lavoro (*Ley de Procedimiento Laboral* – LPL) e

della Legge su infrazioni e sanzioni nell'ordine sociale (*Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* – LISOS), è attribuito un potere di grande rilievo in materia di determinazione dei livelli retributivi. È infatti demandato alla contrattazione collettiva di stabilire l'ammontare dei compensi straordinari (art. 31 ET); fissare i termini entro i quali il lavoratore ha diritto ad un incremento della retribuzione a fronte della eliminazione, con la riforma del 1994, degli scatti di anzianità come elementi retributivi a carattere necessario (art. 25 ET); determinare le maggiorazioni per il lavoro notturno (art. 36.2 ET); negoziare sulla stabilizzazione delle integrazioni salariali (art. 26.3 ET); negoziare, a livello aziendale, clausole c.d. di «sganciamento salariale» (le condizioni di deroga, anche peggiorative, del regime retributivo applicabile in virtù del livello di contrattazione sovra-aziendale, *ndt*) in caso di imprese la cui situazione economica potrebbe essere pregiudicata a fronte dei regimi retributivi stabiliti al livello superiore di contrattazione (art. 82.3 ET); vi è poi il divieto di concorso tra contratti collettivi che esclude la negoziazione per così dire «a cascata» delle retribuzioni (art. 84 ET); occorre, infine, ricordare che vige la regola di assorbimento di eventuali maggiorazioni retributive rispetto ai minimi salariali attribuiti singolarmente ai lavoratori con eventuali successivi aumenti contrattuali stabiliti dall'autonomia collettiva (art. 26.5 ET).

Un così ampio margine di intervento nella modulazione degli elementi retributivi attribuito alla contrattazione collettiva si concretizza in uno strumento idoneo affinché la retribuzione possa essere utilizzata come fattore di promozione/consolidamento dei livelli occupazionali così come ricordato anche a livello di contrattazione interconfederale là dove viene espressamente richiamato il nesso tra livelli retributivi e livelli di occupazione.

L'Accordo interconfederale del 1983, ad esempio, tra le condizioni per la applicazione degli aumenti salariali, individua la necessaria considerazione di fattori quali la situazione economica delle imprese e la promozione della crescita occupazionale (art. 3). È però con l'Accordo del 2005 che si arriva, portando avanti l'orientamento della precedente prassi contrattuale, a raccogliere alcuni criteri da utilizzare per la negoziazione delle retribuzioni, in considerazione dell'esigenza di sostenere l'occupazione e di perseguire tassi più alti di occupazione di qualità, a fronte del nesso di condizionamento tra retribuzione e occupazione come riconosciuto non solo dagli economisti del lavoro ma anche da giuristi e sociologi (con riferimento ai primi vedi, per tutti, L. FINAS SANGLAS, *Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo*, CES, Madrid, 2001, 56-60, 164-179 e particolarmente 211-215; il relazione all'apporto dell'approccio sociologico, vedi, per tutti, A. SANTOS ORTEGA, M. POVEDA ROSA, *Trabajo, empleo y cambio social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, particolarmente 305-309, nelle quali si discute dei meccanismi volti a svincolare il livello retributivo dalla sola considerazione del lavoro in una società della disoccupazione).

2. L'utilizzo della modulazione salariale come politica per l'occupazione evidenzia, tuttavia, specifici problemi di ordine giuridico, nella misura in cui alcune strategie si traducono in una compressione dei diritti dei lavoratori. Una prima regola che viene in rilievo è quella della c.d. doppia scala salariale attraverso la quale viene modulato il principio secondo cui «a uguale lavoro corrisponde lavoro di valore uguale» sancito dall'art. 28 ET, applicabile in tutte le ipotesi di discriminazione, non solo di genere, e che può comportare, nella sua concreta attuazione, la lesione del diritto all'uguaglianza del lavoratore, regolato dall'attuale Costituzione Spagnola (*Constitución Española* – CE) sia sul piano formale o giuridico (art. 14 CE, uguaglianza davanti alla Legge senza discriminazione per condizione o circostanza personale o sociale) e sia sul piano materiale o politico (art. 9.2 CE, promozione da parte dei poteri pubblici delle condizioni necessarie perché questa uguaglianza sia reale ed effettiva). La trasposizione del principio di uguaglianza nel diritto del lavoro spagnolo trova fondamento nel fatto che questo settore dell'ordinamento «è strutturalmente basato sulla disuguaglianza originaria tra lavoratore e datore di lavoro,

fondata non solo sulla diversa condizione economica dei due soggetti, ma anche sulla loro differente posizione rispetto alla peculiare relazione giuridica che li vincola, cioè di dipendenza o subordinazione di uno rispetto all'altro" (S. DEL REY GUANTER, *La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo*, in *Relaciones Laborales*, 1988, tomo I, 373, in riferimento alla sentenza del Tribunal Constitucional (STC) 25 gennaio 1983 n. 3).

È in questo modo che il principio di uguaglianza in ambito lavoristico – regolato dagli artt. 4.2, lett. c), e 17 ET – risulta essere una garanzia per evitare gli abusi derivanti, dalla consapevolezza circa la sussistenza di tale disuguaglianza (vedi tra le altre, vedi STC 19 luglio 1985 n. 88 e STC 11 luglio 1996 n. 106), che in nessun caso può determinare il prevalere della libertà aziendale e che, pertanto, non può consentire spodestamenti transitori o limitazioni ingiustificate dei diritti fondamentali e delle libertà riconosciute del lavoratore. Qualsiasi lacuna nell'applicazione di questo principio di uguaglianza, come quella che può essere originata dall'utilizzo del sistema della c.d. doppia scala salariale, deve quindi essere giustificata in modo obiettivo e ragionevole (cfr. *infra* nel testo).

Le doppie scale salariali implicano, infatti, una disuguaglianza retributiva basata su elementi quali la data d'ingresso in azienda, il carattere temporaneo del contratto di lavoro ovvero l'anzianità aziendale: fattori questi che rilevano a fronte, in alcuni casi, di, in alcuni casi, hanno comportato l'assunzione, da parte dell'azienda, dell'impegno a garantire l'occupabilità – attraverso la sottoscrizione di contratti collettivi o di accordi aziendali – rendendo, per esempio, a tempo indeterminato il contratto di alcuni lavoratori a termine già assunti dall'impresa, assumendo altri nuovi lavoratori, o contenendo i costi salariali nelle ipotesi di riorganizzazione produttiva (sulla base della definizione data da I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA, *Apuntes jurisprudenciales sobre "dobles escalas salariales": la STC 119/2002, como telón de fondo*, in *Justicia Laboral*, febbraio 2003, n. 13, 5). Sono stati utilizzati in tal senso strumenti come il c.d. *plus* di anzianità, generalmente calcolato come percentuale del salario base e che presuppone un salario più alto, per il medesimo lavoro, in base alla data d'ingresso nell'impresa o all'anzianità riconosciuta o allo scatto automatico, anche senza un cambio di posto, come ancora viene disposto in alcuni contratti collettivi di settore (per lo studio dei diversi contratti collettivi in materia di doppia scala salariale, vedi M.T. ALAMEDA CASTILLO, F.J. PRADOS DE REYES, *Dobles escalas salariales*, in AA.VV., *La negociación colectiva en España. Una visión cualitativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, 379-409).

La giurisprudenza spagnola, per rispondere alla questione se le doppie scale salariali siano o meno discriminatorie, ha applicato l'orientamento del Tribunale Costituzionale spagnolo relativamente al principio di uguaglianza che si può evincere dalle seguenti sentenze: STC n. 22/1981, del 2 luglio; n. 171/1989, del 19 ottobre; n. 20/1991, del 31 gennaio; n. 110/1993, del 25 marzo; n. 176/1993, del 27 maggio; n. 177/1993, del 31 maggio, n. 119/2002, del 20 maggio, e n. 27/2004, del 4 marzo, tra le altre: la disuguaglianza, con rilevanza costituzionale, viene determinata dall'introduzione di differenze che non abbiano una giustificazione obiettiva e ragionevole tra situazioni che possono considerarsi uguali. Il principio di uguaglianza, perciò, non proibisce qualsiasi disparità di trattamento, ma solo quelle disparità che risultino artificiali o ingiustificate perché non fondate su criteri obiettivi sufficientemente ragionevoli, in accordo con i giudizi di valore generalmente accettati. Tuttavia, affinché la differenziazione sia costituzionalmente lecita, non basta che sia lecito il fine che con essa si persegue, ma è necessario che anche le conseguenze giuridiche risultanti da tale distinzione siano adeguate e proporzionate a detto fine, in modo tale che la relazione tra la misura adottata, il risultato che si produce ed il fine perseguito superi il giudizio di proporzionalità in sede costituzionale, evitando conseguenze particolarmente gravose o smisurate. Quindi, come si può osservare, il principio di proporzionalità modula l'applicazione del principio di uguaglianza, giustificando possibili

discriminazioni.

A questo pronunciamento circa le modalità di applicazione del principio di uguaglianza bisogna aggiungere quello – ricordato, tra le altre, dalla STC n. 119/2002 citata – che afferma che il principio «a uguale lavoro corrisponde uguale salario» non può essere snaturato dalla libertà di negoziazione inerente all'autonomia collettiva, a meno che esista realmente una giustificazione obiettiva e ragionevole basata sul principio di proporzionalità, il quale deve comunque essere applicato tenendo conto del contesto sociale così come si configura in quel momento (art. 3.1 c.c. e STC n. 20/1991, cit.).

Il principio di proporzionalità si presenta, dunque, come un criterio per controllare i casi di limitazione dei diritti fondamentali (R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, BOE – Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, 101), che in ambito lavoristico vengono regolati “in modo assolutamente imprescindibile per il corretto e ordinato svolgimento dell'attività produttiva” (per tutte, STC n. 99/1994, dell'11 aprile, fondamento giuridico n. 4). Tutte le azioni che, in qualche modo, possono incidere sull'esercizio di questi diritti fondamentali devono avere, a loro volta, dei limiti di espansione, dato che “le restrizioni alla forza espansiva dei diritti fondamentali devono essere interpretate con criteri restrittivi e nel senso più favorevole all'efficacia ed essenza di questi diritti” (per tutte, STC n. 159/1986, del 16 dicembre, fondamento giuridico n. 6): è dunque in questo modo che il principio di proporzionalità spiega tutte le sue potenzialità.

Per sapere se, in un determinato caso, si verifica proporzionalità o meno, devono essere soddisfatti i requisiti di adeguamento, necessità e proporzionalità in senso stretto. L'adeguamento, da un lato, che suppone che i mezzi utilizzati siano adatti a raggiungere il fine proposto. La necessità, dall'altro lato, che non si sia potuto scegliere un'altra misura alternativa, ugualmente efficace, che però non richiedesse la restrizione del diritto fondamentale o che implicasse una limitazione meno severa. E, infine, la proporzionalità in senso stretto, cioè determinare se la restrizione del diritto fondamentale è ragionevole e proporzionale rispetto all'importanza dell'interesse che in questo modo si cerca di proteggere (vedi, su questi requisiti, R. NARANJO DE LA CRUZ, *op. cit.*, 97-111).

Il principio di proporzionalità non sempre è stato applicato dai Tribunali nella risoluzione della questione giuridica se determinate scale salariali siano da considerarsi o meno discriminatorie anche se la motivazione del loro utilizzo prende le mosse dall'intento di promuovere l'occupazione; per cui nei casi di mantenimento del criterio dell'anzianità o di altri incentivi assegnati esclusivamente a lavoratori che già erano nella impresa, semplicemente è stato ritenuto che il contratto collettivo applicabile li avesse qualificati come incentivi *ad personam* di carattere contrattuale e che fosse una prerogativa della contrattazione collettiva perfettamente lecita, in conformità all'art. 85 ET, che non viola il principio di uguaglianza (sentenza del Tribunal Supremo (STS) del 6 aprile 1995, 2916. Vedi, sulla stessa, S. DEL REY GUANTER, *Fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa y diferenciación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos: una lectura integradora de la Jurisprudencia más reciente*, in *Actualidad Laboral*, 1997, n. 21, 520-522), o che semplicemente si trattasse di una condizione più vantaggiosa che non potesse essere estesa al di fuori dei limiti posti dall'accordo che la concedeva (STS del 18 settembre del 2000, 7645).

In altri casi, applicando il principio di proporzionalità si è giunti alla conclusione che, per esempio, non è discriminatorio mantenere un incentivo che permetta di uniformare gli stipendi dei lavoratori che già lavoravano in due imprese diverse, in conseguenza ad un processo di fusione, dato che per i lavoratori di nuovo ingresso nella entità risultante da tale fusione non c'è omogeneità o convergenza salariale da raggiungere (STS del 31 ottobre del 2001, 1511).

Inoltre, per ciò che qui interessa, alcune sentenze del Tribunale Supremo e dei Tribunali

Superiori di Giustizia hanno stabilito che l'impiego delle doppie scale salariali non trova giustificazione nel mero intento di promuovere l'occupazione: occorre adottare misure specifiche per concretizzare tale intento, in relazione diretta con la necessità che induce l'utilizzo della doppia scala (per tutte, STS del 3 ottobre del 2000, 8659, e sentenza del Tribunal Superior del Justicia (STSJ) della Catalogna del 31 gennaio del 2003, 1721).

Nella sentenza n. 119/2002, la cui dottrina raccoglie la sentenza n. 27/2004, il Tribunale Costituzionale di Spagna ha avuto occasione di pronunciarsi, da un lato, sull'ammissione delle doppie scale salariali come misura di promozione dell'occupazione e, dall'altro, sulla questione se la disuguaglianza che queste inducono sia proporzionale al fine preteso di generare occupazione o mantenerla.

Nel ricorso che dà luogo a questa sentenza si ipotizza la possibile differenziazione nel salario, per il medesimo lavoro, per la categoria degli specialisti in ingresso e rispetto ad altre categorie di specialisti denominate a), b), c) e d), a cui si accede con il trascorrere del tempo e gradualmente. Categoria di specialisti in ingresso, dunque, con salario inferiore, che sembra essere giustificata dagli intenti di promozione dell'occupazione raccolti nel contratto collettivo di applicazione.

Per risolvere il ricorso, il Tribunale Costituzionale argomenta a partire dalla dottrina classica dell'uguaglianza davanti alla legge, alla quale si è fatto riferimento per affermare che, nella misura in cui la progressività nel salario è una costante in tutte le categorie professionali, non si può considerare discriminazione la differenziazione di salario tra gli specialisti in ingresso (tenendo conto, inoltre, che le categorie d'ingresso, a condizione che vengano stabiliti limiti temporali, trovano la propria giustificazione nel periodo di apprendimento necessario per svolgere tutte le mansioni relative ad un posto di lavoro. La maggior parte dei posti di lavoro, anche quelli meno specializzati, richiede un minimo di esperienza perchè possano essere svolti con il massimo rendimento. Questa disuguaglianza, ad avviso di chi scrive, ha una giustificazione obiettiva e ragionevole, dunque non suppone discriminazione). A parere di chi scrive, risulta chiaro dal silenzio del Tribunale, il quale adduce però un'argomentazione esaustiva sul principio di uguaglianza e sui requisiti della autonomia collettiva relazionati con tale principio, che la legittimità delle doppie scale salariali come strumento per promuovere l'occupazione deve essere analizzata caso per caso, in considerazione del giudizio di proporzionalità (vedi, inoltre, le riflessioni sugli effetti che derivano da questa sentenza in K.M. SANTIAGO REDONDO, *Doble escala salarial: ¿leemos?*, in *Relaciones Laborales*, 2002, n. 17, 49-55).

È in questo modo che, sulla base di ciò che è stato finora argomentato, si vuole sottolineare come la contrattazione collettiva, in tutte le ipotesi in cui voglia introdurre doppie scale salariali nei lavori di uguale valore, come misura di promozione dell'occupazione, debba considerare la necessità – come requisito della proporzionalità – di adottare o meno queste misure, nonché valutare la possibilità di optare per un altro tipo di misura, che soddisfi più equamente gli interessi salariali dei lavoratori nel complesso, per evitare, in poche parole, di abbandonare il principio di uguaglianza ad una concezione minimalista, riducendo in questo modo il nucleo fondamentale di diritti da esso tutelati (su tale critica alla concezione minimalista del principio di uguaglianza, vedi M. MIÑARRO YANINI, *La modulación del principio "a igual trabajo, igual salario"*, in *Tribuna Social*, febbraio 2003, 55, che richiama, a sua volta, i commenti di M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La igualdad en los tratamientos constitucionales y su relevancia constitucional*, in *Relaciones Laborales*, 1998, tomo II, 88). Deve essere applicato il giudizio di proporzionalità tra la misura adottata (doppia scala salariale), il risultato prodotto (meno salario per lo stesso lavoro) e la finalità perseguita (il mantenimento dell'occupazione); si devono, inoltre, adottare criteri di solidarietà che inducano ad utilizzare il salario come misura di promozione dell'occupazione nel modo meno dannoso possibile per gli interessi di tutti i lavoratori nel loro insieme (la solidarietà è considerata da alcuni un principio costituzionale di base

direttamente relazionato con la dignità, nella misura in cui, insieme all'uguaglianza, aiuta a creare il contesto idoneo, in uno Stato sociale e democratico di diritto, per l'esercizio dei diritti inviolabili e irrinunciabili inerenti alla persona e che costituiscono il libero sviluppo della sua personalità. Questa solidarietà implica cooperazione, coscienza del fatto che le cose non si concludono nell'individuo in sé e che, dunque, riconoscere la propria dignità esige il riconoscimento degli "altri", che hanno stessa dignità, fini, necessità, diritti e possibilità. Per tutti, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, 173, 319 e particolarmente 320).

3. Alcune misure relative al salario, come l'ipotesi della doppia scala per lo stesso lavoro, possono essere usate come misure di promozione dell'occupazione, anche se, a tal fine, devono essere sottoposte ad uno stretto giudizio di proporzionalità, relativamente alla quale devono essere tenuti in considerazione i tre requisiti dell'adeguamento, della necessità e della proporzionalità in senso stretto (o della relazione in termini ragionevoli tra sacrificio del diritto fondamentale e importanza dell'interesse che si cerca di tutelare). Solo in questo modo verrà realizzata una politica adeguata di promozione dell'occupazione, nelle sue molteplici sfaccettature: creazione di posti di lavoro, stabilità degli stessi, adattabilità dell'impresa davanti ad una eventuale situazione di competitività e, infine, investimenti da parte delle aziende per mantenere nel futuro un determinato livello di occupazione, che non pregiudichi gli interessi, in termini di salario, di tutti i lavoratori nel loro insieme.

Sonia Pedrosa Alquézar

Professoressa di Diritto del lavoro – Università di Saragozza

Ana Gracia Marzal

Direttrice – Cemex España, S.A.