

# Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da  
**MARCO BIAGI**

*In questo numero*

RICERCHE

***Le relazioni industriali tra riforma della  
rappresentanza, titolarità del diritto di sciopero e nuovi  
aspetti della contrattazione collettiva***

RICERCHE

***Prestazioni a orario ridotto, modulato o flessibile e nuovi  
modelli organizzativi***

DIRITTO INTERNAZIONALE

***Autonomia, subordinazione  
e lavoro economicamente dipendente***

**Giuffrè Editore**

**N. 3/XIV - 2004**

## SOMMARIO - n. 3/2004

### **Ricerche: le relazioni industriali tra riforma della rappresentanza, titolarità del diritto di sciopero e nuovi assetti della contrattazione collettiva**

PIETRO ICHINO <i>Libertà sindacale e disciplina della rappresentanza . . . . .</i>	437
GIOVANNI PINO <i>Per una rilettura dei temi sulla titolarità del diritto di sciopero. La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolato . . . . .</i>	459
RICCARDO GIOVANI <i>La riforma degli assetti contrattuali nell'artigianato: un modello originale . . . . .</i>	496
JACQUES ROJOT <i>Una panoramica internazionale sull'estensione e sulla rilevanza della contrattazione collettiva . . . . .</i>	506

### **Ricerche: prestazioni a orario ridotto, modulato o flessibile e nuovi modelli organizzativi**

MARIO QUARANTA <i>Information communication technology e orario di lavoro: flessibilità e controllo sindacale . . . . .</i>	525
VITO PINTO <i>Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite (o job sharing) . . . . .</i>	547
STEFANO MALANDRINI <i>Prestazioni a tempo parziale e costo del lavoro . . . . .</i>	569
ALESSANDRO MASSIMO NUCARA <i>I lavoratori giornalieri nel settore del turismo . . . . .</i>	576

### **Diritto internazionale: autonomia, subordinazione e lavoro economicamente dipendente**

SIMON DEAKIN <i>Interpretare i contratti di lavoro: giudici, datori di lavoro, lavoratori. . . . .</i>	591
JUDY FUDGE, ERIC TUCKER, LEAH F.VOSKO <i>Lavoratore subordinato o lavoratore autonomo? Una ricognizione della rilevanza giuridica della distinzione in Canada . . . . .</i>	613
GIUSEPPE CASALE <i>Il rapporto di lavoro subordinato: sfide e opportunità . . . . .</i>	648



## *Le relazioni industriali tra riforma della rappresentanza, titolarità del diritto di sciopero e nuovi assetti della contrattazione collettiva*

### **Libertà sindacale e disciplina della rappresentanza**

*Pietro Ichino*

*Sommario:* **1.** Le due correnti di pensiero principali contrapposte. — **2.** Perché una disciplina legislativa della materia è necessaria (e in parte, disordinatamente, già c'è). — **3.** Necessità di una riforma organica proprio in funzione di salvaguardia dell'autonomia e del pluralismo del movimento sindacale. — **4.** Un meccanismo di verifica periodica della rappresentatività che non dia vita a soggetti sindacali distinti dal sindacato, non ne intacchi la natura e autonomia associativa, non inneschi derive assemblearistiche. — **5.** Perché estendere al settore privato il regime oggi in vigore nel settore pubblico non costituirebbe la soluzione ideale. Inopportunità dell'estensione del controllo pubblico al numero degli iscritti a ciascuna associazione, nel settore privato. — **6.** Le due obiezioni simmetricamente opposte all'ipotesi di soluzione proposta. A) L'obiezione della sinistra sindacale: al lavoratore deve essere consentito di scegliere direttamente il proprio rappresentante sindacale in azienda. — **7.** *Segue:* B) L'obiezione "associazionista": il consenso del non iscritto al sindacato non può avere lo stesso peso del consenso dell'iscritto. — **8.** Gli effetti del compromesso possibile tra istanza "movimentista" e istanza "associazionista". A) In una situazione di divisione tra le confederazioni maggiori. — **9.** *Segue:* B) In una situazione di unità d'azione tra le confederazioni maggiori: possibilità di sperimentazione del nuovo assetto mediante accordo-quadro, al livello aziendale, nazionale di settore e/o interconfederale, anche prima della riforma legislativa. — **10.** Il funzionamento pratico del nuovo meccanismo e la soluzione del problema dell'estensione *erga omnes* degli effetti dei contratti collettivi. — **APPENDICE. I.** Progetto di legge costituzionale. Modifica dell'articolo 39 della Costituzione. — **II.** Progetto di legge ordinaria. Disciplina delle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro e della contrattazione collettiva con efficacia generale. — **III.** Schema di accordo-quadro collettivo sul riassetto delle relazioni sindacali in azienda.

**1.** Sulla questione della disciplina delle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro si confrontano oggi in Italia due correnti di pensiero, cui corrispondono, a grandi linee, la posizione tradizionale della Cgil da un lato, quella tradizionale della Cisl dall'altro: tendenzialmente favorevole la prima all'istituzione per legge di un meccanismo di elezione a suffragio universale dei rappresentanti sindacali nei luoghi di lavoro, con il coinvolgimento dell'intera platea dei lavoratori interessati; tendenzialmente contraria la seconda all'intervento dell'ordinamento statale in questa materia, in quanto lesivo dell'autonomia associativa e dell'autonomia dello stesso ordinamento intersindacale. Entrambe le correnti di pensiero — nelle quali peraltro si collocano prese di posizione di studiosi e dirigenti sindacali che vanno gradatamente da un polo

---

\* *Pietro Ichino è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università statale di Milano. Comunicazione di Pietro Ichino al Seminario promosso dalla Segreteria nazionale della Cisl - Roma, 21 aprile 2004.*

estremo all'altro — colgono, a mio avviso, altrettante esigenze essenziali per il buon funzionamento del sistema delle relazioni sindacali.

Un contemperamento, vorrei dire anzi una conciliazione, tra le due istanze contrapposte è a mio avviso possibile, nel pieno rispetto delle esigenze essenziali cui ciascuna di esse fa riferimento: alla descrizione e discussione del progetto che può realizzare questa conciliazione, sul quale si sono registrate recentemente alcune significative prese di posizione positive del vertice della Uil<sup>1</sup>, sono dedicati i §§ 4-10 e l'appendice, contenente una possibile formulazione legislativa della riforma, necessariamente articolata in un intervento di modifica dell'articolo 39 della Costituzione (app. I) e in un intervento legislativo ordinario (app. II).

Prima di esaminare l'ipotesi di soluzione, occorre però chiarire perché sia necessaria una nuova disciplina unitaria della materia e perché essa debba essere contenuta in un provvedimento di natura legislativa: a questo sono dedicati i §§ 2-3. Vedremo peraltro (§ 9) come al risultato finale di una riforma legislativa della materia capace di soddisfare tutte le esigenze fondamentali in gioco si possa arrivare attraverso una fase intermedia di sperimentazione della soluzione proposta, mediante accordi-quadro collettivi aziendali, regionali e/o nazionali, dei quali in appendice viene proposta una possibile traccia (app. III).

**2.** Gli argomenti contrari all'intervento legislativo per la regolamentazione della materia sono essenzialmente due. Il primo può riassumersi nella difesa dell'autonomia organizzativa delle associazioni sindacali e, più in generale, dell'autonomia dell'ordinamento intersindacale dall'ingerenza dell'ordinamento statale. Il secondo può riassumersi nell'esigenza di salvaguardare la necessaria flessibilità delle forme organizzative della rappresentanza sindacale contro la rigidità inevitabilmente propria del regolamento di fonte legislativa. Entrambi gli argomenti hanno un innegabile fondamento ed entrambe le esigenze a cui essi fanno riferimento devono essere rispettate nella soluzione del problema (vedremo a suo luogo come questo sia possibile). Occorre tuttavia riconoscere che l'idea di un regime di totale *abstention of law* in questa materia è del tutto irrealistica:

— a meno che si rinunci del tutto alla legislazione di sostegno alla presenza del sindacato nei luoghi di lavoro, la quale non può prescindere da un criterio selettivo; prova ne sia che da oltre trent'anni un criterio selettivo è posto a tal fine dall'articolo 19 Stat. lav. (ora nel testo modificato dal referendum del 1995): piaccia o non piaccia, dunque, una norma legislativa è già da tempo in

<sup>1</sup> Mi riferisco alle conclusioni svolte da Walter Galbusera al convegno organizzato dalla Uil a Brescia l'8 luglio 1998 sul tema *Un progetto di legge su rappresentanza e titolarità delle Organizzazioni sindacali*, alle conclusioni svolte da Luigi Angeletti e al materiale distribuito al convegno nazionale della Uil svoltosi a Milano il 12 febbraio 2003 su *La proposta della Uil per l'estensione dei diritti*, agli orientamenti emersi nella tavola rotonda organizzata a Bergamo dalla Uil il 29 settembre 2003 su *Protocollo Ciampi Luglio 1993: come adeguarlo e rinnovarlo*. Non ho avuto, invece, occasione di conoscere le posizioni espresse recentemente sulla questione dai vertici della Ugl.

vigore su questa materia; ma è una norma per molti aspetti gravemente difettosa; e la necessità di una regolamentazione legislativa più precisa del criterio selettivo per l'applicazione della legislazione di sostegno è stata affermata in modo assai netto dalla Corte costituzionale<sup>2</sup>;

— a meno che si rinunci, altresì, alla partecipazione attiva del sindacato a numerose funzioni pubbliche in materia di gestione del mercato del lavoro, previdenza e assistenza, partecipazione che pure presuppone l'applicazione di qualche criterio selettivo; non ha alcun senso nascondersi che la legge già oggi pone a questo fine qualche criterio selettivo, sia pure di volta in volta formulato in modo disordinato e difettoso, nonché applicato in un modo sovente arbitrario; criteri che apparentemente favoriscono per lo più le confederazioni maggiori ma certamente non giovano al loro prestigio;

— a meno che, infine, si rinunci all'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi ai non iscritti alle associazioni sindacali stipulanti, per la quale è necessaria una regolamentazione legislativa, sia essa conforme alla norma costituzionale attualmente vigente e inattuata (articolo 39), oppure dettata secondo un disegno diverso, previa modifica della norma costituzionale. In riferimento a quest'ultimo punto va osservato che, se la regola non la detta il legislatore, è inevitabile che se ne assumano la funzione vicaria i giudici, dettandola sulla base dei principi generali dell'ordinamento, come accade ormai da oltre mezzo secolo. Anche qui non ha alcun senso nascondersi che si tratta pur sempre di una regola propria dell'ordinamento statale, ancorché dettata in via vicaria dai giudici, la quale si sovrappone alle scelte organizzative e negoziali del sindacato. È proprio in considerazione di questo che anche la Cisl ha manifestato con le altre parti sociali, nel protocollo del luglio 1993, il proprio consenso a un intervento legislativo come passaggio tecnicamente necessario per la soluzione del problema dell'estensione *erga omnes* degli effetti normativi dei contratti collettivi.

L'alternativa, dunque, non si pone oggi tra un intervento dell'ordinamento giuridico statale e un regime di totale *abstention of law* sulla materia della rappresentanza e rappresentatività del sindacato, bensì tra la conservazione dell'insieme difettoso e disordinato di regole di fonte legislativa e giurisprudenziale che costituisce oggi il nostro "diritto vivente", e una riforma organica della materia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Con la sentenza n. 492/1995, la Corte costituzionale ha desunto dall'art. 39 Cost. il principio secondo il quale, laddove si renda necessaria od opportuna una selezione delle associazioni sindacali cui estendere misure di sostegno, il criterio di selezione deve essere quello della maggiore rappresentatività, da accertarsi non una volta per tutte, ma in modo da consentire una verifica periodica, poiché essa è "per sua natura soggetta a variazioni sia in aumento che in diminuzione, per cui non pare consentito perpetuare una situazione che deve invece essere considerata contingente"; con questa motivazione la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 1 della l.r. campana n. 41/1982, in materia di assegnazione di contributi pubblici ad organizzazioni sindacali.

<sup>3</sup> Cfr., in senso sostanzialmente conforme, l'intervento nel dibattito su *Democrazia sindacale e contrattazione collettiva*, in *Conquiste del lavoro*, 2004, di Carrieri, *Sciogliere il nodo della rappresentatività per pensare a come allargare la rappresentanza*: "a mio avviso la strada maestra

Certo, il rispetto dell'autonomia delle associazioni sindacali e del sistema delle relazioni sindacali nel suo complesso impone che l'intervento legislativo abbia il carattere della "leggerezza", ovvero riduca al minimo necessario il proprio contenuto dispositivo, lasciando il massimo possibile spazio all'autodeterminazione di quel sistema e di ciascuna delle sue parti.

3. Nel contesto giuridico difettoso e disordinato tratteggiato nel paragrafo precedente, quando si verifica un dissenso tra organizzazioni sindacali in sede di contrattazione collettiva la soluzione del problema è per lo più sostanzialmente lesiva del principio di autonomia sindacale, oppure del principio di pluralismo sindacale, oppure di entrambi. Vediamo più da vicino quattro esempi di questo fenomeno.

- Quando Cisl e Uil stipularono l'"accordo di S. Valentino" del 1984 sul taglio dei due punti di scala mobile, fu necessaria una legge dello Stato per realizzarne gli effetti: soluzione, questa, che configurava una deroga alla regola non scritta dell'*abstention of law* in materia di determinazione degli standard retributivi e implicava una sorta di arbitrato del legislatore tra le due parti dissenzienti del movimento sindacale; ma se il legislatore statale non fosse intervenuto, questo avrebbe di fatto impedito a quell'accordo di produrre i propri effetti, così attribuendosi alla confederazione dissenziente un sostanziale potere di veto sulla materia e sacrificandosi il principio del pluralismo sindacale. Nessuna delle due soluzioni può considerarsi conforme ai principi cui si ispira la politica del diritto tradizionalmente propria della Cisl.

- Nel contesto giuridico attuale, la giurisprudenza prevalente non riconosce al contratto aziendale stipulato in deroga al contratto nazionale da una parte soltanto delle organizzazioni sindacali un'efficacia generale, ma soltanto efficacia limitata agli iscritti all'associazione stipulante, salvo che i singoli lavoratori interessati vi aderiscano individualmente: soluzione, questa, che per un verso depotenzia gravemente il principio di autonomia collettiva, per altro verso finisce con l'attribuire nella maggior parte dei casi un potere di veto all'organizzazione dissenziente, ledendo il principio del pluralismo sindacale.

- Quando, nel 2001, si è registrato un dissenso insanabile tra Cgil, Cisl e Uil circa la recezione della direttiva comunitaria sui contratti a termine, questo ha sostanzialmente inibito l'esercizio dell'autonomia collettiva sulla materia, con la conseguenza che il legislatore è intervenuto sulla materia in assenza di qualsiasi accordo sindacale.

- Lo stesso effetto di paralisi totale dell'autonomia collettiva non si è verificato nel caso dell'ultimo rinnovo del contratto nazionale dei metalmeccanici, non sottoscritto dalla Cgil. Si osservi, però, che qui il contratto stipulato ha potuto considerarsi senz'altro applicabile anche ai lavoratori non iscritti a Cisl e Uil solo perché esso non disponeva riduzioni degli standard di trattamento rispetto al contratto precedente, in riferimento ad alcun istituto contrattuale: in altre

---

della regolazione rimane quella legislativa, praticata senza traumi e con efficacia in molti paesi. Una legge sobria e non intrusiva".

parole, in questo caso si è evitata la paralisi totale dell'autonomia collettiva solo in quanto l'autonomia stessa si è autolimitata rispetto alle prerogative che le sono normalmente proprie, cioè al prezzo di una sua paralisi parziale<sup>4</sup>. La vicenda seguita a quella negoziazione separata ha poi messo drammaticamente in luce i difetti di un ordinamento intersindacale caratterizzato dalla pluralità delle organizzazioni in esso operanti, ma privo di criteri applicabili nel caso di dissenso tra di esse.

Occorre convenire che il pluralismo sindacale, costituente il corollario più importante del principio di libertà sindacale sancito dal primo comma dell'articolo 39 Cost., perde gran parte del suo significato laddove, in presenza di un dissenso tra le organizzazioni sindacali, l'organizzazione dissenziente finisca col risultare di fatto titolare di un potere di veto indipendentemente dalla sua rappresentatività e l'autonomia collettiva ne risulti paralizzata o gravemente menomata, finendo col dover essere soppiantata dall'intervento del legislatore o da quello vicario del giudice<sup>5</sup>. Di questo potere di veto, nelle vicende italiane recenti di dissenso e spaccatura interna al movimento sindacale, possono considerarsi vittime in pari misura entrambe le parti dissenzienti, oltre che il sistema delle relazioni sindacali nel suo complesso.

**4.** Nell'ordine di idee esposto sopra, mi sembra indispensabile la rinuncia da parte dell'ordinamento statale a dar vita autoritativamente a un organismo distinto e autonomo dalle associazioni sindacali, quale era la "rappresentanza sindacale unitaria" delineata nel disegno di legge Smuraglia approvato dal Senato nel maggio 1995<sup>6</sup>. La riforma non deve sopprimere né snaturare il

---

<sup>4</sup> Se a stipulare il rinnovo del contratto fossero stati unitariamente tutti e tre i sindacati, il contratto avrebbe potuto, ad esempio, disporre una riduzione del numero degli scatti di anzianità, oppure della maggiorazione per un certo tipo di lavoro straordinario, in funzione di nuovi assetti contrattuali, con la sicurezza dell'efficacia di tale disposizione per tutti i lavoratori appartenenti alla categoria. Disposizioni di questo genere sono state invece opportunamente evitate in questo rinnovo, anche perché ne sarebbero sorti problemi di difficilissima soluzione.

<sup>5</sup> Cfr. la lucida osservazione contenuta in Paparella, *Un pluralismo operante*, intervento nel dibattito su *Democrazia sindacale e contrattazione collettiva*, cit. "La regolazione della rappresentatività per legge ha senso se diviene uno strumento per rendere il pluralismo sindacale pienamente efficace, se mette in condizione tutte le associazioni sindacali di esercitare – senza veti preventivi – la propria sovranità nei rapporti con le istituzioni, con le controparti, con le altre organizzazioni e con i lavoratori".

<sup>6</sup> Il disegno di legge – risultante dall'unificazione di sette disegni presentati nell'XI e nella XII Legislatura, dei quali uno di iniziativa popolare patrocinato dalla Cgil e uno di iniziativa governativa – aveva per oggetto l'istituzione e disciplina delle nuove "rappresentanze sindacali unitarie". Queste, secondo il testo approvato dal Senato nel maggio 1995, avrebbero dovuto essere elette dai lavoratori nei luoghi di lavoro a suffragio universale con cadenza triennale; si prevedeva in proposito il passaggio a un sistema elettorale rigorosamente proporzionalista, con possibilità per qualsiasi associazione o gruppo di lavoratori, che superasse una soglia minima di consistenza, di presentare la propria lista di candidati, ma *senza alcun vincolo di mandato* per i rappresentanti eletti. Lo stesso disegno di legge prevedeva che alle nuove r.s.u. venissero attribuite, *indipendentemente dall'adesione dei singoli rappresentanti alle associazioni sindacali esterne*, le prerogative e i diritti che il titolo III dello Statuto attribuisce alle vecchie rsa, le quali venivano pertanto soppresse; un terzo dei permessi retribuiti veniva invece riservato ai "dirigenti"



rapporto organico che lo Statuto dei lavoratori del 1970 — secondo la lettura migliore che ne è stata data e che può considerarsi nettamente prevalente <sup>7</sup> — ha istituito tra le rsa e le associazioni sindacali esterne all'azienda: deve invece limitarsi a condizionare e proporzionare composizione e prerogative delle rsa al consenso periodicamente espresso dai lavoratori, mediante apposita consultazione, nei confronti di ciascuna delle associazioni sindacali.

A questo fine la legge non deve, dunque, istituire un meccanismo di elezione da parte dei lavoratori di propri rappresentanti *costituiti in organo distinto* dall'associazione sindacale, bensì soltanto un censimento periodico dei consensi raccolti dalle diverse organizzazioni, in base al quale possa essere determinato il numero di rappresentanti sindacali, dotati di tutele e permessi, a cui ciascuna di esse avrà diritto nell'azienda, eventualmente con la fissazione di una soglia percentuale minima di consensi per l'acquisizione del diritto a un rappresentante. Ciascuna organizzazione sarà, per il resto, del tutto libera di decidere le forme di designazione ed eventualmente di revoca dei propri rappresentanti, nel numero determinato dai consensi conseguiti, e di disciplinarne l'attività.

Confermare nella nuova legge la sovranità piena dell'associazione sindacale nel governo del rapporto fra la propria struttura e la rappresentanza aziendale non significa, ovviamente, rinunciare a quella forma di dialogo democratico tra organizzazione sindacale e base che è costituita dall'elezione dei rappresentanti aziendali da parte dei lavoratori rappresentati: l'opzione in questo senso da parte delle confederazioni maggiori, come regola generale, può considerarsi da tempo consolidata. Ma questa è sempre stata e deve restare, appunto, un'opzione statutaria dell'organizzazione, libera anche per quel che riguarda le sue modalità di attuazione concrete e il suo possibile adattamento alle circostanze. In particolare, deve poter rientrare nella dialettica tra associazione e base anche l'eventuale revoca da parte dell'associazione stessa dell'investitura al rappresentante aziendale la cui azione — ancorché contingentemente sorretta dal consenso della base aziendale — si riveli incompatibile con le opzioni strategiche generali. Possibilità di revoca che presuppone logicamente il mantenimento esplicito del rapporto organico tra rappresentanza aziendale e associazione sindacale esterna e del vincolo di mandato (negati invece nel disegno di legge approvato dal Senato nel maggio 1995: v. nota 5) <sup>8</sup>, cioè la non alterità e autonomia della prima rispetto alla seconda.

---

delle associazioni sindacali che rispondessero a determinati requisiti di rappresentatività. La vicenda politico-parlamentare e i contenuti essenziali del disegno di legge sono tratteggiati dal presidente della Commissione Lavoro del Senato e relatore sul disegno stesso, Smuraglia, *Un passo avanti*, nel suo intervento al convegno di Pisa del maggio 1995 (Aidlass, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, Giuffrè, Milano, 1996, 91-99).

<sup>7</sup> Mi sia consentito fare rinvio in proposito per brevità, nonché per tutti i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, al quarto capitolo del primo volume del mio *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000; ai precedenti ivi citati *adde* (ancora in senso confermativo del rapporto organico tra l'associazione sindacale e il rappresentante sindacale aziendale) T. Milano, 30 giugno 2003, *D&L*, 2003, 917, con nota di Capurro, *Membri della Rsu e raccordo con il sindacato esterno: di nuovo sulla disdetta del membro della Rsu dall'affiliazione al sindacato di appartenenza*. V. anche la nota seguente.

<sup>8</sup> Sulla necessità essenziale del mantenimento del vincolo di mandato v. Caprioli intervento nel

Nella rigorosa riaffermazione del rapporto organico tra associazione e rappresentanza aziendale e della sovranità della prima nel governo della seconda sta l'elemento indispensabile di garanzia dell'esigenza fondamentale da sempre sottolineata dalla Cisl nel dibattito sulla disciplina delle rappresentanze aziendali: queste ultime non devono costituire un "corpo estraneo" introdotto dalla legge nel sistema delle relazioni sindacali, bensì soltanto una prerogativa di sostegno offerta dall'ordinamento statale all'azione dell'associazione sindacale nei luoghi di lavoro; la legge deve limitarsi a proporzionare il numero dei rappresentanti al consenso periodicamente ottenuto nell'unità produttiva dalla singola associazione (o coalizione) sindacale, astenendosi rigorosamente dall'interferire nel rapporto tra questa e i rappresentanti che essa avrà designato. Viceversa, nell'introduzione della regola della consultazione periodica a suffragio universale sta l'elemento indispensabile di garanzia dell'esigenza fondamentale da sempre sottolineata dalla Cgil: dell'esigenza, cioè, di dare voce a tutti i lavoratori, iscritti e non iscritti, cui di fatto si riferisce l'iniziativa sindacale, si applica il contratto stipulato dall'associazione sindacale. Si osservi, però, che nell'ipotesi di soluzione qui proposta quell'esigenza viene soddisfatta senza alcun pregiudizio né per la sovranità dell'associazione sulle forme della propria organizzazione nei luoghi di lavoro, né per l'autonomia del sistema di relazioni sindacali. Infatti:

— la platea generale dei lavoratori, iscritti e non iscritti, viene coinvolta soltanto per la determinazione del numero dei rappresentanti cui ciascuna associazione o coalizione ha diritto, non per la creazione di un organismo a sé stante;

— nel periodo intercorrente tra una consultazione elettorale e l'altra ciascuna associazione o coalizione può perseguire la politica rivendicativa e negoziale che preferisce, senza essere assoggettata per legge ad alcun vincolo di verifica referendaria o assembleare;

— nulla vieta, ovviamente, che nel periodo intercorrente tra una consultazione elettorale e l'altra l'associazione o coalizione sottoponga una propria piattaforma rivendicativa o un'ipotesi di accordo al referendum tra tutti i lavoratori, oppure al dibattito e all'approvazione assembleare; e neppure vi è alcun ostacolo a che essa si vincoli a questa prassi mediante atti di autoregolamentazione o accordi; ma la legge si astiene totalmente dall'interferire in tali scelte.

Qui sta il nocciolo del compromesso ragionevole tra le due esigenze fondamentali: la singola associazione resta totalmente libera nell'auto-organizzazione e nella scelta se sottoporre o no di volta in volta le proprie scelte all'approvazione della generalità dei lavoratori; libera dunque di perseguire la propria politica prescindendo dai volatili umori assembleari o referendari, dal

---

dibattito su *Democrazia sindacale e contrattazione collettiva*, cit., sotto il titolo *Democrazia sì, ma nella chiarezza*. Nel senso della sussistenza, nella disciplina oggi vigente ex art. 19 Stat. lav., del vincolo di mandato nel rapporto tra il rappresentante sindacale aziendale e la sua associazione di appartenenza, v. Cass., 12 agosto 2000, n. 10769, in *RIDL*, 2001, II, 192, con nota di Campanella. In senso contrario su questo punto v. però Gragnoli, *Le rappresentanze sindacali unitarie e i contratti aziendali*, in *RGL*, 2003, I, 817.

consenso effimero di chi non si impegna stabilmente nel rapporto associativo; libera cioè — questo è un punto di grande importanza — di dare respiro strategico alla propria azione, compiendo anche scelte maturate nel proprio seno, che scontano un certo tasso di impopolarità nell'immediato<sup>9</sup>; ma soggetta periodicamente a una verifica elettorale di fronte all'intera platea dei lavoratori i cui interessi sono coinvolti in quelle scelte strategiche<sup>10</sup>: verifica dal cui esito non dipenderà comunque altro, se non il grado di rappresentatività riconosciuto all'associazione stessa dall'ordinamento statale ai fini dell'applicazione della normativa di sostegno (essenzialmente numero di rappresentanti aziendali e grado di rappresentatività extra-aziendale riconosciuta ai fini della partecipazione a funzioni pubbliche e dell'estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti stipulati).

Una variabile importante del "compromesso" tra le due esigenze è costituita dall'ampiezza del lasso di tempo intercorrente tra le consultazioni elettorali imposte come regola generale: la soluzione migliore sembra collocarsi tra il biennio e il triennio. Si osservi, peraltro, che nulla vieta alla singola associazione o coalizione di prevedere elezioni con cadenza più o meno ravvicinata rispetto al termine obbligatorio generale: questo termine, infatti, riguarda soltanto la consultazione necessaria per la distribuzione dei posti di rappresentante sindacale tra le associazioni, ma in linea di principio non interferisce con i meccanismi adottati da ciascuna associazione o coalizione per l'individuazione delle persone che devono occupare quei posti. La coincidenza tra i due momenti deve rispondere soltanto a un'esigenza di risparmio di costi organizzativi, non a un vincolo giuridico.

**5.** Il regime attualmente in vigore nel settore delle Amministrazioni Pubbliche non corrisponde in modo soddisfacente ai requisiti individuati nei paragrafi che precedono. Per soddisfare quei requisiti, come si è visto, la nuova normativa: — non dovrebbe dare vita a un organismo dotato di una soggettività distinta rispetto alle associazioni sindacali: la nuova norma dovrebbe, al contrario, chiarire che la "rappresentanza" costituita in ciascuna unità produttiva non è altro che un organo dell'associazione sindacale, assoggettato in tutto e per tutto allo statuto dell'associazione stessa, nonché al potere decisionale, direttivo e organizzativo dei suoi organi statutari sovraordinati; — dovrebbe limitarsi a prevedere una consultazione periodica, attraverso la

<sup>9</sup> Cfr. Accornero, *Le rappresentanze sindacali di base*, introduzione a Carrieri, *L'incerta rappresentanza*, Il Mulino, Bologna, 1995, 9, dove l'A. respinge l'idea di "un sindacalismo pronto a 'consultare tutti i lavoratori' ad ogni piè sospinto piuttosto che assumersi le proprie responsabilità [...]: un sindacalismo che, se mai dovesse affermarsi, spingerebbe gli imprenditori a evitare di sottoscrivere accordi".

<sup>10</sup> Sulla necessità che venga attribuito un peso anche al consenso o dissenso dei non iscritti, ai fini dell'attribuzione al sindacato del potere di negoziare con effetti estesi anche ad essi, cfr. Mariucci, relazione introduttiva al convegno di Pisa citato nella nota 6 su *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, che può leggersi anche in *GDLRI*, 1995, partic. 235-236. Questo argomento, assai ragionevole e condivisibile, è sovente sottolineato nel dibattito su questa materia dai dirigenti della Cgil.

quale i lavoratori di ciascuna unità produttiva indicano l'associazione o coalizione sindacale dalla quale intendono essere rappresentati; a prevedere la ripartizione dei posti di rappresentante sindacale in proporzione ai voti conseguiti da ciascuna associazione o coalizione; e a prevedere il censimento permanente dei risultati delle consultazioni da parte del Ministero del lavoro, al fine della determinazione della rappresentatività di ciascuna associazione al livello nazionale, regionale e territoriale;

— dovrebbe lasciare libera ciascuna associazione o coalizione di nominare e revocare i rappresentanti sindacali in ciascuna unità produttiva, nel numero risultante dall'ultima consultazione: l'associazione (o coalizione) stessa dovrebbe pertanto essere lasciata libera di procedere alla scelta del proprio rappresentante, facendolo scegliere da un'assemblea di tutti i lavoratori dell'unità produttiva, oppure soltanto dai lavoratori propri iscritti, oppure nel modo diverso conforme con il proprio statuto e regolamento interno; e dovrebbe essere lasciata libera di sostituirlo in corso di mandato, secondo criteri insindacabili (in applicazione del principio per cui il mandato è conferito dai lavoratori all'associazione e non al singolo rappresentante);

— dovrebbe salvaguardare la libertà di negoziazione collettiva ad ogni livello per qualsiasi associazione o coalizione sindacale, anche minoritaria, limitando però l'estensione *erga omnes* degli effetti: a) ai soli contratti collettivi aziendali stipulati dalla maggioranza dei rappresentanti sindacali operanti nell'unità produttiva; b) ai soli contratti collettivi di livello superiore stipulati da una associazione o coalizione che, complessivamente considerata, abbia conseguito la maggioranza assoluta dei voti nelle consultazioni elettorali relative alla categoria o settore cui il contratto intende riferirsi.

Il regime della rappresentanza nel settore pubblico — fondato sugli articoli 47 e 47-bis del decreto legislativo n. 29/1993, come modificato dal decreto legislativo n. 396/1997 e dal decreto legislativo n. 80/1998, nonché sull'accordo "endosindacale" tra Cgil, Cisl e Uil del 29 luglio 1997 e sul contratto collettivo nazionale quadro del 7 agosto 1998 — è invece caratterizzato dagli elementi seguenti:

— istituzione per legge di un "organismo di rappresentanza unitaria del personale" a carattere elettivo, *distinto* dalle rsa costituite a norma dell'articolo 19 Stat. lav. e tendenzialmente sostitutivo delle stesse (decreto legislativo n. 29/1993, articolo 47);

— sostanziale eliminazione del rapporto organico tra le associazioni sindacali e la rappresentanza unitaria, con conseguente assenza del vincolo di mandato a carico dei rappresentanti elettivi;

— legittimazione contrattuale riservata alle associazioni dotate di una "rappresentatività non inferiore al 5 per cento, considerando a tal fine la media tra il dato associativo e il dato elettorale": dove "il dato associativo è espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali rispetto al totale delle deleghe rilasciate nell'ambito considerato" (decreto legislativo n. 29/1993, articolo 47-bis) <sup>11</sup>.

<sup>11</sup> V. in proposito, tra gli studi più cospicui, la monografia di Di Stasi, *Le rappresentanze sindacali*

Nel settore pubblico, dunque, le associazioni sindacali conservano bensì il diritto a costituire le proprie rappresentanze aziendali e a mantenere in vita il rapporto organico con le stesse; ma vedono sorgere per legge un organismo diverso e tendenzialmente sostitutivo di quelle rappresentanze, non assoggettato al rapporto organico. Soluzione, questa, che può forse rispondere a esigenze peculiari della rappresentanza sindacale nel settore pubblico (io nutro qualche dubbio anche a questo proposito), ma certamente contraddice un'esigenza essenziale di autonomia dell'ordinamento intersindacale, che almeno nel settore privato è giusto e necessario salvaguardare.

Per altro verso, l'estensione al settore privato della regola che prevede la commistione tra criterio elettorale e criterio del numero degli iscritti, ai fini della rappresentatività minima necessaria per la legittimazione negoziale, è assai discutibile. Innanzitutto, nel settore privato il controllo sul numero effettivo degli iscritti non potrebbe fondarsi sul meccanismo della delega per la trattenuta periodica della quota sulla busta paga, come è previsto dal citato articolo 47-*bis* per il settore pubblico, essendo venuto meno con il referendum del 1995 il corrispondente obbligo di riscossione a carico del datore di lavoro (articolo 26 Stat. lav.): un controllo disposto per legge dovrebbe pertanto avvenire in forme necessariamente assai più intrusive (controllo sistematico della contabilità dell'associazione, acquisizione di elenchi nominativi, ispezioni, ecc.) e come tali lesive dell'autonomia dell'associazione sindacale. In secondo luogo — ma la questione non è ultima per importanza — questa regola rischia di favorire prassi di tesseramento a basso prezzo, volte a gonfiare artificiosamente il numero degli iscritti<sup>12</sup>.

A ben vedere, è il principio stesso di autonomia sindacale che impone di sottrarre al controllo pubblico il dato relativo al numero degli iscritti, come circostanza direttamente afferente alla politica organizzativa dell'associazione e non direttamente rilevante ai fini dell'intervento dell'ordinamento statale: si può ipotizzare il caso di un'associazione sindacale che persegue una politica particolarmente selettiva nel reclutamento degli iscritti e tuttavia capace di raccogliere un vasto consenso intorno alla propria politica rivendicativa e pertanto di negoziare più efficacemente con la controparte, così come si può ipotizzare, viceversa, il caso di un'associazione sindacale capace di raccogliere e conservare nel tempo un numero maggiore di iscrizioni ma incapace di aggiornare le proprie linee d'azione in relazione agli interessi effettivi della

---

*unitarie nel pubblico impiego*, Giappichelli, Torino, 1998. Inoltre, più recentemente, Gragnoli, *Le rappresentanze sindacali unitarie ecc.*, cit. nella nota 8, I, § 3, 807-813; Fantoni, *L'esperienza della normativa sulla rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego*, in *ADL*, 2003, 387-395.

<sup>12</sup> Di questa differenza assai rilevante tra il settore pubblico (dove la trattenuta delle quote sindacali su delega del lavoratore resta la regola) e il settore privato, dove il datore di lavoro è oggi legittimato a rifiutare la delega, salva assunzione da parte sua di un obbligo contrattuale in proposito, non mi sembra adeguatamente considerata da Paparella, *Un pluralismo operante*, cit. nella nota 5, dove egli auspica un'applicazione anche nel settore privato degli stessi criteri selettivi previsti dalla legge per il settore pubblico, "in quanto si tratta di una modalità di valutazione della consistenza organizzativa che non mortifica la dimensione associativa e perciò è accettabile per la Cisl".

maggioranza della categoria. E non si vede perché l'ordinamento statale dovrebbe privilegiare la seconda associazione rispetto alla prima nella propria legislazione di sostegno.

Un'ultima considerazione dovrebbe comunque valere a sdrammatizzare la questione: nell'esperienza dei primi anni di applicazione della nuova norma nel settore pubblico non si sono mai verificati scostamenti rilevanti tra percentuale degli iscritti e percentuali dei consensi elettorali<sup>13</sup>. Questo costituisce, a mio avviso, un ulteriore buon motivo pratico per evitare la complicazione della duplicità del criterio di rappresentatività: dove è stata sperimentata, essa non sembra aver prodotto effetti pratici di particolare rilievo.

6. La soluzione proposta incontra resistenze di segno diametralmente opposto: da un lato quella dei fautori più intransigenti di un intervento autoritativo dell'ordinamento statale a garanzia di meccanismi precostituiti di democrazia sindacale diretta nei luoghi di lavoro; dall'altro quella dei fautori più intransigenti dell'irrelevanza del consenso dei lavoratori non "organizzati", cioè non iscritti ad alcun sindacato.

L'argomento fondamentale dei primi — che oggi si identificano nell'ala sinistra del movimento sindacale italiano — è in sostanza questo: come al cittadino è dato di scegliere direttamente il proprio rappresentante in Parlamento, così al lavoratore deve essere garantito dalla legge il potere di scegliere direttamente il proprio rappresentante sindacale in azienda, senza che tale scelta possa essere condizionata, limitata, corretta, o addirittura annullata in corso di mandato, dall'associazione sindacale<sup>14</sup>.

Questa obiezione potrebbe essere accolta solo a una condizione: cioè che si accettasse l'idea di una rappresentanza aziendale elettiva costituita per legge — non per aggregazione spontanea dei lavoratori — e per legge dotata di una legittimazione a contrattare autonoma rispetto alle associazioni sindacali tradizionali. Io non condivido questa idea; ma essa non è in sé assurda: è soltanto un'idea sulla quale non è pensabile che si raggiunga, oggi o a medio termine, un accordo tra le componenti principali del movimento sindacale italiano. È, dunque, un'idea politicamente impraticabile.

Va poi segnalata una curiosa contraddizione nella posizione dell'ala sinistra del movimento sindacale. Nessuno al suo interno arriva a proporre l'idea che l'intervento legislativo si spinga a creare delle rappresentanze elettive dei lavoratori anche al livello nazionale, dotate della legittimazione contrattuale collettiva per i contratti di settore o gli accordi interconfederali. Ma se si rifiuta questa idea — questa sì un po' mostruosa — l'analogia di disciplina tra rappresentanza sindacale e rappresentanza parlamentare è comunque proponibile soltanto nel contesto di una concezione del movimento sindacale che ne

---

<sup>13</sup> Cfr. sul punto anche Fantoni, *op. cit.*, nella nota 11, 392.

<sup>14</sup> Ricordo in proposito, per la nettezza della presa di posizione che in esso si esprimeva, l'articolo (*Lavoro, chi rappresenta chi?*, ne *l'Unità*, 9 dicembre 1995) con cui Calamida, Cagna Ninchi, Pizzinato risposero a un mio articolo comparso sullo stesso quotidiano il 31 ottobre precedente.

limiti l'iniziativa contrattuale ai singoli luoghi di lavoro, ponendo in ombra il ruolo della contrattazione collettiva nazionale (interconfederale e di settore): l'esperienza insegna, infatti, che un sistema nel quale la contrattazione collettiva sia gestita al livello nazionale dalle associazioni sindacali e al livello aziendale da rappresentanze direttamente elette dai lavoratori (quindi non legate da rapporto organico con le associazioni sindacali territoriali) non può funzionare. In altre parole: la parola d'ordine della garanzia per legge dell'elezione diretta delle rappresentanze aziendali da parte dei lavoratori non si concilia con la difesa del livello nazionale della contrattazione collettiva, che invece costituisce un cavallo di battaglia della sinistra sindacale.

Quella dell'abbandono della contrattazione collettiva al livello nazionale è certamente una scelta possibile, che richiama esperienze straniere meritevoli di studio e attenzione (ancorché non caratterizzate da forti opzioni solidaristiche, né da particolare forza e incisività del ruolo del sindacato nel sistema economico)<sup>15</sup>; ma essa non corrisponde certo all'assetto del sistema italiano attuale di relazioni sindacali, né a un nuovo assetto che rientri nelle linee di sviluppo perseguite da alcuna delle confederazioni maggiori. Dobbiamo dunque accettare l'idea che l'azione sindacale al livello aziendale non sia attribuita per legge a un soggetto nuovo e diverso dalle associazioni sindacali, ma possa essere da queste efficacemente controllata e governata secondo le proprie scelte autonome.

In conclusione: fino a che l'opzione è quella di un sistema di contrattazione collettiva articolata su due livelli tra loro coordinati, aziendale e nazionale, la possibilità per i lavoratori di eleggere direttamente i propri rappresentanti non deve essere prevista e garantita dalla legge, ma dagli statuti e atti di autoregolamentazione delle organizzazioni sindacali; e in questo ambito deve essere

---

<sup>15</sup> Secondo un'opinione fortemente accreditata tra gli economisti del lavoro, i sistemi di relazioni sindacali che hanno consentito le *performances* economiche nazionali migliori sono al tempo stesso quelli caratterizzati da una contrattazione collettiva fortemente centralizzata e quelli caratterizzati dal massimo decentramento dell'autonomia collettiva (Calmfors, Driffil, *Centralization of wage bargaining*, in *EP*, aprile 1988, 13-61): "La conclusione principale è che gli estremi funzionano meglio. Sia i sistemi di contrattazione collettiva fortemente centralizzati al livello nazionale (come quello austriaco o quelli dei Paesi nordici), sia quelli fortemente decentralizzati, nei quali gli standard di trattamento sono stabiliti a livello di singola impresa (come in Giappone, Svizzera e U.S.A.), sembrano produrre i risultati migliori. I risultati peggiori, in termini di livelli occupazionali e inflazione, si trovano nei sistemi caratterizzati da un grado intermedio di centralizzazione della contrattazione collettiva (come in Belgio e nei Paesi Bassi). Questa conclusione [...] appare logica. Invero, le grandi confederazioni sindacali intercategoriale sono per loro natura consapevoli del proprio potere contrattuale nel mercato del lavoro, ma sono portate a tener conto dei possibili effetti degli aumenti dei minimi retributivi sui livelli occupazionali e l'inflazione; per converso, i sindacati operanti soltanto al livello aziendale o di stabilimento hanno scarso potere contrattuale nel mercato. Nei casi intermedi, le associazioni sindacali sono in grado di esercitare un certo potere contrattuale nel mercato, ma sono portate a non considerare le implicazioni macroeconomiche della loro azione". Per una rassegna degli studi sociologici in argomento v. Carrieri, *L'incerta rappresentanza*, cit.; v. anche, ultimamente, dello stesso A., *Sindacato in bilico. Ricette contro il declino*, Donzelli, Roma, 2003, e ivi particolarmente il primo capitolo.

contemperata con l'esigenza della salvaguardia del rapporto organico tra le rappresentanze aziendali e le rispettive associazioni nazionali.

7. Di segno diametralmente opposto è l'obiezione di un autorevole sostenitore della necessità di valorizzare il momento associativo del fenomeno sindacale, con conseguente svalutazione del consenso o dissenso dei lavoratori non organizzati: la soluzione del coinvolgimento periodico dell'intera platea dei lavoratori in una consultazione sindacale — egli osserva — “fa fare passi avanti nella dimensione della rappresentatività quantitativa”, ma ignora l'aspetto *qualitativo* della rappresentanza sindacale, al quale dovrebbe invece attribuirsi rilievo preminente<sup>16</sup>. Replico a questa obiezione con due osservazioni.

In primo luogo, la *qualità* si differenzia dalla *quantità* essenzialmente per il fatto di non essere misurabile. L'ordinamento statale ha sperimentato, con l'articolo 19 Stat. lav. nella sua versione originaria, un criterio selettivo di tipo qualitativo per l'applicazione della normativa di sostegno, adottando la “qualità confederale” del sindacato come elemento decisivo; ma quel criterio ha incominciato a entrare in crisi con la cessazione del monopolio di fatto del sindacalismo confederale detenuto in passato da Cgil, Cisl e Uil e col moltiplicarsi, dalla metà degli anni Settanta, delle “confederazioni” sindacali minori (dei sindacati autonomi, dei quadri, dei comitati di base, ecc.). Tutto sommato, non mi sembra che si possa dire che quel criterio abbia dato buona prova: proprio il moltiplicarsi delle confederazioni sindacali minori, sovente costituite al solo fine del superamento di quel filtro, ha sottolineato la necessità di un nuovo filtro più sicuro, dunque fondato su entità misurabili. Se si ritiene che — ai fini dell'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi e dell'applicazione delle altre misure di sostegno all'attività sindacale — un criterio selettivo debba essere posto dalla legge, appare sicuramente meglio che il criterio abbia natura quantitativa: cioè sia riferito a entità misurabili<sup>17</sup>. E se — per i motivi esposti nel § 5 — si ritiene che non sia opportuno fare riferimento al numero degli iscritti alle singole associazioni sindacali, quello della consultazione elettorale periodica tra tutti i lavoratori appare come il criterio migliore tra quelli concretamente praticabili.

Una seconda considerazione: anche nel nostro ordinamento di democrazia rappresentativa, il sistema elettorale a suffragio universale attribuisce lo stesso

---

<sup>16</sup> Il riferimento è all'intervento introduttivo di Baglioni nel dibattito su *Democrazia sindacale e contrattazione collettiva*, in *Conquiste del lavoro*, 2003, § 3. Sulla nozione di “rappresentatività qualitativa” v. anche le interessanti considerazioni di Caprioli nel suo intervento nello stesso dibattito, citato nella nota 8.

<sup>17</sup> Esprime perplessità sulla praticabilità di un criterio selettivo fondato su dati qualitativi anche Bordogna, *Quale regolazione per la rappresentanza sindacale? Alcune soluzioni a confronto*, intervento nel dibattito su *Democrazia sindacale e contrattazione collettiva*, cit.: “difficilmente, credo, [gli aspetti qualitativi della rappresentatività sottolineati da G. Baglioni] possono trovare fondamento come criterio tecnico-normativo per distinguere *ex ante* sindacati rappresentativi e no e per stabilire periodicamente chi ha accesso al tavolo negoziale, all'utilizzo dei diritti sindacali, alla possibilità di sottoscrivere accordi con efficacia generale ecc. Chi avrebbe titolo a giudicare questa qualità della rappresentatività? In nome di che cosa e sulla base di quali criteri?”.



peso al voto del militante di partito che alla politica dedica tutto se stesso e al voto del *quavis de populo* che invece si occupa di politica soltanto nel giorno delle elezioni discutendone con il barista o con l'edicolante. È ben vero che — come si è visto nel paragrafo precedente — tra la consultazione elettorale per la costituzione di un parlamento o di un consiglio comunale e la consultazione elettorale per la costituzione di una rappresentanza sindacale corre una analogia molto imperfetta, stante il compito negoziale e non legislativo o amministrativo che compete alla rappresentanza sindacale; ma una analogia tra le due forme di partecipazione sussiste pur sempre. Orbene, in riferimento all'ordinamento di democrazia rappresentativa possiamo osservare come la parità di peso del voto del *quavis de populo* rispetto al voto del militante di partito non privilegi affatto il primo rispetto al secondo nella gestione effettiva del potere: il *quavis de populo*, infatti, si limita a scegliere il militante cui affidare il potere legislativo o amministrativo, ma tra un'elezione e l'altra è il militante e lui soltanto ad esercitare il potere conferitogli, libero — se crede — di concordare le proprie scelte con i soli appartenenti al proprio partito e di non sottoporle di volta in volta alla platea generale degli elettori. Se, dunque, nel nostro ordinamento di democrazia rappresentativa il sistema elettorale non penalizza affatto i militanti di partito rispetto ai *quavis de populo* coll'attribuire a questi ultimi un pari diritto di voto, allo stesso modo un regime di verifica della rappresentatività sindacale che attribuisse a tutti i lavoratori un pari diritto di voto nella scelta dell'associazione da cui farsi rappresentare per un certo numero di anni non mortificherebbe affatto il ruolo di coloro che all'associazione danno vita dedicandole energie e risorse: perché nel periodo tra una consultazione sindacale e l'altra saranno questi a gestire sovranamente il mandato ricevuto.

**8.** Se si conviene sul punto che un intervento legislativo, sia pur “leggero”, su questa materia è indispensabile — non a detrimento dei principi di autonomia e di pluralismo sindacale, ma proprio per la salvaguardia di quei principi: v. ancora §§ 2 e 3 — e se si vuole arrivare a una soluzione del problema che possa essere condivisa da tutte le componenti principali del movimento sindacale, occorre comunque disattendere sia l'intransigenza del “movimentista” puro, sia quella dell’“associazionista” puro, per addivenire a un compromesso tra le due istanze. E a me sembra che il compromesso possa consistere soltanto in questo: — per un verso far salvo, tra una consultazione elettorale e l'altra, il potere di controllo e direzione dell'associazione sindacale sulla rappresentanza aziendale, conservando il rapporto organico tra di esse; e far salva la possibilità che, tra una scadenza elettorale e l'altra, l'associazione privilegi nelle proprie scelte i propri meccanismi di elaborazione e decisione interni rispetto agli strumenti dell'assemblea o del referendum, o viceversa questi rispetto a quelli; — per altro verso attribuire ai lavoratori (iscritti e non iscritti) il potere di determinare periodicamente il numero di rappresentanti sindacali aziendali di cui potrà disporre ciascuna associazione, e pertanto anche il potere di “punire”, al più tardi alla prima scadenza elettorale, l'associazione che abbia fatto cattivo

uso del consenso ricevuto nella consultazione precedente o comunque non abbia saputo farsi fedele interprete degli interessi della base.

In una congiuntura sindacale nella quale prevalga il dissenso tra le confederazioni maggiori, con conseguente negoziazione e sottoscrizione separata di contratti collettivi di vario livello, un meccanismo di questo genere di verifica della rappresentatività consentirà ai lavoratori di scegliere se conferire il potere di contrattare con effetti estesi all'intero settore o azienda all'associazione o coalizione che si colloca sulla linea più tradizionale o a quella che si colloca sulla linea più innovativa; a quella la cui politica rivendicativa presenta maggiori difficoltà di stipulazione del contratto, col rischio che il contratto non si stipuli affatto, oppure a quella la cui politica rivendicativa presenta prospettive di un accordo più facile; a quella che attribuisce maggior peso alla volontà assembleare o referendaria, oppure a quella che attribuisce maggior peso alle linee d'azione elaborate e scelte dai propri iscritti.

In tale congiuntura di divisione tra le confederazioni maggiori potrebbe anche accadere, ovviamente, che in un settore o in una azienda la maggioranza dei lavoratori attribuisca il potere di negoziare con effetti *erga omnes* a un sindacato la cui politica rivendicativa non consente la stipulazione del contratto. Ma è molto probabile che alla prima scadenza successiva proprio l'insuccesso di quella politica porti a un ribaltamento dei rapporti di forza tra i sindacati, nell'azienda o nel settore in questione. Una vicenda di questo genere gioverebbe non poco alla maturazione di un sindacalismo pragmatico e non ideologico: perché non potrebbe più accadere, come invece sta accadendo oggi nel nostro settore metalmeccanico:

- che l'autonomia collettiva possa essere esercitata da una parte del sindacato (Fim e Uilm) in una situazione di incertezza circa la sua rappresentatività maggioritaria e circa la latitudine del suo potere negoziale, essendole quindi preclusa la possibilità di eventuali riforme incisive della struttura del regolamento contrattuale (v. § 3 e ivi in particolare nota 3);
- che l'altra parte (Fiom) possa contestare la validità del contratto stipulato dalla prima, mobilitando contro di esso i lavoratori del settore;
- che i lavoratori stessi possano aderire alla mobilitazione proclamata dalla parte dissenziente, di fatto però beneficiando di quello stesso contratto che contestano.

9. In una congiuntura in cui prevalesse l'unità d'azione tra le confederazioni maggiori, un regime del tipo di quello sopra delineato sarebbe nondimeno utile non soltanto perché consentirebbe la soluzione dell'annoso problema dell'estensione *erga omnes* degli effetti dei contratti collettivi (sempreché si sia sempre dell'idea di risolverlo: v. in proposito il paragrafo seguente), ma anche perché episodi di dissenso tra le organizzazioni sindacali possono pur sempre verificarsi in singole aziende, settori marginali o situazioni locali; e in un quadro di regole precise che consentano l'individuazione dell'associazione o coalizione maggioritaria quegli episodi potrebbero essere risolti agevolmente.

Si osservi, peraltro, come in un contesto di unità d'azione possa prospettarsi anche la sperimentazione di un meccanismo di verifica periodica della rappre-

sentatività, del tipo di quello qui delineato, fondata su accordi collettivi aziendali, regionali, di settore o interconfederali, anche prima che si compia l'*iter* parlamentare della riforma legislativa della materia. Nulla vieta, infatti, che le confederazioni maggiori e ogni altra associazione disponibile stipulino con un imprenditore o un'associazione imprenditoriale un accordo-quadro — di cui in appendice può vedersi una possibile traccia — contenente:

— il regolamento della consultazione elettorale periodica e dell'attribuzione dei rappresentanti sindacali aziendali in proporzione ai consensi ricevuti da ciascuna associazione o coalizione;

— l'impegno di tutte le parti firmatarie a riconoscere come legittimata a contrattare con effetto esteso a tutti i rapporti di lavoro nell'azienda, o nella categoria coperta dall'accordo, la sola associazione o coalizione che disponga della maggioranza dei rappresentanti in seno alla stessa azienda, o della maggioranza dei consensi espressi nell'ambito della categoria.

Un accordo di questo genere non risolverebbe tutti i problemi inerenti all'estensione *erga omnes* degli effetti dei contratti collettivi; ma ne risolverebbe la maggior parte. E creerebbe comunque una cornice di regole del gioco, nell'ambito della quale anche le eventuali future divergenze di linea tra associazioni o tra confederazioni potrebbero esprimersi civilmente senza effetti laceranti. La sperimentazione contrattuale, qualora i risultati siano soddisfacenti, potrebbe essere seguita in un secondo tempo dalla generalizzazione del regolamento mediante intervento legislativo<sup>18</sup>.

**10.** In pratica, il regolamento — di fonte legislativa o contrattuale — potrebbe essere il seguente.

In ciascuna unità produttiva vengono indette, con cadenza biennale o triennale, le votazioni per il rinnovo delle rappresentanze sindacali; ciascuna associazione sindacale o unione di associazioni presenta la propria lista; i lavoratori esprimono il proprio voto di lista (come previsto dalla legge o dall'accordo-quadro) e la propria preferenza all'interno della lista (se così autonomamente disposto dall'associazione o coalizione presentatrice della lista stessa). A questo punto si stabilisce il numero di rappresentanti ottenuto da ciascuna associazione o unione di associazioni, e con questo si esaurisce l'adempimento di quanto previsto e regolato *dalla legge o dall'accordo-quadro*.

In una fase diversa (dal punto di vista istituzionale, ma non necessariamente dal punto di vista temporale, se le associazioni interessate decidono di procedere in tal senso) ciascuna associazione procede all'individuazione e designazione dei

<sup>18</sup> Su di una prospettiva di questo genere, di anticipazione e sperimentazione contrattuale del contenuto della riforma legislativa, v. ancora l'intervento di Caprioli, citato nella nota 8. V. invece, su questo punto, l'intervento nello stesso dibattito di Bordogna, *Quale regolazione per la rappresentanza sindacale?*, cit. nella nota 17, dove la soluzione contrattuale è vista come essenzialmente alternativa a quella legislativa: "l'esperienza comparata sembra suggerire che non esistono scorciatoie. O le parti sociali, e in primo luogo gli attori sindacali in competizione, sono in grado di gestire in qualche modo il dissenso attraverso regole condivise [...] o diventa inevitabile il ricorso a regole eteronome, per via legislativa".

propri rappresentanti, nel numero corrispondente ai voti di lista conseguiti, mediante lo scrutinio dei voti di preferenza eventualmente espressi dai lavoratori elettori e/o secondo altro criterio concorrente o alternativo: in questa fase logicamente distinta — ma, giova ripeterlo, ben suscettibile di svolgersi nello stesso tempo della prima — non si applica alcuna norma vincolante per la singola associazione, poiché la legge (o l'accordo-quadro) si astiene dal disciplinare questa fase; possono invece applicarsi norme di autoregolamentazione concordate tra le associazioni, oppure norme statutarie interne della singola associazione. Queste stesse norme possono, ovviamente, prevedere l'eventualità e disciplinare le modalità della sostituzione del singolo rappresentante nel corso del triennio.

Qualora un regolamento siffatto delle rappresentanze sindacali aziendali fosse previsto dalla legge, esso consentirebbe un'agevole soluzione del problema dell'estensione *erga omnes* degli effetti dei contratti collettivi, qualora il legislatore fosse ancora interessato a darvi soluzione: la legge stessa potrebbe infatti prevedere un meccanismo amministrativo di censimento permanente dei risultati delle consultazioni elettorali e stabilire che abbiano efficacia generalizzata nell'ambito di una categoria o azienda i contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali o unioni di associazioni che abbiano conquistato la maggioranza assoluta dei voti di lista dei lavoratori di quella categoria o azienda nelle ultime consultazioni.

Questa soluzione presuppone tuttavia la modifica dell'articolo 39 Cost.: il criterio di rappresentatività previsto dalla norma costituzionale, riferito esclusivamente al numero degli iscritti, deve infatti essere sostituito con il criterio riferito al censimento periodico dei consensi espressi da lavoratori iscritti e non iscritti. Sarebbe sufficiente, per consentire la riforma, l'abrogazione pura e semplice degli ultimi tre commi dell'articolo 39, a tutt'oggi inattuati: una modifica della Carta sulla quale non sarebbe difficile raccogliere amplissimi consensi in Parlamento<sup>19</sup>. Ma si può pensare anche a una nuova norma costituzionale che, sostituendo gli ultimi tre commi dell'articolo 39 con uno o due commi nuovi, sancisca il solo vincolo della rappresentatività maggioritaria ai contratti collettivi per l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes*.

Prevale nettamente, nella dottrina gius-sindacalistica, l'opinione secondo la quale questa seconda parte dell'articolo 39 è ispirata a una concezione superata del sistema delle relazioni sindacali: innanzitutto perché essa presuppone la preesistenza della "categoria" sindacale rispetto al contratto collettivo, mentre in qualsiasi sistema moderno, ispirato al principio della libertà sindacale, è il contratto collettivo e soltanto il contratto collettivo a definire sovranamente la "categoria" alla quale esso è destinato ad applicarsi; in secondo luogo perché la normativa in questione fa implicito riferimento a un sistema di contratta-

---

<sup>19</sup> E non è un'idea nuova: è la proposta conclusiva della nota prolusione di Mancini, *Libertà sindacale e contratti collettivi erga omnes*, in *RTDPC*, 1963, ora nella raccolta di scritti dello stesso A., *Costituzione e movimento operato*, Il Mulino, Bologna, 1976, 133-162.

zione collettiva esclusivamente di livello nazionale, ignorando qualsiasi articolazione della contrattazione stessa.

La non attuazione del meccanismo di registrazione delle associazioni sindacali e di contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes* delineato dagli ultimi tre commi dell'articolo 39 non è dunque soltanto conseguenza di una inerzia del legislatore ordinario, ma anche manifestazione di una inadeguatezza strutturale — largamente riconosciuta — di quel meccanismo rispetto alle esigenze del nostro sistema di relazioni sindacali. Ciò non toglie, però, che possa essere fatto salvo il principio fondamentale a cui con quel meccanismo il legislatore costituente volle dare attuazione: il principio, cioè, dell'attribuzione del potere di stipulare contratti collettivi con efficacia generale soltanto alle associazioni sindacali o loro coalizioni effettivamente rappresentative della maggioranza dei lavoratori interessati. Questo e soltanto questo è il principio che merita di assurgere al rango di norma costituzionale: fermo questo principio, è sicuramente preferibile che sia lasciato al legislatore ordinario il potere di decidere — ed eventualmente modificare o sostituire — il meccanismo attraverso il quale deve svolgersi la contrattazione collettiva perché i contratti possano avere efficacia generalizzata.

#### APPENDICE

##### I. - PROGETTO DI LEGGE COSTITUZIONALE

###### **Modifica dell'articolo 39 della Costituzione**

Articolo unico.

I commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 39 della Costituzione della Repubblica sono sostituiti dal seguente:

“La legge stabilisce le condizioni e le modalità con cui le associazioni sindacali dotate di rappresentatività maggioritaria possono stipulare contratti collettivi con efficacia estesa alla generalità dei rapporti di lavoro nell'ambito delle categorie determinate dai contratti stessi.”

##### II. - PROGETTO DI LEGGE ORDINARIA

###### **Disciplina delle rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro e della contrattazione collettiva con efficacia generale**

Art. 1. - *Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali.*

L'articolo 19 della legge 20 maggio 1970 n. 300 è sostituito dal seguente:

Art. 19. - *Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali.*

1. In ogni unità produttiva rispondente ai requisiti dimensionali di cui all'articolo 35 può essere costituito, a iniziativa dei lavoratori o delle rappresentanze sindacali aziendali già costituite secondo la normativa previgente, un organo unitario di rappresentanza delle associazioni sindacali composto:

- a) nelle unità produttive con meno di 201 dipendenti, da tre rappresentanti;
- b) nelle unità produttive di dimensioni maggiori, da un rappresentante ogni cento dipendenti o frazione di cento.

2. I rappresentanti sono distribuiti tra le associazioni sindacali, o loro coalizioni, in proporzione ai voti rispettivamente conseguiti in apposita consultazione elettorale, che dovrà svolgersi con cadenza almeno triennale. Per il conseguimento di un rappresentante è

necessario che l'associazione o coalizione di associazioni abbia ottenuto almeno un decimo dei voti espressi nelle unità produttive di cui alla lettera *a* del comma precedente e almeno un ventesimo dei voti espressi in quelle di cui alla lettera *b*. La ripartizione dei seggi avviene per il resto secondo le disposizioni contenute nel regolamento allegato all'accordo interconfederale 18 aprile 1966 per la costituzione e il funzionamento delle commissioni interne.

3. La prima consultazione elettorale è indetta e organizzata dalle rappresentanze sindacali aziendali già costituite nell'unità produttiva secondo la normativa previgente; le consultazioni successive dall'organo unitario di rappresentanza, nel periodo intercorrente fra il sessantesimo e il quindicesimo giorno precedente alla scadenza del triennio dall'insediamento. Qualora nell'unità produttiva non siano costituite rappresentanze, all'indizione e organizzazione delle elezioni provvede la Direzione provinciale del lavoro, su richiesta dei lavoratori interessati. Alla stessa Direzione compete, su richiesta dei lavoratori interessati, la sorveglianza sulla correttezza dello svolgimento delle operazioni elettorali negli altri casi.

4. Alle votazioni hanno diritto di partecipare tutti i lavoratori dipendenti dall'unità produttiva, compresi i titolari di contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

5. Ciascuna associazione sindacale o coalizione di associazioni che abbia diritto a un rappresentante nell'organo unitario di cui al primo comma procede alla designazione del rappresentante stesso, scelto tra i dipendenti dell'unità produttiva, mediante comunicazione alla direzione aziendale e affissione negli appositi spazi di cui all'art. 25 della legge 20 maggio 1970 n. 300. Allo stesso modo il rappresentante può essere sostituito dall'associazione, secondo le sue norme statutarie.

6. Ai fini dei suoi rapporti con la direzione aziendale e con i terzi l'organo unitario di rappresentanza è domiciliato presso l'unità produttiva.

#### *Art. 2. - Permessi retribuiti.*

L'articolo 23 della legge 20 maggio 1970 n. 300 è sostituito dal seguente:

#### *Art. 23. - Permessi retribuiti.*

1. Nelle unità produttive di cui alla lettera *a* dell'articolo 19 ciascun rappresentante sindacale ha diritto a otto ore di permesso retribuito ogni mese.

2. Nelle unità produttive di cui alla lettera *b* dell'articolo 19 ciascun rappresentante sindacale ha diritto a quattro ore di permesso retribuito ogni mese.

#### *Art. 3. - Coordinamento con la normativa previgente.*

1. Nel titolo III della legge 20 maggio 1970 n. 300 e in ogni altra legge successiva:

— l'espressione "rappresentanza sindacale aziendale" si intende riferita all'insieme dei rappresentanti di ciascuna associazione sindacale, in seno all'organo unitario di rappresentanza di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge;

— l'espressione "dirigente di rappresentanza sindacale aziendale" si intende riferita al singolo rappresentante facente parte dell'organo stesso.

2. Negli articoli 4 e 6 della legge 20 maggio 1970 n. 300 e in ogni altra legge che attribuisca alle "rappresentanze sindacali aziendali" poteri negoziali, diritti di informazione, o altre prerogative, tale attribuzione deve intendersi riferita all'organo unitario di rappresentanza.

#### *Art. 4. - Contrattazione collettiva aziendale.*

1. L'organo unitario di rappresentanza aziendale può stipulare su qualsiasi materia contratti collettivi, con efficacia nei confronti di tutti i dipendenti dell'unità produttiva, deliberando la stipulazione stessa con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei propri membri.

2. Con la stessa maggioranza l'organo unitario di rappresentanza può deliberare il recesso da un contratto collettivo stipulato nella stessa unità produttiva in precedenza, quando il contratto stesso non abbia un termine di scadenza. In tal caso, come in caso di recesso dell'imprenditore, il contratto collettivo cessa di produrre effetto nel momento in cui il recesso viene comunicato alla parte non recedente.

Art. 5. - *Contrattazione collettiva extra-aziendale.*

1. Il ministro del lavoro e della previdenza sociale cura la rilevazione costante dei risultati delle consultazioni elettorali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, nonché la rilevazione costante dei dati relativi alla adesione delle imprese alle rispettive associazioni, pubblicandone periodicamente i dati di sintesi in apposito bollettino ufficiale, a livello provinciale, regionale e nazionale.

2. Sulle controversie concernenti i dati pubblicati dal ministero del lavoro e della previdenza sociale a norma del primo comma è competente il Tribunale amministrativo della regione alla quale i dati contestati si riferiscono.

3. Le disposizioni concernenti il rapporto individuale di lavoro e non contrastanti con norme inderogabili di legge, contenute nel contratto collettivo stipulato, da un lato, da associazioni che abbiano l'adesione dei datori di lavoro che occupano la maggioranza assoluta dei lavoratori nell'ambito territoriale e nel settore ai quali il contratto stesso intende applicarsi, dall'altro lato, da associazioni sindacali dei lavoratori o coalizioni di esse che, complessivamente considerate, abbiano conseguito la maggioranza assoluta dei voti nelle consultazioni elettorali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970 n. 300 nell'ambito territoriale e nel settore ai quali il contratto stesso intende applicarsi, è efficace e vincolante nei confronti di tutti i datori di lavoro e i lavoratori appartenenti a quel settore, in quell'ambito territoriale.

Art. 6. - *Controversie giudiziali.*

1. Per tutte le controversie nascenti tra associazioni sindacali o datoriali in relazione all'applicazione della presente legge si applica il rito speciale del lavoro di cui agli articoli 414 e seguenti del codice di procedura civile.

2. La legittimazione ad agire per la repressione del comportamento antisindacale del datore di lavoro, a norma dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970 n. 300, compete, oltre che agli organismi locali territoriali delle associazioni sindacali interessate, anche all'organo unitario di rappresentanza di cui all'articolo 19 della stessa legge, il quale delibera la promozione dell'azione con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei propri membri.

Art. 7. - *Entrata in vigore.*

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica Italiana.

III. - SCHEMA DI ACCORDO-QUADRO COLLETTIVO  
SUL RIASSETTO DELLE RELAZIONI SINDACALI IN AZIENDA

Oggi,..... 2004, tra

— la S.p.A....., in persona di....., da qui in avanti indicata come "la Società" e le Organizzazioni sindacali:

— ...	— ...	— ...
— ...	— ...	— ...
— ...	— ...	— ...

si è convenuto quanto segue.

PREMESSO

che le Parti concordano sulla necessità di porre in essere un sistema di relazioni aziendali fondato sul principio della partecipazione di tutte le Organizzazioni sindacali all'esercizio dell'autonomia negoziale collettiva con peso proporzionato alla rispettiva rappresentatività effettiva

## SI CONVIENE

1. *Durata dell'accordo* — Il presente accordo ha carattere provvisorio e sperimentale. Esso pertanto vincola le Parti soltanto per la durata di un quadriennio dalla data della stipulazione.

2. *Numero complessivo dei dirigenti delle r.s.a.* — La Società si impegna nei confronti delle Organizzazioni sindacali firmatarie a riconoscere quali dirigenti delle rispettive rappresentanze aziendali (ex artt. 19 e 23 della legge 20 maggio 1970 n. 300) n. \*\*\* lavoratori dipendenti dalla Società, distribuiti fra le Organizzazioni stesse secondo i criteri di cui agli articoli seguenti.

3. *Distribuzione dei dirigenti delle r.s.a.* — La distribuzione dei dirigenti tra le r.s.a. delle Organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo avverrà secondo un criterio di rigorosa proporzionalità, in relazione ai voti conseguiti da ciascuna Organizzazione, o coalizione di Organizzazioni, in una consultazione elettorale che si terrà entro venti giorni dalla stipulazione del presente accordo e poi nuovamente nel ventiquattresimo mese successivo.

4. *Comitato elettorale* — La consultazione elettorale si svolgerà nel corso di un'unica giornata e in un collegio unico aziendale, nel quale l'elettorato attivo sarà riconosciuto a ciascuno dei dipendenti della Società, ivi compresi i collaboratori coordinati e continuativi e i lavoratori a progetto, con la sola esclusione dei dirigenti. La distribuzione dei seggi elettorali decentrati, la loro composizione, la nomina degli scrutatori, la data della consultazione e le modalità di formazione e compilazione dei registri degli elettori, nonché di raccolta, scrutinio e trasmissione dei voti, saranno decise da un Comitato elettorale costituito da un delegato designato da ciascuna delle Organizzazioni firmatarie, nonché da un delegato designato dalla Direzione aziendale con funzione soltanto consultiva.

5. *Schede elettorali ed espressione del voto* — Il Comitato elettorale curerà la predisposizione, a spese della Società, delle schede elettorali, l'autenticazione (mediante timbro e firma di almeno due suoi membri) e l'invio tempestivo delle stesse a ciascun seggio in plico sigillato. In ciascuna scheda comparirà uno spazio per il simbolo e la sigla di ciascuna delle Organizzazioni firmatarie del presente accordo, o per ciascuna coalizione di Organizzazioni. Il voto verrà espresso, con modalità che ne garantiscano la segretezza, mediante una croce apposta nello spazio dell'Organizzazione prescelta.

È facoltà di ciascuna delle Organizzazioni sindacali o di gruppi di esse disporre affinché nella scheda elettorale sia possibile al lavoratore esprimere, oltre alla scelta dell'associazione o coalizione di associazioni, anche una o più preferenze nominative.

6. *Sistema elettorale* — Entro i tre giorni successivi allo svolgimento della consultazione, il Comitato elettorale procederà alla determinazione del numero di dirigenti di r.s.a. spettanti a ciascuna Organizzazione nel modo seguente. Si calcherà la somma di tutti i voti validi e la si dividerà per un divisore pari al numero complessivo dei posti, di cui al § 2; si dividerà il numero dei voti conseguiti da ciascuna Organizzazione per il numero risultante dall'operazione precedente. Si assegnerà quindi a ciascuna Organizzazione un numero di dirigenti di r.s.a. pari al numero intero risultante dalla seconda divisione. Si procederà infine all'assegnazione dei posti residui, per raggiungere il numero complessivo, alle Organizzazioni che abbiano conseguito i resti maggiori.

7. *Proclamazione del risultato elettorale* — Il risultato della consultazione sarà verbalizzato e comunicato immediatamente in forma scritta dal Comitato elettorale alle Organizzazioni sindacali e alla Direzione aziendale.

8. *Nomina dei dirigenti sindacali* — In seguito alla comunicazione di cui all'articolo precedente, ciascuna Organizzazione o coalizione di Organizzazioni nominerà i propri dirigenti di r.s.a., sulla base di una libera determinazione delle modalità di scelta, nonché della distribuzione territoriale e funzionale degli stessi, in numero pari a quello assegnato



a norma degli articoli che precedono, e ne darà comunicazione scritta alla Direzione aziendale.

La corrispondenza tra la nomina di cui al comma precedente e il numero dei voti di preferenza espressi dai lavoratori nella consultazione elettorale è materia di competenza esclusiva dell'Organizzazione, o della coalizione di Organizzazioni, la quale si sia avvalsa della facoltà di cui al secondo comma del § 5.

9. *Permessi sindacali* — A ciascuna Organizzazione firmataria del presente accordo sarà assegnato un monte-ore annuo di permessi sindacali retribuiti pari a n° \*\*\* ore moltiplicate per il numero di dirigenti di r.s.a. conseguiti mediante la consultazione elettorale. A detto monte-ore l'Organizzazione potrà attingere anche per consentire lo svolgimento di attività sindacale a membri della propria r.s.a. diversi dai dirigenti di cui all'art. 8.

10. *Contrattazione collettiva aziendale* — Dal momento della comunicazione del risultato elettorale di cui all'art. 7, la Società si impegna a stipulare contratti o accordi collettivi aziendali soltanto con Organizzazioni alle quali, complessivamente considerate, appartenga la maggioranza dei dirigenti di r.s.a. di cui all'art. 8. Le Organizzazioni firmatarie del presente accordo e la Società si impegnano a cercare lealmente e con ogni mezzo le soluzioni che consentano la sottoscrizione unitaria di ciascun contratto.

Fermo il suddetto impegno di solidarietà reciproca delle Organizzazioni sindacali e ricerca della soluzione unitaria, esse comunque accettano e rispettano la volontà negoziale che ciononostante dovesse formarsi secondo il principio di maggioranza e pertanto riconoscono come efficace nei confronti di tutti i lavoratori dipendenti dalla Società il contratto o accordo aziendale stipulato, secondo tale principio, con il consenso pieno delle Organizzazioni cui appartenga la maggioranza dei dirigenti di r.s.a. di cui all'art. 8. In tal caso l'eventuale — e non necessaria — sottoscrizione anche da parte delle Organizzazioni dissenzienti avverrà con menzione ed eventuale motivazione del loro dissenso di merito manifestatosi nella fase di negoziazione.

Nel caso di cui al comma precedente, per la durata dell'accordo o contratto le Organizzazioni dissenzienti non promuoveranno scioperi in riferimento alle materie costituenti oggetto del contratto o accordo stesso.

11. *Norma transitoria* — Qualora prima del termine di cui all'art. 1 né la Società né alcuna delle Organizzazioni sindacali firmatarie abbiano dato disdetta del presente accordo, esso continuerà a produrre i propri effetti — salva la facoltà di recesso di ciascuna delle Parti — fino all'entrata in vigore di un nuovo accordo sulla stessa materia. Qualora gli effetti del presente accordo vengano prorogati, allo scadere di ciascun biennio si procederà comunque a una nuova consultazione elettorale per la distribuzione dei dirigenti di r.s.a.

12. *Nuove adesioni* — Ciascuna delle Organizzazioni sindacali che non abbiano sottoscritto il presente accordo potrà farlo in qualsiasi momento, previo accordo con le Organizzazioni firmatarie originarie e con la Direzione aziendale circa il riconoscimento transitorio di dirigenti di r.s.a. e il monte-ore di permessi retribuiti disponibile in attesa della nuova consultazione elettorale.

13. *Soluzione delle controversie applicative* — Qualsiasi contestazione circa l'esito delle elezioni o comunque circa l'applicazione del presente accordo sarà decisa da un arbitro unico nominato concordemente dalle Parti o — in difetto di accordo tra di esse — dal Presidente della Sezione Lavoro del Tribunale di \*\*\*\*\* su richiesta di una delle Parti medesime, senza alcun vincolo procedurale salvo quello di sentire in contraddittorio tra loro la Direzione aziendale e tutte le Organizzazioni interessate.

## Per una rilettura dei temi sulla titolarità del diritto di sciopero. La titolarità collettiva come presupposto del modello autoregolato.

Giovanni Pino

*Sommario:* **1.** Premessa. — **2.** Conflitto e sciopero, norme costituzionali e titolarità. Le linee generali del dibattito. — **3.** Ancora sullo sciopero come diritto soggettivo potestativo. — **4.** Lo sciopero come diritto assoluto della persona o come diritto pubblico di libertà. La funzione garantista di tale impostazione. — **5.** Le ragioni, e le contraddizioni, della titolarità individuale del diritto di sciopero. La titolarità individuale come possibile limite dello sviluppo del diritto di sciopero. — **6.** *Segue:* le contraddizioni della ricostruzione *dicotomica* del diritto di sciopero, tra titolarità ed esercizio. — **7.** *Segue:* per una ricostruzione unitaria sotto il profilo della titolarità ed esercizio. La disponibilità del diritto come fatto interno alla sfera del soggetto collettivo. — **8.** La nozione di titolarità collettiva. Il riferimento all'interesse collettivo protetto. — **9.** *Segue:* ancora sull'interesse collettivo. Gli ulteriori requisiti per la titolarità collettiva. — **10.** La titolarità collettiva nella lettura delle norme costituzionali. — **11.** La titolarità collettiva del diritto di sciopero negli interventi legislativi. — **12.** *Segue:* titolarità collettiva e normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. — **13.** *Segue:* titolarità collettiva del diritto e *responsabilità* da sciopero *ex* legge n. 146/1990 e successive modifiche. — **14.** *Segue:* la titolarità collettiva nel regime delle impugnazioni della legge n. 146/1990 e successive modifiche.

**1.** Sul tema della titolarità del diritto di sciopero si è, probabilmente, avvertito di più il divario tra impostazione dogmatica e prassi concreta. Il titolare del diritto sancito nell'articolo 40 della Costituzione, alla stregua di altri diritti di pari rango, è stato tradizionalmente e prevalentemente (e, si può dire, in modo trasversale, vale a dire da parte di studiosi del diritto sindacale di diversa formazione) individuato nel singolo lavoratore; anche se, poi, nei fatti, l'utilizzo di esso, e dunque la concreta disponibilità, sono rimasti sempre tra le prerogative del soggetto collettivo.

A tale impostazione tradizionale ha, indubbiamente, contribuito la brevità del testo dell'articolo 40, come scelta finale del Costituente di non positivizzare in modo articolato il contenuto del diritto, optando per un generico *rinvio*, a future leggi di attuazione. Si tratta di una scelta che, come è noto, venne ad affermarsi in alternativa ad una diversa formulazione della norma (approvata in sede di I Sottocommissione e presentata in Commissione plenaria), dal contenuto più articolato e in stretta connessione con il precedente articolo 39, con la quale il diritto di sciopero veniva garantito a *tutti i lavoratori*, deman-

---

\* Giovanni Pino è membro della Segreteria della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali — Assistenza all'attività istituzionale.

dando al legislatore regole più precise in materia di modalità di esercizio, di procedure di proclamazione e di preventiva conciliazione e mantenimento di servizi essenziali<sup>1</sup>. In tal modo, la norma sullo sciopero, si poneva in stretta connessione con il precedente articolo 39, per il quale fu, invece, conservata una formulazione rivolta ad una maggiore definizione dei contenuti dell'autonomia collettiva e, soprattutto, ad identificare i soggetti titolari delle attribuzioni, in essa previste, attraverso un meccanismo di selezione della rappresentatività.

Tenteremo, di seguito, una riflessione più generale, ripercorrendo i tratti salienti del dibattito dottrinale e cercando di evidenziarne le ragioni e i punti critici, ben sapendo che le linee generali del dibattito sullo sciopero (e, principalmente, sulla titolarità del diritto) poco si prestano a classificazioni dottrinali cronologiche rigide e, pertanto, opinioni attuali sono facilmente riscontrabili in elaborazioni sviluppate negli anni Cinquanta e viceversa<sup>2</sup>. Si può anche aggiungere che le posizioni dottrinali non sempre hanno conservato una immarcescibile coerenza nel tempo, prestandosi spesso a *revisionismi*, comunque, sempre densi di interesse. L'intento rimane, tuttavia, quello di contribuire ad una ricostruzione che si muova verso il superamento della concezione dello sciopero come diritto a titolarità individuale, una ricostruzione che, a parer nostro, si rende necessaria, anche, per poter consolidare quella opzione regolativa del conflitto che trae origine da fonti, prevalentemente, provenienti dall'autonomia collettiva. Se è vero come è vero, che in capo al soggetto collettivo è rimessa la titolarità della contrattazione collettiva, la soluzione della regolamentazione contrattuale del conflitto e dello sciopero può ritenersi effettivamente credibile se a tale soggetto collettivo si riconosce la titolarità di tali diritti, solo il titolare di un diritto, potrebbe, infatti, disporre contrattualmente la sua regolamentazione.

**2.** Conviene, preliminarmente, soffermarsi sulla contraddizione che deriva dall'impostazione tradizionale, in tema di titolarità, allorché essa si riferisca al conflitto nella sua generalità, o in particolare allo sciopero.

A ben guardare, nell'articolo 39 può essere individuata la scelta dei Costituenti verso il recepimento e la garanzia dei profili inerenti il conflitto, nell'ambito dell'Ordinamento costituzionale. Il conflitto, infatti, viene a strutturarsi nell'ambito del sistema di relazioni collettive e di comportamenti negoziali reciprocamente condizionati<sup>3</sup>, configurando i possibili momenti di criticità di tale sistema. È il concetto stesso di relazioni industriali che può ritenersi strettamente collegato con il fenomeno del conflitto: relazioni industriali come

---

<sup>1</sup> La formulazione era stata elaborata da Togliatti, in *Atti Assemblée Costituente, Adunanza plenaria*, seduta del 14 gennaio 1947.

<sup>2</sup> Gaeta, *Lo sciopero come diritto*, in D'Antona (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene Napoli, 1990, 404; la relatività di una rigida distinzione in periodi è stata posta da F. Carinci, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971, 2.

<sup>3</sup> Si veda la trattazione di Grandi, *Sciopero, prevenzione del conflitto e servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 1999, n. 3, 257 ss.

regolazione del conflitto nell'accezione ampia, di origine anglosassone che individua nel termine *industry* in generale i vari settori delle attività produttive<sup>4</sup>. Scriveva Kahn-Freund che è principalmente il conflitto ad animare le relazioni industriali e a costituirne un punto di riferimento irrinunciabile; mentre, invece, lo sciopero rimane uno strumento necessario, una sanzione estrema senza la quale il potere negoziale dei sindacati mancherebbe di credibilità, ma comunque rinunciabile<sup>5</sup>.

Dunque il sistema di relazioni industriali e il conflitto collettivo rimangono strettamente connessi, innanzitutto con le esigenze di tutela della libertà di organizzazione sindacale<sup>6</sup> e trovano la loro principale fonte di regolazione nella autonomia collettiva. E l'esigenza di comprendere, nell'ambito di una moderna Costituzione repubblicana, una norma di riferimento per una incentivazione delle relazioni industriali e dell'attività sindacale, del processo negoziale, nonché del conflitto ad esso sottostante<sup>7</sup>, si può dire soddisfatta con l'articolo 39 della Costituzione, disposizione che si propone l'affermazione delle rinnovate esigenze di democrazia del nuovo ordinamento e che, come evidenziato da Gino Giugni in sede di commento dell'articolo 39, "definisce anzi uno dei tratti essenziali del regime costituzionale"<sup>8</sup>. Tale norma, dunque, deve intendersi quale norma di riferimento per la tutela costituzionale del conflitto collettivo, e non il successivo articolo 40, il quale *si limita* a conferire tutela costituzionale a quella che è solo una fase (certo tra le più significative) del conflitto industriale.

Ciò premesso, vediamo come la titolarità dei diritti di libertà sindacale e delle prerogative che derivano dall'articolo 39, vale a dire la titolarità a predisporre le regole collettive che andranno a governare il conflitto e la prassi delle relazioni industriali, è stata, opportunamente e senza esitazione, ricondotta

<sup>4</sup> Reynaud, *Sociologia dei conflitti di lavoro*, Dedalo, Bari, 1984, 108; Garofalo, Genova, *Lo sciopero*, Utet, Torino, 1984; Cella, Voce *Sciopero e serrata*, in *Enc. Scienze Sociali*, Treccani, 1997, vol. VII, 679; Dahrendorf, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari, 1971; Id., *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Bari, 1989; Bordogna, Provasi, *La conflittualità*, in Cella, Treu (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, Il Mulino, Bologna, 1998, 331 ss.

<sup>5</sup> Kahn-Freund, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *Politica sindacale*, 1960, n. 1, 9 ss.; Id., *Labour and the law*, Steven and Sons, London, 1983 (1972), 291 ss., (ed. italiana *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974); la ricostruzione dello sciopero come sanzione dell'ordinamento intersindacale, in Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960; ed ancora, Cella, Treu, Voce *Relazioni industriali*, in *Enc. del Novecento*, Istituto Enc. Italiana, 1989, vol. VIII, 887 ss.

<sup>6</sup> Oltre a Grandi, *op. cit.*, 257 ss., si veda per un inquadramento più generale, Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1967 e 1972; Cella, *Il sindacato*, Laterza, Bari, 1999; Dell'Olio, Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in Mazzoni (a cura di), *Enc. giur. lavoro*, Cedam, Padova, 1980; Dell'Olio, Voce *Sindacato*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1990, vol. XLII, 668 ss., e Biagi, *Sindacato, democrazia conflitto*, Giuffrè, Milano, 1986; si veda altresì Bernigon, Guido, *Les principes de l'OIT sur le droit de grève*, in *RIT*, 1988, 473.

<sup>7</sup> Cfr. Cella, *Sciopero e serrata*, cit., 685.

<sup>8</sup> Giugni, *Sub articolo 39*, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, 260.

nella sfera del soggetto collettivo e non del singolo lavoratore. Mentre, invece, per il diritto di sciopero, sancito nel successivo articolo 40, è prevalsa un'impostazione che riconduce questo tra i diritti della persona, come se esso fosse simile al diritto di proprietà o di iniziativa economica. Si tratta di una ricostruzione che, come è noto, è stata, in qualche modo, mitigata con forme di concessione in termini collettivi, sotto il profilo dell'esercizio del diritto.

Insomma, senza particolari problemi si è riconosciuta la titolarità collettiva del conflitto, nella sua ampia accezione; mentre, invece, per quel che riguarda lo sciopero, si è argomentato in termini individualistici. Eppure, la consecuzione delle due norme non dovrebbe essere considerata una mera casualità, essendo alquanto verosimile che, nell'originario disegno costituzionale, il diritto di sciopero si muova da una configurazione della sua titolarità rimessa sostanzialmente al soggetto collettivo, come un naturale completamento di quanto predisposto nella norma precedente. In pratica una sorta di strumento complementare all'autonomia collettiva e in tal senso, probabilmente, potrebbe giustificarsi, anche, la scelta del Costituente di omettere qualsiasi riferimento alla sua titolarità<sup>9</sup>.

Vero è, altresì, che tale lettura consequenziale delle norme avrebbe finito per porre in essere una visione dello sciopero limitatamente connessa alle vicende contrattuali: a seguito della registrazione del sindacato — dunque del riconoscimento della sua personalità giuridica e della capacità di stipulare contratti, aventi efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali gli stessi sono riferiti — tale soggetto collettivo, formalmente costituito, avrebbe potuto ricorrere all'arma dello sciopero, quale estremo strumento di pressione, per l'ottenimento di migliori condizioni contrattuali. E infatti, non è forse del tutto improbabile l'intenzione di contenere i margini di esercitabilità dello sciopero, in modo di evitare quel *rischioso* collegamento fra tale azione di lotta collettiva, ora riconosciuta tra i diritti costituzionali, con gli squilibri economico-sociali.

Che questa impostazione culturale, rivolta a circoscrivere l'eventuale illimitatezza del diritto di sciopero, fosse ben viva in buona parte della cultura giuridica del tempo, è ben deducibile dai primi testi, negli anni Cinquanta, dei progetti attuativi della norma costituzionale<sup>10</sup>, che si muovevano nella prospettiva di riconoscere tale diritto soltanto a fronte di controversie aventi ad oggetto la formazione o la modificazione delle condizioni di lavoro disciplinate dal contratto collettivo. Qualsiasi altra astensione dal lavoro era da considerarsi

<sup>9</sup> Mengoni, *Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti*, raccolto in Mengoni, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, 307, 310 ss.

<sup>10</sup> Il più noto rimane il progetto Rubinacci, ma ve ne furono anche degli altri, come ad es. quello presentato da Segni nel 1951 "Modificazioni agli articoli 253, 499, 508 e 633 del codice penale", o ancora dal Guardasigilli Adone Zoli "Modificazioni al codice penale", del 1952, i quali, tutti, prevedevano ipotesi di inasprimento delle sanzioni; si rinvia a Mariucci, *Lo sciopero nella storia dei progetti di regolamentazione legislativa (1944-1972)*, in Romagnoli, Mariucci, Treu, Ricciardi, *Lo sciopero. Dalla Costituzione all'autodisciplina*, Il Mulino, Bologna, 1975, 35 ss., e Craveri, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Il Mulino, Bologna, 1977, 359 ss.

come arbitraria e, come tale, integrava una giusta causa per la risoluzione immediata del rapporto <sup>11</sup>.

In tale contesto, viene a collocarsi la prima ricostruzione dottrinale del diritto di sciopero, nell'Italia repubblicana, che ha avuto in Francesco Santoro Passarelli la sua maggiore espressione. In essa dall'articolo 40 della Costituzione deriva un diritto potestativo di natura individuale, così qualificato proprio per la particolare potestà, riconosciuta al titolare del diritto, di determinare la sospensione dell'adempimento degli obblighi contrattuali mediante la manifestazione di volontà che coincide con la proclamazione dello sciopero. Tale diritto rimane, comunque, qualificato, sia dal richiamo all'interesse collettivo, necessario per ritenere sciopero quella che, altrimenti, sarebbe solo una pluralità di astensioni individuali dal lavoro; sia dall'ulteriore requisito dell'interesse professionale, strettamente connesso con il rapporto di lavoro <sup>12</sup>. Una potestà, dunque, di modificare, temporaneamente e unilateralmente, un rapporto giuridico, senza che l'altra parte del rapporto (quella datoriale) possa in alcun modo impedire tale modificazione temporale, venendosi in tal modo a trovare in una sorta di oggettiva situazione di soggezione <sup>13</sup>.

Si tratta di una impostazione dogmatica che condiziona, da subito e in modo restrittivo, il dibattito dottrinale, il quale rimane defatigato nello sforzo proteso a far sì che il nuovo diritto costituzionale di sciopero possa "armonicamente coordinarsi nel diritto delle obbligazioni e in un perfetto schema giuridicizzato dei rapporti collettivi" <sup>14</sup>. Ma l'esercitabilità stessa del diritto risulta fortemente limitata e condizionata dalla circostanza che la pretesa, avanzata con l'esercizio di esso, debba poi essere necessariamente (e unicamente) soddisfatta dal datore di lavoro e che, dunque, vada ricondotta esclusivamente nel rapporto di lavoro subordinato, non discostandosi, in tal modo, dalla definizione più classica dello sciopero inteso come mera sospensione della prestazione lavorativa.

Da qui le forti limitazioni ipotizzate da parte della dottrina, quali ad esempio il non configurare *tout court* come legittimo l'esercizio del diritto di sciopero in costanza di un valido contratto collettivo di lavoro, ipotizzando la possibilità di ricorrere a tale forma di azione diretta solo dopo aver ottenuto, con un procedimento davanti al giudice, l'eventuale risoluzione anticipata del contratto stesso; o ancora, l'esclusione del ricorso all'esercizio legittimo del diritto

---

<sup>11</sup> Si veda Scotto, *Tregua sindacale e diritto di sciopero*, in *MGL*, 1971, 248; Scognamiglio, *La disciplina negoziale del diritto di sciopero*, in *RDL*, 1972, I, 351 ss., ora raccolto in Scognamiglio, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998, vol. II, 1657.

<sup>12</sup> Si rinvia ai saggi di F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *Riv. It. Scienze giuridiche*, 1949, 138, e successivamente in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, 199; e Id., *Voce Autonomia collettiva*, in *Enc dir*, Giuffrè, Milano 1959, IV, 369; nonché Id., *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1985, 64 ss.

<sup>13</sup> Riserve, in tal senso, collegate alla ricostruzione dello sciopero come diritto di libertà, in Suppiej, *Diritto di sciopero e potestà di sciopero nel sistema della Costituzione*, in *RDL*, 1965, I, 3 ss.

<sup>14</sup> Così Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, Feltrinelli, Milano, 1960, 168-169.

di sciopero sarebbe tutte le volte in cui si controverta sull'interpretazione del contratto collettivo, dal momento che, in tal caso, è possibile, intanto, adire il giudice, ancor prima di ricorrere a forme di lotta estrema<sup>15</sup>.

In verità, anche i primi interventi della Corte costituzionale, negli anni Sessanta, in tema di diritto di sciopero non possono ritenersi non condizionati da questa impostazione culturale di fondo: la scelta definitoria di interpretare il diritto in questione quale "astensione totale dal lavoro da parte di più lavoratori subordinati al fine della difesa dei loro interessi economici", adottata nelle sentenze n. 123/1962 e n. 124/1962<sup>16</sup>, sintetizza in modo significativo quanto si è sopra descritto.

Tale orientamento restrittivo, originariamente assunto dai giudici della Consulta, si ritrova anche nelle decisioni relative al giudizio di costituzionalità degli articoli 330 e 333 del codice penale, per le quali, come è noto, la Corte non ha mai accolto le eccezioni in proposito proposte. Tali norme, infatti, sono state abrogate in occasione del primo intervento del legislatore sullo sciopero relativo ai servizi pubblici essenziali (la legge n. 146/1990). Qui la Corte ha inteso ricondurre lo sciopero in un contesto sostanzialmente economico, proprio escludendo che con esso si possa compromettere la tutela di taluni beni e servizi quali la salute delle persone e/o la sicurezza dello Stato e, dunque, riconoscendolo solo per i lavoratori non addetti a quei servizi<sup>17</sup>.

Il punto di svolta è rappresentato dalle sentenze n. 1/1974 e n. 290/1974, in materia di sciopero politico, poi riconfermate, in senso accrescitivo, nove anni dopo con la n. 165/1983<sup>18</sup>. Riconoscendo l'esigenza dell'Ordinamento di tutelare lo sciopero, prima come libertà e, successivamente, pienamente come diritto, anche quando esso si manifesti al di fuori di qualsivoglia dinamica economico-contrattuale, la Corte ha dato un fondamentale contributo al passaggio da una concezione strettamente potestativa, ad una considerazione dello sciopero come diritto sociale<sup>19</sup>. In tale prospettiva, come è stato lucidamente rilevato<sup>20</sup>, il principio di utilità sociale, espressamente previsto nel comma 2 dell'articolo 41 della Costituzione relativamente all'iniziativa economica privata, viene indirettamente esteso anche all'azione sindacale in connessione ai

<sup>15</sup> Si veda Mazzoni, *La nuova legge sindacale e il diritto di sciopero*, in *CA*, 1949, I, 1045; ivi, Jannitti, Piromallo, *Sciopero, Costituzione e Ordinamento giuridico*, 1955, I, 1053; Sermoniti, *Sul diritto di sciopero e di serrata*, in *DL*, 1948, I, 135; si rinvia altresì alla ricostruzione di Pera, *Problemi costituzionali del diritto sindacale italiano*, cit., 169 ss.

<sup>16</sup> La sentenza n. 123, come è noto, riguardava la figura dello sciopero di solidarietà e la sentenza n. 124 era relativa all'astensione dei lavoratori marittimi, vedile in *FI*, 1963, I, c. 1 ss.

<sup>17</sup> Vedi Corte cost. n. 31/1969, in *FI*, 1969, I, 795; su tali orientamenti della Corte il contributo di F. Carinci, *Tecnica e politica nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero e serrata*, in *RTDPC*, 1970, 911.

<sup>18</sup> In *FI*, 1974, I, c. 299 ss.; ivi, 1975, I, c. 259, e ivi, 1983, I, 1797, in particolare con la sentenza n. 1/1974, la Consulta timidamente accenna allo sciopero come, in generale, strumento di difesa di interessi comuni, anche se poi tale affermazione è comunque ricondotta *lato sensu* ad interessi economici tutelati nel titolo III della Costituzione.

<sup>19</sup> Si rinvia alla ricostruzione di Pinto, *Voce Sciopero*, in *DDPcom*, Utet, Torino, 1997, 237 ss.

<sup>20</sup> Ghera, *La corte costituzionale e il diritto sindacale*, in Bortone (a cura di), *Giustizia costituzionale e relazioni industriali*, Cacucci, Bari, 1990, 107.

principi della solidarietà sociale che stabiliscono il prevalere dell'interesse generale sull'autotutela degli interessi di categoria.

L'ulteriore passo in avanti dei giudici costituzionali, verso il riconoscimento dell'esercizio del diritto di sciopero, anche oltre la fattispecie del lavoro subordinato e, dunque, come azione collettiva esercitabile anche al di fuori del vincolo della subordinazione e pure in assenza di condizione di sottoprotezione sociale<sup>21</sup>, dimostra, in tutta la sua evidenza, il fondamentale ruolo di supplenza giuridico-politica e di normazione extra-legislativa svolto dalla Corte, anche in riferimento alla determinazione dei limiti c.d. interni ed esterni al diritto in questione.

**3.** La titolarità individuale del diritto di sciopero viene, tradizionalmente, ricostruita attraverso la separazione della fase della *proclamazione* da quella dell'*attuazione*. A quest'ultima si guarda, sostanzialmente, come la fase nella quale viene a concretizzarsi il contenuto del diritto stesso; quella in cui, cioè, risulta evidente la non coercibilità del momento dichiarativo (o negozio di autorizzazione, nella ricostruzione sanctoriana), con il quale il soggetto collettivo ha proclamato l'astensione dal lavoro e nella quale, di conseguenza, solo il singolo lavoratore decide se esercitare o meno il proprio diritto soggettivo.

Dunque, un primo aspetto, delle ricostruzioni dottrinali sul tema, può riferirsi alla diversa considerazione del momento meramente *dichiarativo*, da quello *attuativo*, relativo al suo esercizio. Vale a dire sul *quando* si manifesta la volontà collettiva: nella sua dichiarazione di ricorso all'astensione collettiva, o al momento della sua concreta attuazione, oppure in entrambe<sup>22</sup>.

Nella già accennata configurazione del diritto di sciopero come diritto soggettivo potestativo — indicativa, come si è detto, del potere del suo titolare di influire, fino a modificarla, in una situazione giuridica nella quale è parte un altro soggetto, il datore di lavoro, il quale deve soggiacere alle conseguenze dell'esercizio di tale diritto<sup>23</sup> — si è posta una maggiore attenzione al mero momento attuativo, che diventa il parametro di riferimento ai fini della tutela costituzionale. È, pertanto, l'insieme di queste scelte individuali dei lavoratori che, alla fine, viene a configurare quell'*esercizio collettivo* al quale la teoria della titolarità individuale (non senza qualche contraddizione) ha, pur sempre, affidato l'efficacia del diritto stesso, proprio sul presupposto che il legislatore costituzionale nel ritenere il diritto soggettivo del lavoratore, ne ha escluso qualsiasi pretesa arbitraria, valorizzando solo delle pretese manifestate nell'astensione di pluralità di lavoratori<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Si veda la sentenza n. 222/1975, in *FI*, 1975, c. 1569 ss., che qualificava come sciopero la serrata dei piccoli esercenti, argomentando, appunto, sulla loro, assunta, debolezza socio-economica.

<sup>22</sup> Si veda la ricostruzione delle posizioni della dottrina in Bellocchi, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, in *LD*, 1994, 165 ss.

<sup>23</sup> Si rinvia a F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in *RISG*, 1949, 138, ora in F. Santoro Passarelli, *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, I, 177-198.

<sup>24</sup> Si vedano le tradizionali ricostruzioni di Simi, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1956, 113



Tale tesi ricostruttiva è stata ulteriormente raffinata con l'elaborazione della teoria del "negozio giuridico collettivo unilaterale di autorizzazione"<sup>25</sup>, elaborata proprio per la proclamazione dello sciopero, da parte del soggetto collettivo, e "condizione necessaria" per l'esercizio del diritto potestativo individuale del quale rimane titolare il singolo lavoratore.

Si tratta di una fase preliminare all'esercizio del diritto, nella quale è stata ulteriormente scissa una fase prodromica alla proclamazione stessa dello sciopero, la *deliberazione*, come atto ad efficacia interna al soggetto collettivo, mediante il quale vengono indicate le ragioni dell'astensione collettiva, dalla *proclamazione* vera e propria, che costituisce un atto ad efficacia esterna e recettizio, nel quale saranno dedotte le modalità attuative della astensione stessa<sup>26</sup>.

Si potrebbe, però rilevare la possibile mancanza di effetti obbligatori di tale negozio giuridico collettivo di autorizzazione, proprio in relazione alla titolarità individuale del diritto stesso<sup>27</sup>. Appare, altresì, evidente che l'attuazione di tale negozio unilaterale, così come concepito, andrebbe riservata, esclusivamente, a soggetti sindacali istituzionalizzati, e non anche a organizzazioni spontanee od occasionali<sup>28</sup>.

È stato, altresì, premesso come la tesi ricostruttiva, del diritto di sciopero come soggettivo potestativo, rimanga del tutto legata ad una impostazione meramente economico-contrattuale dell'esercizio dello stesso oltre che ad una configurazione che riconduce la sua legittimità strettamente a rivendicazioni che impegnano direttamente il datore di lavoro. Pertanto, se essa può già apparire eccessivamente caratterizzata dalla soggezione del datore di lavoro verso la *pretesa*, dei lavoratori scioperanti, di soddisfazione dell'interesse dedotto nel conflitto proprio contro il datore, avrebbe finito per prestare, inesorabilmente, il fianco a critiche per tutte le ipotesi nelle quali le ragioni dello sciopero si fossero discostate dalla tradizionale dimensione economico-contrattuale<sup>29</sup>.

Si tratta di una impostazione che, pur muovendo dal riconoscimento in seno alla Costituzione del diritto in questione, in realtà, finisce per non sfruttare in pieno le possibili potenzialità innovative di tale riconoscimento, conducendo ad inquadrare il diritto nell'ambito di una dimensione strettamente civilistica e fatalmente condizionata dal richiamo al sinallagma contrattuale. In tale chiave di lettura non potranno rientrare, non solo le ipotesi degli scioperi non

---

ss.; o di Riva Sanseverino, *Diritto sindacale*, Utet, Torino 1982, 473 ss.; Scotto, *Lo sciopero dei pubblici dipendenti e degli esercenti pubblici servizi*, in AA.VV., *L'esercizio del diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1968, 184 ss.

<sup>25</sup> Istituto centrale nell'elaborazione di F. Santoro Passarelli, vedi in *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1985, 64.

<sup>26</sup> In tal senso, Riva Sanseverino, *op. cit.*, 392.

<sup>27</sup> In tal senso, anche, l'efficace ricostruzione di Pinto, Voce *Sciopero*, cit., 222 ss.

<sup>28</sup> Circostanza ben rilevata da Santoni, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 2001, 12.

<sup>29</sup> Si rinvia, in proposito, alle considerazioni di Di Majo, *Tutela civile e diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 1980, 302, e Pera, *Il diritto di sciopero*, in *RIDL*, 1986, I, 452.

strettamente collegate alla dimensione *contrattuale-economico-professionale*, ma, anche, quelle figure di astensioni c.d. anomale. Da qui il necessario e funzionale richiamo agli istituti classici del diritto dei contratti e delle obbligazioni, quali gli obblighi di correttezza e diligenza (articoli 1175 e 1176, combinatamente all'articolo 2104 c.c.) e di buona fede (articolo 1375 c.c.).

Come si vede, dunque, si è in presenza di una tecnica definitoria che considera, sul piano descrittivo, la figura giuridica del diritto di sciopero, non del tutto corrispondente al significato ed utilizzo che di essa, inevitabilmente, si avrà nella prassi dell'azione sindacale. Un'impostazione che, comunque, in assenza di una legge di attuazione della seconda parte dell'articolo 40, di fatto, rappresenta la prima configurazione dei limiti all'esercizio dello stesso, almeno fino ai primi anni Settanta, prima cioè di alcuni decisivi interventi della Corte costituzionale.

Appare, tuttavia, evidente come anche in tale sua raffigurazione individualistica della titolarità, il diritto di sciopero avrebbe, comunque, la sua origine in una formalizzazione del gruppo organizzato. Formalizzazione come fatto giuridico, nel quale è stato individuato il, già menzionato, negozio giuridico collettivo unilaterale di *autorizzazione*, oppure di *concessione*, o comunque di una forma tipizzata di potere da attribuire al soggetto collettivo<sup>30</sup>. Fuori da questa raffigurazione esso integrerebbe una fattispecie di illecito contrattuale. In ciò può ravvisarsi l'esigenza (e la difficoltà) di conciliare la dimensione collettiva dell'interesse del gruppo, con la dimensione del diritto soggettivo individuale. Le ricostruzioni dottrinali che argomentano in favore della titolarità individuale assumono, a tal fine, uno sviluppo dicotomico nell'attuazione del diritto in questione, in guisa di due distinte sfere di potere: uno direttamente collegato al sindacato, come rappresentante dell'interesse collettivo; l'altro direttamente riconnesso al singolo, nella sua titolarità del diritto stesso e, dunque, nella sua determinazione di esercitarlo o meno.

Il sistema, in verità, rischia di rivelare qualche motivo di contraddizione, se non altro per la circostanza che, il diritto di sciopero, ricostruito in chiave di diritto soggettivo *potestativo*, rientrerebbe, pienamente, tra i diritti soggettivi e, tuttavia, non potrebbe essere esercitato se non collettivamente, stante la difficoltà di configurare un'astensione dal lavoro proclamata ed attuata "in via solitaria"<sup>31</sup>. In verità, la teoria dell'*esercizio collettivo* — che è stata trasversalmente sostenuta, seppur con impostazioni diverse, da autorevolissima dottrina giuslavorista<sup>32</sup> — appare come una forma di correttivo tesa ad evidenziare il valore ineludibile della rilevanza collettiva dall'azione di sciopero, la quale è, però,

<sup>30</sup> Oltre alla già citata ricostruzione di F. Santoro Passarelli, la teoria del negozio giuridico di attribuzione è stata, più di recente, ripresa da Persiani, nel suo manuale *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 1992, 116 ss.; per le altre ipotesi di lettura, si vedano le interpretazioni in Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 1952, 226, o di Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, I, 1954, 149 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Pera, *Il diritto di sciopero*, cit., 449 ss.

<sup>32</sup> Infatti, da F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., 177 ss., a Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari 2001, 219; a Ghezzi, *Una legge per difendere lo*

considerata *a posteriori*<sup>33</sup> e coniugata (con qualche contraddizione) con l'impostazione civilista della titolarità individuale. Val la pena, altresì, qui evidenziare come l'evoluzione del nostro sistema sindacale, contrassegnata da forme incerte di rappresentatività sindacale, non sempre riconducibili a modelli unitari, mal si sia prestata ad una ricostruzione dicotomica del diritto di sciopero.

4. Pur sempre all'interno di una concezione individualistica della titolarità del diritto di sciopero, una diversa interpretazione ha mirato a ricondurre questo nell'ambito dei diritti assoluti della persona (o della personalità), data la sua preminente collocazione nella sfera personale del cittadino lavoratore, nonché la sua precipua finalità rivolta allo sviluppo della sua condizione di lavoratore subordinato<sup>34</sup>.

Si tratta di una impostazione che può considerarsi più evolutiva, se non altro perché essa considera il diritto, appunto, nella sua assolutezza e, dunque, non necessariamente legato alle vicende interne al rapporto di lavoro o alla dinamica contrattuale ed è, dunque, in grado di spiegare i suoi effetti, non soltanto nei confronti della controparte contrattuale, ma, in un certo senso, *erga omnes*<sup>35</sup>.

Questa impostazione generale si rivela, in verità, più idonea a liberare lo sciopero dalle strettoie contrattuali. Sarà, forse, per questa ragione di fondo che in essa si raccolgono, trasversalmente e sia pur con ipotesi ricostruttive differenti, i contributi di giuristi di diversa estrazione (da Mortati a Branca e poi da Mengoni a Giugni) che vi resteranno fedeli anche in periodi successivi, caratterizzati da un contesto di elevata conflittualità (come alla fine degli anni Sessanta) e dunque da un maggior ricorso allo sciopero. In tali periodi, pur caratterizzati da una maggiore affermazione del ruolo del soggetto collettivo nel conflitto, lo sfavore verso il riconoscimento di forme di titolarità collettiva dello sciopero può ritenersi giustificato, forse, da esigenze di garanzia formale che l'individualità del diritto salvaguarderebbe rispetto alle diffuse astensioni spontanee, o poste in essere da coalizioni non riconducibili nelle tradizionali organizzazioni sindacali<sup>36</sup>.

---

*sciopero*, in *PE*, 1988, I, 17 ss.; a Santoni, seppur con maggiori aperture verso ipotesi ricostruttive di tipo collettivo, *Lo sciopero*, cit., 26 ss.

<sup>33</sup> Si veda Zangari, *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1976, 52.

<sup>34</sup> Si vedano originariamente i contributi di Mengoni, *Sciopero e serrata nel diritto italiano*, in AA.VV., *Sciopero e serrata nei paesi della CECA*, Giuffrè, Milano, 1961, 247, nel quale tuttavia lo sciopero rimane un'azione di lotta tipicamente dei lavoratori subordinati; in senso più ampio, qualche anno dopo, Id., *Lo sciopero nel diritto civile*, in AA.VV., *Il diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1964, 41, in termini di superamento dell'inquadramento dello stesso solo per fini economico-professionali; Smuraglia, *Alcune considerazioni generali in tema di diritto di sciopero*, in *RGL*, 1960, 437; nonché le considerazioni di Pera, *Il diritto di sciopero*, cit., 452.

<sup>35</sup> Considerazioni critiche a tale impostazione in Zangari, *Contributo alla teoria del diritto di sciopero*, Giuffrè, Milano, 1969, 90 ss.

<sup>36</sup> Si vedano i contributi di Mortati, *op. cit.*, 147; Branca, *Riflessioni sullo sciopero economico*, in *RDComm*, 1968, 151; Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in AA.VV. *Il diritto di sciopero*,

Lo sciopero è ricostruito, anche, come un diritto pubblico di libertà, nei rapporti Stato-cittadino, per il quale l'Ordinamento viene a riconoscere una forma di immunità, nel senso di divieto non solo al datore di lavoro di compiere atti diretti ad impedirne l'esercizio, ma anche allo Stato stesso, di emanare qualsiasi tipo di provvedimento che contrasti o ne impedisca l'esercizio del diritto<sup>37</sup>. Viene, altresì, configurato alla stregua di una forma di potere astratto, nell'intento di spezzarne l'esclusivo collegamento agli interessi di tipo contrattuale o economico-professionale<sup>38</sup>.

L'intento di superare la ricostruzione dello sciopero come diritto potestativo, viene altresì argomentato sulla base dell'esigenza di non identificare l'effetto giuridico di esso, che è la sospensione dell'obbligazione lavorativa, con il contenuto stesso del diritto, che rimane l'astensione dalla prestazione, fondamentale elemento di qualificazione rispetto a qualsiasi altra ipotesi di abbandono del lavoro<sup>39</sup>. In altre parole, l'esercizio del diritto di sciopero, non verrebbe a configurare una sospensione dell'*obbligazione* lavorativa, tale sospensione è solamente un effetto fatalmente collegato al contenuto del diritto in questione che rimane solo la sospensione della *prestazione*. È questo contenuto del diritto dei lavoratori che riceve una particolare e differenziata tutela, rispetto alle esigenze dell'impresa, da parte della Costituzione.

Con una suggestiva ricostruzione, Gaetano Vardaro aveva, comunque, posto in evidenza come, probabilmente, il limite della tradizionale configurazione individualistica dello sciopero, come diritto assoluto della persona, stesse proprio nella sua impostazione in termini di assolutezza<sup>40</sup>. Prospettando una possibile equiparazione della positivizzazione del diritto in esame, per l'ampiezza del suo riconoscimento e, insieme, l'assenza di limiti, con quella del diritto di proprietà, come riconosciuto nelle codificazioni ottocentesche, l'autore aveva proposto una identificazione degli interventi limitativi di esso (non solo la precettazione, ma anche gli, allora prospettati, interventi normativi di limitazione nei servizi pubblici essenziali), alla stregua dei provvedimenti di *espropriazione per pubblica utilità*. Ma, soprattutto egli aveva posto in evidenza come l'ammissibilità stessa dello sciopero come diritto individuale assoluto si presta, di per sé, ad essere, inevitabilmente, messa in discussione. Come dire: l'astratta configurazione di un diritto individuale senza limiti, diventa il modo migliore per ridimensionarlo nella prassi attuativa.

Sempre nell'ambito della ricostruzione individualistica della titolarità del diritto di sciopero, si è cercato di valorizzare maggiormente il profilo collettivo,

---

Giuffrè, Milano 1964, 43; Giugni, *Diritto sindacale*, cit., 219 ss.; sulle posizioni della dottrina, la puntuale esposizione di Gaeta, *op. cit.*, 409 ss.

<sup>37</sup> Si veda la ricostruzione di Giugni, nel suo *Diritto sindacale*, cit., 217 ss.

<sup>38</sup> Così Mazziotti, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, Morano, Napoli, 1965, 51 ss.

<sup>39</sup> Si rinvia ancora a Mengoni, *op. ult. loc. cit.*, 41; si veda anche Zangari, *Sciopero (diritto di)*, in *NDI*, Utet, Torino, vol. XVI, 700, 723.

<sup>40</sup> Vardaro, *Verso la codificazione del diritto di sciopero*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, Atti del Congresso nazionale di diritto del lavoro dell'8-10 aprile 1988 a Fiuggi, Giuffrè, Milano, 1989, 223.

in sede di procedimentalizzazione della fattispecie, valorizzando gli aspetti pratici della sua realizzazione rappresentati, appunto, dal concreto esercizio. È proprio in tale fase dell'esercizio collettivo che si verrebbe a collocare la tutela costituzionale<sup>41</sup>; ed è, altresì, nella procedimentalizzazione del diritto che troverebbero la loro rilevanza giuridica i vari istituti dal contenuto obbligatorio previsti nella contrattazione collettiva, quali le clausole di tregua sindacale, di non negoziabilità, ecc.

Ma le ragioni della titolarità individuale risiedono, anche, in alcune avvertite necessità di tipo garantista, rivolte a salvaguardare la sfera individuale del lavoratore, verso possibili ipotesi di partecipazione coatta ad astensioni dal lavoro; o di impedire la monopolizzazione di tale forma di azione collettiva in favore di taluni soggetti sindacali; o, ancora, evitare eventuali effetti vincolanti della proclamazione, fuori dal potere di rappresentanza del sindacato che, come è noto, è limitato ai soli iscritti. Insomma la titolarità individuale come garanzia di effettiva democratizzazione dei rapporti collettivi e dei meccanismi di rappresentanza<sup>42</sup> e, nel contempo, rimedio nei confronti di possibili forme di rappresentanza prive di verifiche sulla effettiva consistenza associativa dei soggetti collettivi. In tale prospettiva, il negozio di autorizzazione, proprio per il suo implicito contenuto autorizzatorio, spiegherebbe i suoi effetti verso tutti i lavoratori, nel senso che questo potrebbe essere utilizzato dagli stessi, indipendentemente dalla appartenenza o meno al sindacato che ha proclamato lo sciopero<sup>43</sup>. Contribuire, insomma, coerentemente con una visione liberale della rappresentanza sindacale, ad una più chiara definizione delle garanzie giuridiche del pluralismo sindacale, in modo da non impedire l'affermazione di nuovi soggetti collettivi<sup>44</sup>.

La titolarità individuale è ritenuta, in definitiva, più idonea alle esigenze di tutela della libertà sindacale del singolo e alla sua autodeterminazione, e si armonizza con l'affermazione della pienezza della libertà individuale, nei confronti della quale qualsiasi proposizione di modelli alternativi è destinata ad essere confutata, proprio perché in contrasto con la pienezza delle libertà individuali.

<sup>41</sup> Persiani, *Autoregolamentazione dello sciopero ed efficacia del contratto collettivo*, in *DL*, 1989, 6; Vardaro, *op. cit.*, 1989, 225.

<sup>42</sup> Si rinvia all'attenta disamina critica di Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, in *DLRI*, n. 2, 1988, 412, relazione al Congresso nazionale di diritto del lavoro: *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit.; le perplessità di tale impostazione evidenziate, anche, nel saggio di Mengoni, *Lo sciopero e la serrata nel diritto italiano*, cit., 251 ss.

<sup>43</sup> In tal senso, nella sua riproposizione del negozio collettivo unilaterale di autorizzazione, Persiani, *Diritto sindacale*, cit., 131; si veda anche Santoni, *Lo sciopero*, cit., 23 ss.

<sup>44</sup> Si vedano i contributi di Mariucci, *Il conflitto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *DLRI*, 1989, 1 ss., spec. 17; D'Antona, "Chi rappresenta chi". *I debiti della decima legislatura*, in *LD*, 1992, 531 ss., spec. 541; Id., *Il diritto sindacale in trasformazione*, in D'Antona (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, cit., XLI; Sciarra, *Prima e dopo una legge sullo sciopero*, in *AA.VV.*, *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 242, 243; Garofalo, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *DLRI*, 1988, 579; Magnani, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *DLRI* 1990, 687 ss., spec. 707.

Tale intento garantista, però, nella prassi, non sembra essersi rivelato funzionale “alla promozione al consolidamento di una rete di rapporti collettivi improntati alla democraticità e alla genuinità dei canali di rappresentanza”<sup>45</sup>. Anzi, si può dire che esso abbia finito per contribuire all’affermazione di un sistema di dispersione, oltre che di elevazione della conflittualità sociale, finendo per rivelarsi un ostacolo ben preciso alla ricerca di, quanto più verosimilmente, idonei criteri di effettiva verifica della rappresentatività sindacale.

Si può, piuttosto, convenire che il consolidamento della concezione individuale della titolarità del diritto di sciopero, che si sviluppa anche in sede di attuazione della costituzione c.d. *materiale*, costituisca una sorta di bilanciamento che vuole, da un lato, rimediare alla mancata realizzazione delle garanzie pur previste dalla Carta costituzionale in favore del pluralismo sindacale; e, dall’altro, limitare l’invadenza delle istituzioni sulle autonomie sociali<sup>46</sup>. In verità, appare difficile sfuggire alla sensazione che l’affermazione della titolarità individuale del diritto in esame abbia trovato una sua migliore affermazione proprio in assenza di leggi attuative del principio costituzionale. La realizzazione di tali interventi normativi avrebbe, probabilmente, nel bene e nel male, finito per ridimensionare tale impostazione.

Il diritto di sciopero rimane, così, individuato come un bene *esterno* alle organizzazioni sindacali, per lo meno fuori dalla concorrenza tra queste. Le stesse possono ricorrere alla utilizzazione di tale risorsa *esterna*, ma non possono disporne, restando, per converso, anche la disponibilità nell’alveo della titolarità individuale. Si tratta di una impostazione che trova rinforzo anche nella considerazione che pure ad una eventuale titolarità collettiva, potrebbe, in pratica, non corrispondere una altrettale capacità di conflitto, nel senso di capacità di aggregazione e di partecipazione allo sciopero<sup>47</sup>. Certo, ragioni di coerenza vorrebbero, anche, che, in questa chiave di lettura, non si riconoscesse, poi, alcuna efficacia a particolari clausole del contratto collettivo, le quali spiegano la loro efficacia vincolante unicamente per il soggetto sindacale, quali ad esempio, le clausole di *pace sindacale*, o altre di *non negoziabilità*. Si tratta di una impostazione che è stata poi ridimensionata, nella prassi, non solo dallo sviluppo del sistema di relazioni industriali e dal consolidamento del modello di regolamentazione collettiva del conflitto, ma anche dagli interventi del legislatore (pochi nel campo del diritto sindacale) che, come vedremo, pongono le condizioni per un mutamento di prospettiva.

**5.** L’evoluzione del modello di relazioni industriali e dei sistemi di regolamentazione collettiva del conflitto pongono, dunque, la prospettiva di una ricostruzione del diritto di sciopero, in termini di titolarità collettiva.

---

<sup>45</sup> Testualmente Romagnoli, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 284.

<sup>46</sup> In tal senso Tosi, *Contrattazione collettiva e controllo del conflitto*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 75.

<sup>47</sup> Si vedano in proposito le considerazioni di Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 412 ss.; nonché di Mariucci, *Il conflitto collettivo nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., 17.

Bisogna, in verità, rilevare che anche nel periodo immediatamente successivo all'emanazione della Costituzione, parte della dottrina (si può dire in modo trasversale) si dimostrò abbastanza concorde nel ricondurre la titolarità del diritto in questione, non al singolo lavoratore, ma alle organizzazioni sindacali. Proprio per la impossibilità di inquadrare, nella fattispecie dell'articolo 40, ipotesi di astensioni individuali dei prestatori di lavoro, al singolo lavoratore veniva riconosciuta, al limite, la possibilità di condividere la titolarità del diritto che, comunque, restava nella sfera del soggetto collettivo<sup>48</sup>.

È verosimile che tali prime manifestazioni della dottrina in favore della titolarità collettiva del diritto di sciopero siano, anche, animate dalla preoccupazione che tale forma di azione collettiva, ora considerata alla stregua di un diritto costituzionale, finisca per sfuggire di mano. È già, peraltro, avvertita esigenza di arginarne il possibile utilizzo, in modo incontrollato, soprattutto da parte di coalizioni spontanee ed occasionali di lavoratori e attribuirne, invece, la titolarità di esercizio a soggetti collettivi che siano ben individuati. Non è, infine, da escludere che parte del consenso della dottrina verso la titolarità del soggetto collettivo, in quel momento storico, sia favorito dalla oggettiva debolezza di tale soggetto.

Nel momento in cui, invece, ha luogo, o è facilmente intuibile, il rafforzamento delle organizzazioni sindacali, sotto il profilo delle capacità organizzative e di coalizione dei lavoratori, la ricostruzione della titolarità del principale strumento di autotutela collettiva viene ricondotta nell'ambito della sfera individuale, pur cercando di mantenere, in ogni caso, forme di controllo sindacale sulla gestione del conflitto<sup>49</sup>.

Insomma, si può dedurre che, già nel momento iniziale del dibattito costituzionale in materia di titolarità del diritto sciopero, si confrontino tendenze, per un verso, di contenimento delle potenzialità espansive del diritto; per altro verso rivolte ad ampliarne, con minori limitazioni, le possibilità attuative,

---

<sup>48</sup> Si veda, anche per tali profili, lo scritto di Calamandrei, *op. cit.*, 224; ed inoltre, Mortati, *op. cit.*, 207; Sica, *Il "diritto di sciopero" nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Rass.D.P.*, 1950, n. 1, 135 ss.; per un riconoscimento della titolarità alle Commissioni interne aziendali, Ardaù, *Lo sciopero e la sua provvisoria disciplina*, in *RLD*, 1952, 172; la sintesi delle posizioni dottrinali immediatamente successive alla emanazione della Costituzione, successivamente, in Mazzoni, *I rapporti collettivi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 290 ss., il quale evidenziava, tra l'altro, come la proclamazione debba essere necessariamente rimessa al soggetto collettivo, mentre sarebbe il momento dell'esercizio del diritto che rimane nella titolarità individuale.

<sup>49</sup> Ci si riferisce, ancora, alla elaborazione santoriana del negozio giuridico collettivo di autorizzazione. Un interessante confronto delle posizioni emergenti nella prima fase del dibattito post-costituzionale, nei contributi di Mortati, *op. cit.*, 205 ss.; Ardaù, *Teoria giuridica dello sciopero*, Cedam Padova, 1962, spec. 81 ss.; Mazziotti, *Profili dell'autotutela nei rapporti di lavoro*, cit., 51 ss.; tali aspetti di "moderatismo giuslavorista", in materia di sciopero, sono sottoposti a convincente critica da Gallo, *Sciopero e repressione penale*, Il Mulino, Bologna, 1981, 98 ss.; la ricostruzione di tale tematica sui manuali di diritto sindacale, quali, per tutti, Giugni, *Diritto sindacale*, cit., 214 ss.; F. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 1993, 425 ss.; Ghezzi, Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1992, 199 ss.; Persiani, *Diritto sindacale*, cit., spec. 131 ss.; Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2004, 296 ss.

riconoscendo nel diritto di sciopero uno strumento di evoluzione della società e di raggiungimento degli obiettivi preposti dal Costituente stesso.

In tale contesto del dibattito, immediatamente successivo all'emanazione della Costituzione, l'intervento di Francesco Santoro Passarelli rappresenta una compiuta ricostruzione della materia, rivolta soprattutto al recupero del neonato diritto costituzionale di sciopero, così come anche dell'intera attività di contrattazione collettiva, nell'ambito dei principi generali del diritto civile, affrancandoli, così, dall'ordinamento pubblicistico<sup>50</sup>. Da qui l'esigenza di sostenere, necessariamente, la titolarità individuale; esigenza che, tuttavia, consente all'insigne autore di salvaguardare, anche, il ruolo del soggetto collettivo, grazie al ricorso al già accennato *negozio giuridico collettivo unilaterale di autorizzazione*<sup>51</sup>, in virtù del quale la legittimità stessa dell'esercizio del diritto individuale, rimane sottoposta alla proclamazione da parte del sindacato.

L'indeterminatezza semantica della norma costituzionale, insieme all'immediata assenza di interventi legislativi di attuazione, di fatto, finiscono per consolidare questa impostazione in termini individualisti del diritto di sciopero. Tale ricostruzione fa di esso, in pratica, un diritto formalmente incondizionato e dal contenuto indeterminato e la sua riconduzione nell'alveo dell'individualismo dei diritti finisce, innegabilmente, per condizionarne lo sviluppo, dal momento che, come è stato in proposito rilevato, quando il diritto è individuale ed incondizionato, finisce per limitarsi da solo<sup>52</sup>.

Nel consolidamento del diritto di sciopero nell'ambito della titolarità individuale, può intravedersi quella difficoltà o diffidenza, per la tradizionale dottrina civilista, di conferire diritti a soggetti che non siano individuabili in persone fisiche o giuridiche<sup>53</sup>. Si rivela, inoltre, quella certa timidezza, della dottrina tradizionale, verso l'affermazione, nell'ambito dei diritti costituzionali, di uno strumento di pressione collettiva, il quale, invece, proprio per il fatto di determinare una rottura dell'equilibrio contrattuale avrebbe dovuto trovare forme di regolazione, anche, fuori dalle categorie civilistiche e dal diritto dei contratti.

Si potrebbe, forse, paragonare l'atteggiamento della dottrina civilista *post*-costituzionale, nei confronti del diritto di sciopero e la sua titolarità, a quello in qualche modo analogo assunto dalla stessa, ad inizio secolo, di fronte allo sviluppo del diritto operaio e al nuovo fenomeno del contratto collettivo. Anche in tale circostanza ci si adoperò verso una riconduzione del possibile sviluppo di tale nuova disciplina, nell'ambito delle categorie della *locatio operarum* e *locatio operis*, del codice civile del tempo (articolo 1627), tenendo,

<sup>50</sup> Si veda F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit.; Id., *Saggi di diritto civile*, cit., 23 ss., e successivamente 1961, 115 ss., e Id., *La legge sindacale*, Jovene, Napoli, 1952.

<sup>51</sup> Si consideri che la teoria del negozio giuridico collettivo unilaterale di autorizzazione è del 1949, in F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., 199 ss., e in seguito ulteriormente ripresa dallo stesso A. nelle varie edizioni delle *Nozioni di diritto del lavoro*; di recente tale impostazione è riproposta da Persiani, *Diritto sindacale*, cit., 124 ss.

<sup>52</sup> Così Vardaro, *op. cit.*, 1989, 23.

<sup>53</sup> Ancora Gallo, *Sciopero e repressione penale*, cit., 44.



così, distante lo schema del contratto di lavoro, dalle tematiche economico-sociali emergenti; e, successivamente, a ricostruire il nuovo fenomeno della contrattazione collettiva all'interno del diritto civile<sup>54</sup>. In tale prospettiva, appare possibile, anche, azzardare una sorta di parallelismo tra l'elaborazione di Francesco Santoro Passarelli in materia di diritto di sciopero e l'opera di sistemazione nelle categorie civiliste del diritto operaio, da parte di Lodovico Barassi<sup>55</sup>.

6. Una rilettura critica della tematica della titolarità del diritto di sciopero può, innanzitutto, porre in evidenza le contraddizioni della tradizionale scissione tra *titolarità* ed *esercizio*, nella convinzione che la considerazione separata delle due prerogative finisce, giocoforza, per limitare la pienezza del diritto. Al titolare di un diritto soggettivo dovrebbe riconoscersi una piena e necessaria *facultas agendi*; egli, in altre parole, deve essere messo nelle condizioni di poter valutare il concreto interesse perseguibile e, di conseguenza, scegliere se esercitare tale diritto<sup>56</sup>. Nei diritti che non sono connessi con la persona, ad esempio, la configurazione unitaria della titolarità e dell'esercizio è necessaria ai fini dell'applicazione degli istituti della *prescrizione* e *decadenza* (articoli 2934 ss. e 2964 ss. c.c.), che spiegano unitariamente i propri effetti sulla sfera dell'unico soggetto che è titolare del diritto ed, in quanto tale, lo esercita (la prescrizione sulla titolarità; la decadenza sull'esercizio). Ovvio che lo sciopero non rientra tra questi, comunque l'esempio può rivelarsi utile per poter confutare, in generale, la scindibilità tra titolarità ed esercizio del diritto. Insomma, l'effetto della separazione viene a consolidare due prerogative diverse, mentre, invece, titolarità ed esercizio del diritto dovrebbero essere tenuti in una naturale connessione. D'altro canto, anche la ricostruzione tradizionale si basa sulla difficoltà di riconoscere titolarità ed esercizio del diritto unicamente in capo al singolo, dal momento che, in tal caso, si finirebbe per ammettere la configurabilità dello sciopero, non solo come astensione collettiva, ma anche ad opera di una sola persona. Proprio per evitare questo, essa ha fatto ricorso alla formula dell'esercizio collettivo. Si dovrà, però, ammettere che un diritto individuale che non possa essere

<sup>54</sup> Ci si riferisce, soprattutto alla ricostruzione di Messina, al quale si deve una prima trattazione, nel nostro Paese dei temi del contratto collettivo, si vedano, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, (sono riportati così nella raccolta del 1948), Roma, 1904, e *I contratti collettivi e il disegno di legge sul contratto di lavoro*, Macerata, 1905, ora entrambi raccolti in Messina, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1948, Vol. IV, 12, 43 ss.

<sup>55</sup> Ci si riferisce al fondamentale contributo di Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. Ed. Libr., Milano, la cui prima edizione reca la data del 1901, che si inserisce con l'intento di *ordinare* il dibattito sul contratto di lavoro; una efficace trattazione di queste tematiche in L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Morano, Napoli 1967, spec. 104 ss.; sia consentito, inoltre, sul tema, il rinvio a Pino, *Modelli normativi del rapporto di lavoro all'inizio del secolo*, in *PD*, 1984, 207 ss., e ivi i riferimenti alla dottrina del tempo.

<sup>56</sup> In riferimento alla *facultas agendi*, per contestare qualsiasi possibilità di scissione tra titolarità ed esercizio, in Garofalo, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, cit., 574 ss.; e più recentemente, Bellocchi, *op. cit.*, 163 ss.

esercitato individualmente, finisce per diventare un diritto che, in realtà, non è pieno, bensì fortemente *condizionato*. Si tratterebbe, in pratica, di un diritto che è già *affievolito* nella sua configurazione originaria, non potendo essere azionato pienamente — *uti singuli* — dal suo titolare, rimanendo il suo godimento condizionato all'interesse di altri soggetti, titolari ad esercitarlo come “pluralità qualificata e rappresentativa di lavoratori interessati idonea ad esercitare alla controparte una pressione adeguata alla pretesa”<sup>57</sup>.

Non solo, ma anche sul piano delle conseguenze dell'azione di sciopero tale ricostruzione mostrerebbe segni di debolezza, nel momento in cui lo sciopero, come fatto giuridico, viene, di per sé, ad escludere una qualsivoglia forma di arbitrarietà e di sanzionabilità del comportamento del singolo lavoratore, posto in essere in adesione ad una scelta o, per dirla con Pera, ad un *deliberato collettivo*<sup>58</sup>.

Tutto ciò, conduce a ritenere che al lavoratore, individualmente, non si potrebbe attribuire alcuna titolarità della situazione giuridica posta in essere con lo sciopero, specie se si ritiene (giustamente) che, fuori dalla dimensione dell'esercizio collettivo, il comportamento materiale del singolo non integrebbe la fattispecie dello sciopero<sup>59</sup>.

Si deve, tra l'altro, considerare come la separazione tra titolarità ed esercizio contenga in sé l'ulteriore esigenza di distinguere il momento della proclamazione e quello della materiale attuazione dello sciopero, momenti che, come si è visto, sono necessariamente ricondotti in capo a figure diverse (il singolo e la coalizione). La difficoltà di una simile distinzione era già stata, peraltro, avvertita anche da parte di autori i quali, pur muovendosi nell'ambito della impostazione tradizionale e senza poi approdare ad una ricostruzione in termini di titolarità collettiva, hanno, comunque, rilevato che innegabilmente “lo sciopero presenta istituzionalmente un momento collettivo, sia all'atto della dichiarazione, sia all'atto della sua attuazione”<sup>60</sup>.

Il riconoscimento di una titolarità individuale del diritto di sciopero pone, altresì, qualche perplessità sotto il profilo della *disponibilità* dello stesso, la quale sembra rientrare decisamente nella sfera collettiva. Il diritto di sciopero, infatti, deve essere ricondotto, pienamente, tra i c.d. diritti assolutamente indisponibili per il singolo, non potendo questo, in alcun modo, optare, non solo in termini di rinuncia, ma anche di limitazione di esso. Qualsiasi ipotesi di accordo o contratto individuale rivolto a limitare in qualche modo l'esercizio del diritto di sciopero, deve ritenersi nullo, quantomeno in termini parziali, ai sensi dell'articolo 1419 c.c., che prevede la possibilità di salvaguardare gli altri contenuti contrattuali, se questi possono ritenersi, di per sé, sufficienti a dedurre la volontà delle parti a concludere l'accordo. Per i profili contrattuali

<sup>57</sup> Così Riva Sanseverino, *op. cit.*, 477; ma anche Simi, *op. cit.*, 137 ss.

<sup>58</sup> Si veda Pera, *Il diritto di sciopero*, cit., 450.

<sup>59</sup> Si veda, ancora, Pera, *Sulla inesistente questione della titolarità del diritto di sciopero*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Falzea*, Giuffrè, Milano, 1991, vol. III, 576 ss.; Garofalo, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, cit., 579.

<sup>60</sup> Testualmente, Riva Sanseverino, *op. cit.*, 473.

viziati da nullità parziale, potrebbe, pertanto, invocarsi il rimedio generale della sostituzione automatica di clausole già enunciato nel comma 2 dello stesso articolo 1419, ma soprattutto ai sensi degli articoli 2066, comma 2, e 2077, comma 2, c.c., attraverso la sostituzione *di diritto* delle clausole difformi ad accordi o contratti collettivi.

La non negoziabilità, dei contenuti del diritto di sciopero, da parte del singolo, viene, dunque, a porsi in contrasto con la concezione della sua titolarità come individuale, dal momento che eventuali limitazioni, proprio per i suoi profili di disponibilità di tipo collettivo, devono ritenersi rimessi, esplicitamente, al soggetto sindacale. Tutto ciò verrebbe a significare che il mantenimento del diritto in questione in termini individualistici finirebbe per rendere estremamente difficile l'introduzione di limiti, o meglio, di regole sul suo esercizio.

In un simile contesto, infatti, le ipotesi di limitazione dello sciopero dovrebbero, giocoforza, essere individuate, esclusivamente, nell'ambito della riserva di legge posta dall'articolo 40, che dovrebbe, stavolta sì, essere intesa nella sua assolutezza: se lo sciopero, invero, dovesse essere riconosciuto nella disponibilità di ogni *singolo* lavoratore, esso non potrebbe essere limitato che per legge, o mediante l'apposizione, di volta in volta, di clausole di limitazione nei singoli rapporti individuali di lavoro<sup>61</sup>. Paradossalmente, sotto questo profilo, l'individualità del diritto si sposerebbe meglio con l'impostazione che riconnetteva, al suo esercizio, conseguenze sul piano della responsabilità penale: il principio della personalità della responsabilità penale, infatti, meglio si adatterebbe ad una ricostruzione in termini individualistici.

Non è superfluo, invece, ribadire come l'attuazione sostanziale della norma costituzionale sia avvenuta nel riconoscimento di un valore assolutamente *relativo* della riserva di legge, in essa espressa; e contestualmente, attraverso un sistema di deleghe, soprattutto a fonti normative pattizie, considerate diretta espressione degli stessi interessi da regolamentare. Coerentemente con tale impostazione, la configurabilità delle possibili limitazioni del diritto (ad esempio in materia di preavviso, durata, modalità di attuazione, ecc.) può essere esclusivamente oggetto di negoziazione collettiva, la cui efficacia collettiva è stata, tradizionalmente, ricondotta in capo ai soggetti rappresentati dalle parti contraenti, ma i cui possibili meccanismi estensivi sono ipotizzabili anche al di fuori di una completa attuazione dell'articolo 39 della Costituzione<sup>62</sup>.

Solo limitatamente ai servizi pubblici essenziali, la normativa specifica prevede che ulteriori restrizioni dell'esercizio del diritto di sciopero possano essere imposte direttamente dalla legge o da atti da essa derivati (come ad esempio le delibere di regolamentazione provvisoria emanate dalla Commissione di garanzia, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 146/1990 e successive modificazioni, o i provvedimenti di precettazione delle Autorità amministrative titolari di tale potere).

<sup>61</sup> Si rinvia alla trattazione di Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 410 ss.

<sup>62</sup> In tal senso si veda ampiamente D'Antona, *Il quarto comma della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, n. 4, 665 ss., oggi in D'Antona, *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, Vol. II 394, qui 402.

Insomma, l'introduzione di limitazioni all'esercizio del diritto di sciopero ad opera di fonti negoziali difficilmente sono state configurate nell'ambito di una titolarità e disponibilità individuale<sup>63</sup>.

Tutto ciò conduce a ritenere che, se da un lato una rigida ricostruzione dogmatica, conservatrice della titolarità individuale rende di per sé difficile qualsivoglia forma di regolamentazione della materia, dall'altro lato qualsiasi intervento limitativo, anche se fosse concepito esclusivamente sul piano dell'*esercizio collettivo*, si limiterebbe a produrre i suoi effetti solo sulla sfera *individuale*. In altre parole, come peraltro già osservato<sup>64</sup>, l'irrigidimento della garanzia costituzionale in termini di titolarità individuale, finisce per rendere difficile nella prassi, l'individuazione di tecniche giuridiche adeguate a contemperare le esigenze di tutela di quegli interessi che, naturalmente, vengono a collidere con l'esercizio stesso del diritto di sciopero.

Il rapporto intercorrente tra titolarità del diritto di sciopero e sfera individuale del singolo lavoratore va, comunque, considerato anche in una prospettiva di ricostruzione della titolarità del diritto in termini collettivi, dal momento che, inevitabilmente, gli effetti dell'azione collettiva si riverserebbero sulla sfera individuale del lavoratore e, dunque, sul piano del rapporto individuale di lavoro<sup>65</sup>. Appare, infatti, evidente come la fase dell'attuazione concreta del diritto in questione sia rimessa all'attività del singolo, potendo l'organizzazione sindacale definire l'*an* e il *quantum*, le ragioni e le modalità attuative, non potendo, invece, la stessa, poi realizzare materialmente l'astensione vera e propria.

**7.** Si rende, allora, opportuna una ricostruzione del diritto in questione con un approccio metodologico che mutui più direttamente dalla sfera delle prerogative che l'Ordinamento costituzionale riconosce al soggetto sindacale come espressione della collettività organizzata. E a tal fine si può ricercare, già, nella volontà del Costituente, l'intenzione di destinare all'individuo lavoratore le prime quattro norme del titolo III della Carta costituzionale, articoli 35-38; mentre, invece, per quel che riguarda gli articoli 39 e 40, il punto di riferimento appare, verosimilmente, orientato, verso il soggetto collettivo.

In tale prospettiva, il conflitto e lo sciopero non rilevano come beni *esterni* al sindacato, ma come diritti di cui tale organismo collettivo ne mantiene, innanzitutto, la disponibilità. Vale a dire la prerogativa a promuovere l'azione attraverso la quale il diritto stesso si estrinseca e dunque, non configurabile se non nell'ambito della titolarità del soggetto collettivo; ed anzi proprio la titolarità collettiva di tale diritto può costituire, come già lucidamente rilevato

---

<sup>63</sup> Si rinvia ancora a Pera, *Il diritto di sciopero*, cit., 449 ss.; si veda anche Rusciano, Zoppoli, *I diritti sindacali nel pubblico impiego*, in *PD*, 1985, 338 ss.

<sup>64</sup> Si veda Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 409 ss.

<sup>65</sup> Proprio su tali profili l'assoluta esigenza di un'alternativa tra titolarità individuale e collettiva veniva criticamente definita uno "pseudoproblema" da Pera, *Lo sciopero e la serrata*, cit., 576.

alla fine degli anni Ottanta<sup>66</sup>, un viatico verso la definizione di più puntuali raccordi tra ordinamento statale e ordinamento sindacale.

Il profilo della titolarità del diritto non dovrebbe, dunque, essere disgiunto dalla disponibilità del diritto a promuovere l'azione, nella quale possono inquadarsi, sia il diritto di proclamare, appunto, l'azione di sciopero, sia l'esercizio della stessa<sup>67</sup>; titolarità ed esercizio rimangono saldamente ed unitariamente nella disponibilità del soggetto collettivo. Si potrebbe, tuttalpiù, considerare, insieme alla prerogativa dell'esercizio del diritto (che rimane collettiva), un'analoga prerogativa di esercizio individuale dello stesso, nel senso di riconoscere la scelta individuale del singolo lavoratore in merito alla adesione, o meno, all'azione di sciopero promossa dal soggetto collettivo. Configurare, in pratica, uno sdoppiamento tra un diritto collettivo (la proclamazione) ed un diritto individuale (l'adesione), attraverso la possibilità del riconoscimento di un'autonoma possibilità individuale di adesione<sup>68</sup>.

In altre parole, potrebbe apparire opportuno ipotizzare una forma di coesistenza della titolarità collettiva, con delle ipotesi di prerogative individuali di esercitare il diritto aderendo o meno all'astensione collettiva (scelta individuale di esercizio del diritto)<sup>69</sup>. Tale possibilità consentirebbe di capovolgere il tradizionale inquadramento del diritto in questione, generalmente accolto nella dottrina maggioritaria, nel senso di considerare lo sciopero come un diritto a titolarità collettiva, lasciando alla sfera individuale solamente la possibilità di esercizio, la quale, comunque, come si è detto, in linea generale, non è da considerare disgiunta da una ricostruzione in termini collettivi.

La collocazione della fattispecie sciopero, nella sfera della disponibilità del soggetto collettivo, consente, altresì, la ricostruzione di essa anche in termini di procedimentalizzazione nel senso che a tale soggetto collettivo, invece che al singolo è, in concreto, rimessa la valutazione circa la necessità, per l'interesse collettivo, di ricorrere a tale azione e la sua opportunità anche in relazione all'interesse del singolo. La proclamazione da parte del soggetto sindacale si pone, dunque, come una forma di condizione di legittimità per il futuro esercizio; condizione di legittimità che si riversa, anche, nel contenuto del contratto di lavoro rendendo lecito il *fatto estensivo* del singolo lavoratore a seguito dell'indizione dello sciopero. D'altro canto, la sola indizione, da parte

<sup>66</sup> Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 411.

<sup>67</sup> Un'impostazione incentrata sulla disponibilità del diritto, "*disponibilità risorsa-sciopero*", ma pur sempre nei termini di una ricostruzione della titolarità come individuale, in Ballestrero, *Intervento*, in AA.VV., *Il diritto di sciopero alla svolta del secolo*, Atti del Congresso AIDLASS 2000, Giuffrè, Milano, 2002, 279 ss.

<sup>68</sup> Si vedano le tradizionali critiche a tale impostazione, trasversalmente portate da Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, cit., 39; Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1992, 339 ss.; ma anche da Giugni, *Intervento*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 286 ss.

<sup>69</sup> Di estremo interesse le argomentazioni di Ghera, nel suo *Intervento*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 184, che riprendono un'analisi già condotta dall'autore in Id., *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in ISLE (a cura di), *Indagine sul sindacato*, Giuffrè, Milano, 1970.

del soggetto collettivo, dell'astensione non sarebbe, di per sé, sufficiente ad integrare, nella sua completezza, la fattispecie dello sciopero, essendo necessaria — proprio ad integrazione dell'efficacia della proclamazione — l'adesione del singolo, vale a dire della sua facoltà di avvalersi della possibilità offerta e dunque attraverso la sua effettiva partecipazione all'iniziativa sindacale. Tale fase integrativa, necessaria al compimento della fattispecie, non dovrebbe rappresentare un dato incerto per il soggetto collettivo, essendo essa da ritenersi presupposta proprio in virtù di quella *capacità di conflitto*, di cui si è già avuto modo di dire, della quale il soggetto collettivo dovrebbe disporre. Queste fasi, dunque, rinforzate nella loro tutela costituzionale, integrano i profili procedurali della fattispecie dello sciopero, e sono, come si è visto, configurabili nella sfera del soggetto collettivo, potendosi riconoscere al lavoratore una mera facoltà di adesione all'azione collettiva, vale a dire la semplice possibilità di esercitare, o meno, il diritto.

**8.** Appare necessario, a questo punto, un'ulteriore riflessione sul concetto stesso di titolarità *collettiva*, con riferimento a quel profilo problematico che qualche autore <sup>70</sup> non ha esitato ad indicare come la vera dicotomia sul tema. Se bisogna, cioè, desumere un concetto di titolarità collettiva in senso ampio, o, piuttosto, bisogna guardare ad esso in termini di una titolarità implicitamente sindacale.

In uno scenario di frammentazione sindacale e di incerta rappresentanza <sup>71</sup>, non è stata del tutto inavvertita la tentazione di guardare alla titolarità collettiva in termini di sostegno al sindacato tradizionalmente considerato come maggiormente rappresentativo o, comunque, solidamente riconosciuto nella sua capacità di contrattazione collettiva <sup>72</sup>.

Il possibile limite di tale prospettiva rimane nel rischio di determinare una forma di istituzionalizzazione della legittimità dello sciopero finendo, paradossalmente, per ricondurci a nuove forme di controllo del conflitto, che si attuerebbero proprio mediante l'esclusiva attribuzione della titolarità di esso a soggetti collettivi dalla identità consolidata. Tutto ciò senza, peraltro, trascurare l'estrema difficoltà di introdurre aspetti di monopolio di un diritto costituzionale quale quello di sciopero, verso organizzazioni sindacali riconosciute. L'esigenza, chiaramente avvertita, rimane, invece, quella di una definizione dinamica dei soggetti collettivi ai quali attribuire la titolarità dello sciopero,

---

<sup>70</sup> Tosi, *Intervento di replica*, in AA.VV. *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 309 ss.

<sup>71</sup> Così il titolo di un saggio di Carrieri, sui temi del monopolio sindacale e consenso negli anni Novanta, *L'incerta rappresentanza*, Il Mulino, Bologna 1995; il tema è ampiamente trattato da Accornero, *La parabola del sindacato*, Il Mulino, Bologna 1992; l'approfondita analisi giuridico-sindacale in Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, F. Angeli, Milano, 1992; più di recente Monaco, *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>72</sup> Si vedano le considerazioni di Mazziotti, *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 263, e di Romagnoli, *Politica del diritto e strategia del conflitto*, in *RTDPC*, 1989, 826.

senza una istituzionalizzazione degli stessi con metodi definitivi che finiscano per dar vita a forme statiche (e di conseguenza limitate) di rappresentanza di interessi.

A tale fine, il criterio guida, al quale l'interprete può eventualmente far riferimento, non può non essere che quello dell'interesse collettivo protetto, l'individuazione del quale non può muovere da criteri tradizionalmente statici (quali ad esempio i semplici riferimenti all'interesse collettivo professionale inteso come interesse tipico della categoria), i quali rischiano di rivelarsi insufficienti sul piano ermeneutico<sup>73</sup>. Al contrario, l'esigenza è quella di assumere un concetto di interesse collettivo che sia espressione dinamica di solidarietà degli interessi di gruppo, della coalizione dei lavoratori e che si concretizzi proprio attraverso l'attività della coalizione stessa<sup>74</sup>.

In questa chiave di lettura, diventa evidente l'imprescindibile collegamento dell'interesse collettivo alle dinamiche del conflitto industriale e, dunque, la sua rilevazione come strumento di pressione dei gruppi rappresentati e dei vari interessi in conflitto. L'individuazione del concetto in questione deve essere, così, condotta anche sul piano dell'indagine sociologica e coglierne, conseguentemente, i suoi effetti sul piano giuridico<sup>75</sup>. Appare, così, corretto un approccio metodologico che individui la nozione di interesse collettivo protetto, da un lato con riferimento alla prassi sostanziale e dunque all'esperienza e all'evoluzione delle relazioni industriali, attraverso la ricerca empirica dei fatti giuridicamente rilevanti; dall'altro, sul piano del diritto positivo vigente, adoperandosi a far comprendere nella norma costituzionale che riconosce il diritto di sciopero, tali fatti giuridicamente rilevanti<sup>76</sup>.

Ne consegue l'obiettiva riferibilità della titolarità collettiva, ad una pluralità di lavoratori determinabili in quanto accomunati dalla riconducibilità alle dinamiche del conflitto industriale, anche in riferimento ad una singola impresa o unità produttiva. Il concetto deve intendersi, dunque, riconducibile al gruppo sindacalmente organizzato, pure in modo occasionale, in relazione, appunto, ad un interesse protetto, definibile anche in un determinato momento e in un determinato contesto. Tale interesse protetto deve, pertanto, rivelarsi finalizzato alla realizzazione di esigenze che si riflettono nella dimensione collettiva della coalizione, e non invece con riferimento ad istanze meramente individuali

<sup>73</sup> Si vedano i vari riferimenti in tale prospettiva di F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., 64 ss.; nonché precedentemente, Cesarini Sforza, *Gli interessi collettivi e la Costituzione*, in *DL*, 1964, I, 47 ss.; Chiarelli, *Gli interessi collettivi e la Costituzione*, in *DL*, 1966, I, 3 ss.

<sup>74</sup> In questo senso si rinvia all'efficace ricostruzione di Ghera, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, cit., 341 ss.

<sup>75</sup> Per tale impostazione, Ghezzi, *Diritto di sciopero e attività creatrice dei suoi interpreti*, in *RTDPC*, 1968, 24 ss.; l'esigenza di una definizione dinamica di interesse collettivo, non riconducibile esclusivamente a nozioni di interesse professionale, in Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., 100 ss.; per una definizione del contesto sul quale il concetto di interesse collettivo così delineato, Dahrendorf, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, Bari, 1963.

<sup>76</sup> Si veda, ancora, Ghera, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, cit., 351.

dei lavoratori, le quali non varrebbero a configurare la fattispecie costituzionale del diritto di sciopero <sup>77</sup>.

La titolarità collettiva del diritto di sciopero non va, dunque, ritenuta, esclusivamente, come una prerogativa delle organizzazioni sindacali tradizionalmente costituite e, perciò, non coincide, *tout court*, con la titolarità sindacale <sup>78</sup>. Il suo riconoscimento, invece, non può prescindere da una verifica del consenso di volta in volta acquisita (*sul campo*) dal soggetto collettivo, sia pure esso non identificabile nelle tradizionali forme organizzative del sindacato. Per tale verifica del consenso può essere utile il ricorso a tecniche di procedimentalizzazione del conflitto, delle quali, l'esempio più immediato sarebbe quello di sottoporre la proclamazione dello sciopero a referendum, in modo che la titolarità, ma non solo, anche la effettiva capacità di esercizio, siano sottoposte ad idonea verifica empirica <sup>79</sup>. Tecniche procedurali, utili alla individuazione della titolarità collettiva, possono, comunque, essere individuate, anche, in sede di raffreddamento o di conciliazione del conflitto, le cui fasi sono state oggetto di precedente trattazione e sulle quali si avrà modo di tornare, con riferimento allo sciopero nei servizi pubblici essenziali.

9. È opportuno, dunque, che la titolarità del diritto e la relativa possibilità di disporre, sia riconosciuta, oltre ai tradizionali soggetti sindacali, ad ogni organizzazione o gruppo anche spontaneo di lavoratori che, sulla base della rilevanza di un interesse superindividuale, pongano in essere un'astensione collettiva dal lavoro ed abbiano un'effettiva capacità di mobilitazione. Coerentemente con tale impostazione, ad esempio, la normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge n. 146/1990, come modificata dalla legge n. 83/2000) assume come riferimento, in generale, i soggetti che promuovono lo sciopero, o le organizzazioni dei lavoratori che promuovono l'azione.

La sussistenza dell'anzidetto interesse collettivo protetto potrà, allora, ritenersi in tutte quelle situazioni nelle quali la gestione del conflitto sia saldamente in

<sup>77</sup> L'individuazione della titolarità collettiva del diritto di sciopero, anche al di fuori della mera titolarità sindacale, in Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 414; Vardaro, *op. cit.*, 224; per una più accentuata titolarità sindacale, Garofalo, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, cit., 579 ss.; pur restando nell'ambito di una impostazione dello sciopero come diritto a titolarità individuale, Giugni, *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori*, in *RTDPC*, 1970, 398, già nei primi anni Settanta, evidenziava il fatto che la giurisprudenza abbia avallato l'attribuzione del diritto in questione al singolo, anziché ai soggetti collettivi organizzati, al di fuori di "una meditata interpretazione dell'articolo 40, come attributo di un diritto che procede dalla stessa libertà e organizzazione sindacale e ne garantisce l'effettività".

<sup>78</sup> Garofalo, *Nuova disciplina dello sciopero e valori costituzionali*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 238 e ivi gli interventi di Ghera, 184; Vardaro, 224; Sciarra, 242.

<sup>79</sup> Si veda D'Antona, "Chi rappresenta chi". *I debiti della decima legislatura*, cit., 531, per il quale, "Per titolarità collettiva del diritto di sciopero si può intendere una versione organicistica della libertà sindacale: solo alcuni soggetti sindacali sono abilitati a disporre della risorsa del conflitto. (...) ma per titolarità collettiva del diritto di sciopero si può intendere anche una versione procedurale del diritto di sciopero: se ad esempio la proclamazione dello sciopero è sottoposta a referendum, la titolarità resta individuale, ma viene proceduralizzato l'esercizio (...)".



mano ad organizzazioni sindacali, sulla cui rappresentatività non si possano nutrire ragioni di dubbio. Nella circostanza in cui, invece, lo sciopero venga proclamato da organizzazioni spontanee ed occasionali di lavoratori, o da formazioni sindacali dalla incerta consistenza rappresentativa, si pone l'esigenza di una migliore identificazione del soggetto collettivo, al fine di riconoscere ad esso i requisiti di ammissione al conflitto. Si tratterebbe, in altre parole, di accertare se esso sia effettivamente in grado di rivelarsi come portatore di interessi che assumano una rilevanza collettiva e non, invece, semplicemente, interessi rientranti nell'ambito della dimensione contrattuale del singolo, la cui tutela è, dunque, rinvenibile alla stregua delle normali regole privatistiche della responsabilità contrattuale<sup>80</sup>.

Si vuole, in definitiva, evidenziare come la titolarità del diritto, ai fini della rilevanza giuridica della proclamazione, idonea a configurare una vera fatti specie di sciopero e non invece un illecito contrattuale, debba intendersi rimessa ad un gruppo organizzato di lavoratori che riesca ad esprimere i valori della coalizione. Tali valori della coalizione possono essere, anche, individuati con riferimento ad un preciso momento storico, o, addirittura, ad una singola vertenza. Potrebbero, altresì, essere richiamati non solamente con riferimento ad eventi di natura meramente contrattuale, ma anche di rilievo politico-economico, secondo i ben noti parametri forniti dalla giurisprudenza costituzionale<sup>81</sup>. Si dovrebbe, insomma, trattare di interessi *stabilmente* rappresentati, pur anche con riferimento ad una determinata fase conflittuale.

Sotto tali profili, la qualificazione della coalizione dei lavoratori come *sindacale* dovrebbe, comunque, assumere una non trascurabile rilevanza, ai fini del riconoscimento della titolarità collettiva del diritto di sciopero: il requisito della *sindacalità* del gruppo infatti, già di per sé, identifica un parametro di ammissibilità al conflitto. Ciò vuol dire che l'interesse collettivo protetto, quantomeno ai fini della titolarità dello sciopero in senso proprio, dovrebbe esser riconducibile ad un interesse identificabile come *sindacale* e non, invece, a qualsivoglia generico altro interesse di natura latamente associativa.

Tale requisito di *ammissibilità* al conflitto rimane, ancora, necessariamente collegato ad un ulteriore requisito fondamentale di *capacità* di conflitto: vale a dire la capacità del soggetto collettivo di essere in grado di aggregare e mobilitare i lavoratori intorno ai motivi dello sciopero.

Sulla base dei richiamati requisiti, da intendere come indici rivelatori, il riconoscimento della titolarità collettiva dello sciopero verrebbe a collocarsi in quel nesso che intercorre tra il diritto costituzionale di sciopero e la libertà di organizzazione sindacale<sup>82</sup>. È su questa corrispondenza dell'interesse alla

<sup>80</sup> Si rinvia in proposito alla ricostruzione di Santoni, *Lo sciopero*, cit., 26 ss.; possono, altresì qui richiamarsi i contributi della giurisprudenza, Corte di Cassazione: 23 luglio 1991, n. 8234, in *MGL*, 1992, 150; 16 novembre 1987, n. 840, in *MGL*, 1987, 459; 8 agosto 1987, n. 6831, in *MGL*, 1987, 465.

<sup>81</sup> Ovviamente ci si riferisce alle ben note sentenze n. 1/1974 e n. 290/1974 e, precedentemente, n. 123/1962, rispettivamente in *FI*, 1974, I, c. 299 ss.; 1975, I, c. 259, e 1963, I, c. 5.

<sup>82</sup> Si veda D'Antona, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto*

proclamazione al gruppo organizzato, che, in caso di eventuale contenzioso giurisdizionale sulla legittimità dello sciopero, dovrebbe incentrarsi la valutazione del giudice.

Le considerazioni sopra svolte sarebbero, di per sé, sufficienti ad allontanare i dubbi in merito a possibili forme di istituzionalizzazione della fattispecie dello sciopero, nel senso di una attribuzione della sua titolarità sulla base di tradizionali criteri statici e predefiniti della rappresentatività e, dunque, nei fatti, ai soli sindacati tradizionalmente costituiti e/o firmatari di contratti collettivi. A ben vedere, dunque, in definitiva, non è tanto il ricorso al termine di *titolarità sindacale* che dovrebbe destare preoccupazione, quanto, piuttosto, la destinazione che di tale termine ne è stata tradizionalmente adoperata. Vale a dire il rischio che tale termine possa venire impiegato per attribuire la titolarità del diritto di sciopero solo ad organizzazioni sindacali storicamente identificate (si pensi, ad esempio ai criteri di individuazione dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, nella sua formulazione precedente al *Referendum* del 1995), o individuate, esclusivamente, sulla base della loro attività contrattuale.

Il riferimento costituzionale rimane, pertanto, ancora il primo comma dell'articolo 39 della Costituzione, nella sua affermazione di principio della libertà di organizzazione sindacale, indipendentemente dai parametri indicati nei commi seguenti e dunque dalla concreta attività di contrattazione collettiva, per la quale si rinvia agli iscritti, in rapporto ai quali si misurerebbe la rappresentatività<sup>83</sup>.

Il riferimento al comma 1 della norma costituzionale riserverebbe la possibilità, per i lavoratori eventualmente dissenzienti dalle organizzazioni sindacali tradizionalmente costituite nel determinato contesto aziendale, di coalizzarsi come gruppo e di essere titolati a disporre collettivamente dello strumento dello sciopero, per ribadire il proprio dissenso. L'elemento collettivo, riferibile alla titolarità a promuovere l'azione di sciopero, resterebbe, in tal modo, collegato al momento dell'insorgenza delle ragioni che lo legittimano, vale a dire tutte le volte in cui tale azione è rivolta alla soddisfazione di un interesse collettivo.

In definitiva, dunque, anche la ricostruzione dello sciopero, come diritto a titolarità collettiva, può essere dedotta, indipendentemente, da interventi legislativi attuativi dell'articolo 39 della Costituzione che, probabilmente, come già detto, si sarebbero adoperati ad individuare criteri in materia di titolarità dello sciopero.

La titolarità collettiva, come sopra individuata, non comporterebbe, invece, in alcun modo, l'esclusione di astensioni dal lavoro attuate da coalizioni non

---

*sindacale*, in *RGL*, 1989, I, 9 ss. e Id., "Chi rappresenta chi". *I debiti della decima legislatura*, cit., 531 ss.

<sup>83</sup> Si veda Giugni, *Intervento*, cit., 292-293, per il quale il ricorso al comma 2 dell'articolo 39 "non ci pone minimamente al riparo dalla eventualità di un'azione contro un contratto collettivo stipulato dalla maggioranza degli iscritti, da parte di una maggioranza di lavoratori che non si sentono rappresentati da quella precedente", anche se poi l'illustre autore mantiene la titolarità individuale come il rimedio di tale situazione.

sindacali o spontanee, come sostenuto da una parte minoritaria della dottrina<sup>84</sup>, né, tanto meno, la possibilità di scioperi improvvisi e/o spontanei.

**10.** L'opportunità di una riconsiderazione, in termini collettivi, della titolarità del diritto di sciopero, può rinvenirsi, anche, da una rilettura delle norme costituzionali sul conflitto e lo sciopero (articoli 39 e 40), che non ne releghi i contenuti al requisito dell'interesse economico-professionale e, dunque, in una dimensione esclusivamente contrattuale<sup>85</sup>.

Così, la norma sul diritto di sciopero può essere riletta, non autonomamente da quanto il precedente articolo 39 prevede in materia di libertà di associazione e organizzazione sindacale, ma in una connessione funzionale, la quale spieghi i propri effetti, anche, in riferimento ai profili della titolarità<sup>86</sup>. L'articolo 40 può, in altre parole, esser collegato al comma 1 della norma precedente, il cui contenuto ha una valenza immediatamente precettiva, sintetizzandosi in esso il riconoscimento costituzionale di un libero sistema di relazioni industriali di stampo pluralista. In tal modo, la norma costituzionale sullo sciopero verrebbe ad integrare il riconoscimento costituzionale dello sciopero nella sua peculiarità di mezzo di pressione collettiva, la cui titolarità è direttamente riconducibile all'organizzazione sindacale, così come intesa e garantita nel comma 1 dell'articolo 39.

Nella realizzazione ed evoluzione di tale sistema (con il fondamentale contributo della giurisprudenza costituzionale), l'organizzazione sindacale è venuta via via ad implementare il proprio ruolo, proprio come soggetto del pluralismo<sup>87</sup> e, dunque, anche oltre alla semplice rappresentanza di categoria e di dinamiche conflittuali esclusivamente endoaziendali. Un ruolo che, in verità, è stato interpretato dal sindacato anche con riferimento alla costruzione di un modello di relazioni industriali ed un efficace sistema di contrattazione collettiva, dotato anche di meccanismi estensivi non desunti *ex lege* (come avrebbe voluto l'originale progetto dei commi 2 e ss. dell'articolo 39), ma dalla prassi dell'ordinamento intersindacale italiano e dei suoi interlocutori.

Tale ruolo risulta ulteriormente rinforzato dall'articolo 40, con il quale — come già intuiva Calamandrei<sup>88</sup>, in periodi pur lontani dalle stagioni della *concertazione* — in una logica di devoluzione della funzione legislativa attinente ai

<sup>84</sup> Zangari, *Principi di diritto sindacale nel sistema della Costituzione formale*, Giuffrè, Milano, 1962, 363 ss.; ma diversamente, in precedenza, vedi, Calamandrei, *op. cit.*, 224; ed inoltre, Mortati, *op. cit.*, 207; F. Santoro Passarelli, *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, cit., 177 ss.

<sup>85</sup> La lettura combinata delle due norme è oggetto di puntuale trattazione in Romagnoli, Sub *articolo 40*, in Branca (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, 289 ss.; per l'evoluzione del profilo definitorio della fattispecie sciopero, si rinvia alla trattazione di Borgogelli, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 259.

<sup>86</sup> Oltre a Romagnoli, *op. ult. cit.*, 289 ss.; Mengoni, *Gruppi organizzati e mediazione dei conflitti*, cit., 310 ss.

<sup>87</sup> Si veda Pizzorno, *I soggetti del pluralismo. Classi, partiti, sindacati*, Il Mulino, Bologna, 1980.

<sup>88</sup> Il riferimento è ancora allo scritto di Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit., 236.

rapporti di lavoro al sindacato, il legittimo esercizio del diritto di sciopero rappresenta una fase del procedimento attraverso il quale il sindacato concorre ad esercitare la propria funzione normativa, prevista dalla Costituzione alla stregua di fonte di produzione del diritto.

Ad analoghe conclusioni in favore della titolarità collettiva del diritto di sciopero, conduce, altresì, l'esame degli articoli 39 e 40 della Costituzione, combinatamente con il principio generale sancito nell'articolo 3 della stessa. In tale chiave di lettura, lo sciopero assume rilevanza come procedimento costituzionale per il perseguimento di interessi generali. Si può, a tale fine, ritenere, anche, la scelta di affidare tale perseguimento di interessi generali non al singolo, il quale non avrebbe, di per sé, quella forza — che, invece, è rinvenibile nel gruppo organizzato — necessaria per la realizzazione del principio enunciato nel comma 2 dell'articolo 3<sup>89</sup>.

È, pertanto, il soggetto collettivo rappresentativo dei lavoratori — che peraltro la Costituzione indica in vari passaggi — che viene individuato quale diretto destinatario e protagonista del disegno costituzionale. Il riconoscimento di una sua titolarità, sul diritto di sciopero, può essere, così, individuato in funzione della realizzazione dell'uguaglianza sostanziale *tra* i lavoratori, in luogo del tradizionale criterio della titolarità individuale, che si rivelerebbe idoneo a spiegare lo stesso diritto, solamente in funzione di eguaglianza sostanziale *dei* lavoratori<sup>90</sup>.

In tale contesto, lo sciopero viene a rappresentare la fattispecie giuridica nella quale si riflettono le trasformazioni sociali e che meglio evidenzia la trasformazione dello stato di diritto in stato sociale<sup>91</sup>. Una fattispecie da considerare, dunque ontologicamente, in relazione alla sua *funzione*, prevista dall'articolo 40, come mezzo di integrazione sociale attraverso il quale l'Ordinamento costituzionale si impegna a realizzare obiettivi di eguaglianza sostanziale.

Una simile ricostruzione non può non trarre fondamento dalla rilevanza dell'interesse collettivo e, di conseguenza, abbandonare ipotesi ricostruttive dello sciopero come diritto a titolarità individuale. Tale impostazione, infatti, oltre che ridurre fortemente il ruolo del sindacato nel governo del conflitto, verosimilmente, rischierebbe di irrigidire, in generale, la garanzia costituzionale, rendendo anche difficile l'individuazione delle tecniche giuridiche di tutela degli stessi interessi, sui quali si ripercuotono gli stessi effetti dello sciopero<sup>92</sup>.

## 11. Ma dei rilevanti segnali, in favore del riconoscimento della titolarità

<sup>89</sup> Si rinvia alla trattazione di Gallo, *Sciopero e repressione penale*, cit., 99; Romagnoli, *Intervento*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 238.

<sup>90</sup> Così Romagnoli, *Solidarismo giuridico e conflitto post-industriale*, in *LD*, 1991, 177; Id., *Intervento*, cit.; ivi G. Santoro Passarelli, 194; e Vardaro, 224.

<sup>91</sup> Per le ricostruzioni della dottrina sul punto, Pinto, *Voce Sciopero*, cit., 232; Bellocchi, *La titolarità del diritto di sciopero negli studi recenti*, cit., 163.

<sup>92</sup> Si veda Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 409 ss.; ivi G. Santoro Passarelli, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali e rappresentatività del sindacato*, 194.

collettiva del diritto di sciopero, provengono, anche, dal legislatore, nei suoi due fondamentali interventi in materia di diritto sindacale: la legge n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori) e, più decisamente, nella normativa che regola il conflitto e lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, (legge n. 146/1990 e la sua riforma con la legge n. 83/2000).

In tali interventi, *pervasivi*, del legislatore, che rappresentano le maggiori, se non le uniche, fonti legislative in materia di diritto sindacale, appare evidente l'orientamento a privilegiare un modello di gestione delle risorse conflittuali, la cui verifica delle condizioni di legittimità è demandata al controllo del soggetto collettivo<sup>93</sup>. Tutto ciò pur senza disconoscere gli effetti che l'attuazione dello sciopero comporta sulla sfera della dimensione soggettiva.

Aspetti generali di cultura legislativa che privilegiano il soggetto collettivo come centro di imputazione e come titolare diretto di precise prerogative, sono già introdotti da quella parte del titolo III dello Statuto dei lavoratori nella quale, una volta stabilite le regole per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali (articolo 19), guarda a tale soggetto — espressione dell'organizzazione collettiva dei lavoratori — per la titolarità di precisi diritti sindacali, la realizzazione concreta dei quali è unicamente rimessa alla sua iniziativa (assemblea, referendum, affissione, ecc.).

Ma la norma fondamentale, ai fini della nostra indagine, rimane quella predisposta, dal legislatore degli anni Settanta, in tema di repressione della condotta antisindacale, l'articolo 28. In tale norma, esplicitamente, viene assegnata agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali la legittimazione ad agire in giudizio a fronte di un comportamento del datore di lavoro che si riveli lesivo, oltre che della libertà e attività sindacale, proprio del diritto di sciopero. In concreto, la norma sta a significare come alla limitazione o impedimento del diritto di sciopero corrisponda la previsione di una forma di reazione processuale che è demandata unicamente al soggetto collettivo. In tal modo, seppur si volesse mantenere un sistema che conservi al suo interno una concezione individualistica della titolarità del diritto di sciopero, contestualmente, la piena legittimazione del sindacato a difendere in giudizio l'integrità del godimento del diritto, finirebbe, giocoforza, per assorbire al proprio interno la titolarità dello stesso<sup>94</sup>.

Si può, dunque, effettivamente ritenere che il legislatore abbia chiaramente voluto significare che le conseguenze della lesione del diritto di sciopero si ripercuotono principalmente sul soggetto collettivo, e proprio tale lesione sarà l'oggetto dell'impugnazione davanti al giudice del lavoro, riservata, come è noto, esclusivamente agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali

<sup>93</sup> Si veda in tal senso la ricostruzione di Veneziani, *Stato e autonomia collettiva. Diritto sindacale italiano e comparato*, Cacucci, Bari, 1992, 349.

<sup>94</sup> In tal senso, in sede di disamina dell'esperienza applicativa dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori in riferimento al diritto di sciopero, anche se a difesa di una struttura del diritto di sciopero definita dall'autrice come *complessa*, Tinti, *L'autodisciplina dello sciopero di fronte al giudice*, in AA.VV., *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore privato e pubblico*, cit., 252.

che vi abbiano interesse. Tutto ciò, in sostanza, evidenzia chiaramente come a tale soggetto sia riconosciuta la titolarità del diritto leso. Interpretazioni alternative non allontanerebbero i dubbi in merito alla artificiosità di un sistema normativo che riconoscesse la titolarità esclusiva del soggetto collettivo sul rimedio giudiziale, previsto a tutela di un diritto la cui titolarità resterebbe comunque individuale.

Assunto, così, l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori come un preciso riferimento normativo in favore della configurazione della titolarità collettiva del diritto di sciopero, un'ulteriore riflessione si rende necessaria al fine di chiarire se la norma in questione — con il suo preciso riferimento alle *organizzazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse* — non possa essere considerata come un forte argomento in favore di una titolarità collettiva sullo sciopero, intesa propriamente come *sindacale*.

Sicuramente la norma privilegia, come è stato giustamente osservato<sup>95</sup>, *l'interesse sindacale* delle organizzazioni a livello inferiore e può essere letta nel senso della incomprimibilità dell'esercizio del diritto alla promozione ed attuazione dello sciopero da parte degli organismi di base. Storicizzando l'analisi e ferme restando le ragioni esposte nella nota sentenza della Corte costituzionale del 1974<sup>96</sup>, con la quale non si riconobbe la legittimazione ad agire *ex* articolo 28 ai Cub (comitati unitari di base) di allora, con un ulteriore sforzo ricostruttivo, si può, tuttavia, pervenire ad ulteriori, opportune sottodistinzioni.

Innanzitutto, con riferimento al profilo normativo strettamente riconnesso alla individuazione del soggetto legittimato all'azione processuale, la quale va razionalmente mantenuta entro i parametri stabiliti dalla norma, come successivamente interpretata dalla Corte costituzionale. Ciò premesso, si potrebbe estrapolare il più generale profilo, relativo al mero riconoscimento della titolarità del diritto di sciopero, il quale, attualizzando la scelta del legislatore del Settanta, potrebbe, agevolmente, come anzidetto, essere ricondotto verso argomentazioni che guardano ad una più diffusa titolarità collettiva, non esclusivamente riconducibile alle tradizionali figure organizzative del sindacato.

**12.** Ma è nell'altro, rilevante, intervento del legislatore in materia di diritto sindacale, riguardante la regolamentazione dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge n. 146/1990 e le sue successive modifiche nella legge n. 83/2000), che è ancora di più rinvenibile la sostanziale predisposizione del legislatore verso il riconoscimento della titolarità collettiva del diritto di sciopero e verso modelli di controllo collettivo del conflitto<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Ghera, *Intervento*, cit., 181.

<sup>96</sup> Ci si riferisce alla sentenza n. 54, vedila in *FI*, 1974, I, c. 963 ss.; ma vedi anche la successiva Corte costituzionale n. 334/1988, in *FI*, 1988, I, c. 1774 ss.

<sup>97</sup> Tale problematica era stata variamente proposta dalla dottrina: D'Antona, già in sede di lettura di un possibile testo normativo sullo sciopero nei servizi essenziali, rilevava come la messa in discussione della titolarità individuale, rappresentava, in realtà, una metafora del nesso che intercorre tra diritto di sciopero e libertà di organizzazione sindacale, evidenziando come la

E in effetti, la normativa sullo sciopero rinvia, esplicitamente, alla definizione di regole collettive per l'attuazione del diritto di sciopero, nel settore dei servizi, ridimensionando, così, in modo decisivo, il modello individualista della titolarità. Attraverso la definizione, in appositi accordi collettivi, di regole idonee a salvaguardare soglie minime di servizio, che, come vedremo, finiscono poi per produrre i loro effetti obbligatori nell'ambito dei singoli rapporti di lavoro, si può ritenere qui realizzato il capovolgimento del tradizionale assunto dello sciopero come diritto *a titolarità individuale ed esercizio collettivo*, in diritto *a titolarità collettiva ed esercizio individuale*<sup>98</sup>.

L'intero impianto normativo, il quale trae legittimazione anche dal largo consenso con le maggiori organizzazioni sindacali, formatosi in occasione della sua prima emanazione nel 1990, successivamente riformato nel 2000 (se non con altrettanto deciso consenso, comunque senza particolari opposizioni delle parti sociali), si è, coerentemente, modellato ad una impostazione di cultura legislativa, la quale riconosce come interlocutore principale il soggetto collettivo.

L'organizzazione collettiva dei lavoratori è il costante soggetto di riferimento, nel delicato meccanismo di funzionamento della legge. Ciò si evince, innanzitutto, nell'articolo 2 che appare formulato con la chiara intenzione del legislatore di distinguere il soggetto che proclama ed attua lo sciopero, che viene individuato come collettivo e il lavoratore che esercita il relativo diritto. Tale distinzione, "i soggetti che promuovono lo sciopero [...] i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero", è infatti ulteriormente enunciata al comma 3 della citata norma, ove si è sancito il principio generale che impone l'obbligo delle prestazioni indispensabili a tutti i soggetti, siano essi collettivi che individuali, ai quali si rivolge la legge.

Sono, pertanto, i soggetti collettivi coloro *che proclamano lo sciopero*; e gli stessi sono titolari del processo negoziale, da attuare ai sensi dell'articolo 19 della legge, il cui esito (l'accordo sulle prestazioni indispensabili) rappresenta la principale fonte di regolamentazione delle modalità attuative dello sciopero. Essi possono, pertanto, disporre del diritto in questione e stabilirne le limitazioni, dovute per il contemperamento con gli altri diritti costituzionali dei cittadini, le quali incideranno profondamente, per tutti i lavoratori (anche non aderenti al soggetto sindacale che stipula l'accordo) in sede di esercizio dello stesso. Insomma, come è stato ben osservato<sup>99</sup>, la precisa scelta del legislatore,

---

libertà di associarsi anche nell'astensione dal lavoro, potesse essere rivendicata contro la metafora della titolarità individuale del diritto di sciopero, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, cit., 23 ss.; successivamente, Id., "Chi rappresenta chi": i debiti della decima legislatura, cit., 531 ss., ove, l'autore rilevava come la l. n. 146/1990 avesse portato "questo classico dogma del diritto sindacale ad un punto critico"; ma precedentemente, anche Romagnoli, nel suo *Intervento*, in AA.VV., *Sciopero nei servizi essenziali in Europa*, ESI, Napoli, 1989, 233 ss.

<sup>98</sup> Tale chiave di lettura, ancor prima dell'approvazione della l. n. 146/1990, già in Romagnoli, *op. cit.*, 233, e successivamente in Rusciano, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., 414, e Vardaro, *op. cit.*, 224.

<sup>99</sup> Così Rusciano, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, in *DLRI*, 2002, spec. 173 ss.

nell'interesse della collettività, è quella di individuare nella proclamazione formale del soggetto collettivo, il requisito di legittimità dello sciopero e, dunque, di assumere il ruolo fondamentale della *dimensione collettiva* nella correlazione sciopero-diritto.

Tale scelta del legislatore può, ulteriormente, cogliersi anche nelle procedure preventive di raffreddamento e di conciliazione, che la legge di riforma n. 83/2000 prescrive alle parti, obbligatoriamente, prima della proclamazione dell'astensione dal lavoro. Lo svolgimento di tutte le fasi di *cooling off* è, infatti, affidato dal legislatore ai soggetti sindacalmente qualificati, ai quali, evidentemente, è riconosciuta la prerogativa di poter disporre degli interessi dei lavoratori<sup>100</sup>.

Essendo configurato, dalla legge, l'esperimento di tali procedure, come obbligatorio ed essenziale per la proclamazione dello sciopero, se ne deve dedurre che la loro assenza rende illegittima la stessa astensione dal lavoro. Pertanto, se il loro espletamento è rimesso ai soggetti collettivi, vuol dire che a questi ultimi si deve intendere riconosciuta la titolarità stessa del diritto. Ai singoli lavoratori rimane la prerogativa di esercizio del diritto, nella fase attuativa dell'astensione dal lavoro, che si esprime con la partecipazione o meno allo sciopero<sup>101</sup>.

Anche il richiamo del comma 3 dell'articolo 2 della legge ai *lavoratori* che esercitano il diritto di sciopero, deve intendersi riferito alla fase attuativa dell'esercizio del diritto e non alla sua titolarità<sup>102</sup>. Ne consegue che, astensioni dal lavoro poste in essere dal singolo al di fuori da questa configurazione, non integrerebbero propriamente la fattispecie dello sciopero, per difetto di titolarità, bensì un ingiustificato inadempimento dell'obbligo di svolgere la prestazione lavorativa e, pertanto, andrebbero incontro ai normali rimedi sanzionatori previsti dal diritto dei contratti.

Il soggetto collettivo è, peraltro, il fondamentale interlocutore dell'autorità di garanzia, per tutte le fasi procedimentali attraverso le quali, in pratica, si realizzano gli obiettivi della legge. Tali fasi, infatti, possono dirsi contrassegnate da questo *dialogo*, più o meno a distanza, tra la Commissione e le organizzazioni sindacali dei lavoratori. Ciò avviene in tutte le vicende procedimentali che contraddistinguono la formazione dell'accordo sulle prestazioni indispensabili, fino alla valutazione di idoneità della Commissione; o che preludono all'intervento eteronomo della stessa<sup>103</sup>, in caso di crisi della capacità negoziale delle

---

<sup>100</sup> Si veda, in tal senso, Monaco, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: alcuni spunti di riflessione*, in *RGL*, 2002, I, spec. 530 ss.

<sup>101</sup> Si rinvia diffusamente a Ghera, *Intervento*, cit., 184 ss.

<sup>102</sup> Cfr. ancora Rusciano, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, cit., spec. 174 ss.

<sup>103</sup> Su tale prerogativa della Commissione si può rinviare ai vari contributi nei recenti commentari della legge n. 83/2000, Cacciapaglia, *I compiti della Commissione di garanzia*, in Menghini, Miscione, Vallebona (a cura), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, spec. 12 ss.; La Macchia, *L'organizzazione e i compiti della Commissione di garanzia*, in Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, Milano, 2000, spec. 105 ss.; Pino, *I poteri della commissione di garanzia*, in Santoni (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge 83/2000*, Jovene, Napoli, 2001, 105 ss., spec. 126-127; D'Onghia, *I poteri della Commissione di garanzia*, in M. Ricci (a cura di), *Sciopero e servizi*



parti: sono le organizzazioni sindacali — in quanto, appunto, titolari del processo negoziale con il quale il legislatore si propone di regolare le modalità del conflitto — che si dovranno pronunciare sulla proposta della Commissione e che verranno, eventualmente, convocate in apposite audizioni, prima dell'adozione della delibera di regolamentazione. Ed infine, anche nelle fasi che contrassegnano il procedimento di valutazione, della Commissione, del comportamento dei soggetti che proclamano lo sciopero.

In quest'ottica di propensione del legislatore, verso forme di titolarità collettiva dello sciopero, può essere letto anche il particolare rimedio predisposto contro l'azione illegittima del soggetto collettivo. Ci si riferisce all'articolo 7-*bis*, che riconosce alle associazioni dei consumatori e degli utenti, riconosciuti come enti esponenziali degli interessi dei cittadini, una vera e propria *class action*, attraverso una legittimazione ad agire in giudizio, nei confronti delle organizzazioni sindacali o, anche, degli Enti o Amministrazioni preposte ai servizi pubblici essenziali, in caso di particolari violazioni di legge<sup>104</sup>.

**13.** Ulteriori aspetti del *favor* del legislatore verso la titolarità collettiva del diritto di sciopero emergono, ancora, da quanto la legge n. 146/1990, e successive modifiche, predispone in materia di *responsabilità* da sciopero illegittimo, che, si può dire, rappresenta uno degli aspetti più originali della prima regolamentazione normativa del conflitto nell'ordinamento costituzionale.

Come è noto la legge assegna alla Commissione il potere di valutazione del comportamento delle parti — articolo 13, lettera i) —<sup>105</sup>, per le possibili inadempienze o violazioni degli obblighi da essa derivanti. Per *parti* dei lavoratori devono, dunque, intendersi i soggetti collettivi che hanno proceduto alla determinazione contrattuale delle prestazioni indispensabili o che, comunque, siano operanti nel contesto del servizio pubblico di volta in volta considerato. In tale prospettiva, la Commissione, ai sensi dell'articolo 4, comma 4-*quater*, apre il procedimento di valutazione proprio nei confronti delle organizzazioni sindacali che proclamano lo sciopero o che vi aderiscano; e le sanzioni previste nei precedenti commi 2, 4-*bis* e 4-*ter*, sono precipuamente concepite per le organizzazioni collettive dei lavoratori.

Il soggetto collettivo, peraltro, è qui preso in considerazione non solamente in quanto organizzato nella tradizionale forma sindacale. Il comma 4-*bis* coinvolge, infatti, nel regime di responsabilità da sciopero illegittimo, anche forme

---

*pubblici essenziali*, Giappichelli Torino, 2001, spec. 260 ss.; precedentemente alla riforma, si consenta il rinvio a Pino, *Considerazioni sulla regolamentazione eteronoma dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *DL*, 2000, I, 67 ss.

<sup>104</sup> Un inquadramento generale del rimedio in questione in Giussani, *Studi sulle class action*, Cedam, Padova, 1996; sul ruolo degli utenti nella legge n. 83/2000, si rinvia ai contributi di De Falco, *Gli utenti*, in Santoni (a cura di), *op. cit.*, 63 ss.; Ogriseg, *Il ruolo delle associazioni degli utenti*, in Menghini, Miscione, Vallebona (a cura di), *op. cit.*, 139 ss.; Nunin, *La tutela degli utenti e ruolo delle loro associazioni*, in M. Ricci (a cura di), *op. cit.*, 209 ss.

<sup>105</sup> Su tale potere si rinvia ai contributi citati alla precedente nota 89; e, precedentemente, per tutti, Ballestrero, *Sub articoli 12-14*, in Romagnoli, Ballestrero, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Zanichelli, Bologna, 1994, 299 ss.

organizzative dei lavoratori che potrebbero esser ritenute occasionali o, comunque, non federate in organismi sindacali, che usufruiscano di benefici di ordine patrimoniale, quali i contributi versati dai propri iscritti, o i permessi sindacali retribuiti, ecc. A tal proposito viene demandata alla Commissione di garanzia l'irrogazione di una sanzione pecuniaria amministrativa sostitutiva di quelle previste per gli anzidetti soggetti. Pertanto, la nozione di titolarità collettiva qui assunta dal legislatore, non può dirsi coincidente con quella propriamente *sindacale*. È comunque evidente che è l'organizzazione dei lavoratori chiamata, direttamente, a rispondere del comportamento *contra legem*, o in violazione delle regole derivanti dalla disciplina contrattuale.

Né tale impostazione può essere rimessa in discussione dal comma 1 della norma in esame, nella quale si fa riferimento ai singoli "lavoratori che si astengono dal lavoro". La disposizione deve ritenersi, infatti, concepita alla stregua di una sanzione per i singoli lavoratori, eventualmente aggiuntiva a quella irrogabile ai soggetti collettivi, nel caso in cui i lavoratori richiesti all'effettuazione delle prestazioni indispensabili non prestino la propria attività. Su apposita prescrizione della Commissione, poi, si potrebbe ritenere, nei casi particolarmente gravi, la sua applicabilità ai lavoratori per il solo fatto di aver partecipato all'astensione, o aver aderito a scioperi illegittimi proclamati da altri soggetti sindacali, o ancora di aver posto in essere degli scioperi spontanei, non riconducibili ad un determinato soggetto collettivo. Si tratta, in ogni caso, di un rimedio verso possibili violazioni dei doveri di servizio, posto a garanzia delle effettuazioni delle prestazioni indispensabili e, per converso, a garanzia diritto degli utenti (interesse generale) alla continuità (seppur in forma contenuta con l'esercizio del diritto di sciopero) del servizio pubblico essenziale<sup>106</sup>.

La sanzione in questione rimane, dunque, collocata nell'ambito del potere disciplinare del datore di lavoro, potendo la Commissione non comminarla direttamente, ma solamente *prescriverla* a seguito della conclusione del procedimento di valutazione del comportamento, ai sensi dell'articolo 13, lettera i), della legge n. 83/2000. Procedimento che, come si è detto, può essere aperto solamente nei confronti del soggetto collettivo, nei confronti del quale l'organismo di garanzia può direttamente deliberare e quantificare l'entità della sanzione. Soggetto collettivo, che è bene ribadire, non deve essere necessariamente un'organizzazione sindacale, ma, anche, un comitato spontaneo di lavoratori, o un'assemblea che configura, appunto, una dimensione collettiva<sup>107</sup>. In simili ipotesi, il procedimento sarà finalizzato alla valutazione del

<sup>106</sup> Tali profili di garanzia delle prestazioni indispensabili, sono posti in evidenza da Santoni, *Le sanzioni*, in Santoni (a cura di), *op. cit.*, 183; l'aspetto dell'interesse generale in M.T. Carinci, *L'immagine della legge n. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali: l'affermazione del modello pubblicistico*, in *QDLRI*, 2001, n. 25, 187 ss.; e, ivi, Borgogelli, *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/1990*, 47 ss.

<sup>107</sup> Si vedano le delibere della Commissione di garanzia n. 04/07, del 22-23 gennaio 2004, sugli scioperi improvvisi alla ATM di Milano del 1 dicembre 2003, e la n. 03/123, del 23 luglio 2003, relativa alle assenze collettive per malattia degli assistenti di volo Alitalia, qualificati dalla

comportamento del soggetto collettivo, comunque esso rilevi; ed anche — oltre i possibili casi di cui al comma 4-*bis* dell'articolo 4 — alla irrogazione di una sanzione individuale, la quale deve essere semplicemente prescritta dalla Commissione al datore di lavoro<sup>108</sup>.

La disposizione in materia di responsabilità individuale, deve ritenersi, altresì, come opportunamente rilevato<sup>109</sup>, finalizzata a mitigare le conseguenze derivanti dal regime di responsabilità da inadempimento che potrebbero comportare, anche, la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 1453 c.c. Ricollegando, invece, in qualche modo, l'esercizio della libertà di non lavorare ad un regime di responsabilità da sciopero, e dunque in deroga a quanto prevede il diritto dei contratti, il legislatore, in sostanza, introduce limiti alla sanzionabilità del lavoratore, nel momento in cui riconduce la stessa sul piano disciplinare e rende, così, possibile il ricorso agli articoli 2106 c.c. e 7 dello Statuto dei lavoratori, nonché 59 e 59-*bis* del decreto legislativo n. 29/1993<sup>110</sup>, tutti informati, come è noto, al criterio della proporzionalità tra infrazione e sanzione.

**14.** Oltre all'apparato sanzionatorio, anche il regime generale delle impugnazioni predisposto dal legislatore del 1990 e del 2000 si presta alla ricostruzione del diritto di sciopero in termini di titolarità collettiva. Ci si riferisce, in particolare, alle impugnazioni degli atti della Commissione di garanzia, siano essi di natura precettiva (tale è, ad esempio, la delibera di regolamentazione provvisoria sulle prestazioni da garantire in caso di sciopero); siano essi di natura sanzionatoria (tali sono, ad esempio, le delibere che irrogano le sanzioni, stabilendo nel *quantum* le somme da trattenere sui permessi o sui contributi sindacali)<sup>111</sup>.

Non dovrebbero sussistere dubbi sulla titolarità del soggetto collettivo/sindacale ad impugnare, davanti al giudice del lavoro, la delibera che prescrive (in modo cogente dato che l'eventuale suo rifiuto è sanzionato, *ex* articolo 4, comma

---

Commissione alla stregua di una astensione collettiva organizzata da un Comitato spontaneo; sulla tematica il contributo di Montuschi, *Lo sciopero senza regole*, in *Newsletter CGS*, 2003, n. 3.

<sup>108</sup> Si rinvia ancora a Santoni, *Le sanzioni*, cit., 182, e ivi indicazioni, anche, di casi trattati dalla Commissione di garanzia.

<sup>109</sup> Ancora Rusciano *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, cit., spec. 175 ss.

<sup>110</sup> Il criterio, ben noto, della proporzionalità è, peraltro, esplicitamente richiamato dal comma 1 dell'articolo 4, insieme a quello che non consente l'irrogazione di sanzioni estintive o che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro. Sul tema, in generale, Romagnoli, *Sub articolo 4*, in Romagnoli, Ballestrero, *op. cit.*, 181 ss.; con riferimento alla legge n. 83, i contributi di Pascucci, *Le sanzioni*, in Pascucci (a cura di), *op. cit.*, 104 ss.; Santoni, *Le sanzioni*, cit., 180 ss.; Giuffrè, *L'apparato sanzionatorio*, in M. Ricci (a cura di), *op. cit.*, spec. 170 ss.; Vallebona, *Le sanzioni*, in Menghini, Miscione, Vallebona (a cura di), *op. cit.*, spec. 112 ss., il quale sottolinea come la non licenziabilità del lavoratore riguardi solo la mera astensione dal lavoro e non anche quando lo sciopero illegittimo abbia cagionato gravi lesioni di beni costituzionalmente tutelati, in simili ipotesi, infatti, ricorrendo i presupposti soggettivi e/o oggettivi, il "tetto" legale non andrebbe applicato.

<sup>111</sup> Si veda, sul tema, il contributo di Perrino, *I profili processuali*, in Santoni (a cura di), *op. cit.*, 201, spec. 210 ss.

4-*sexies*, in via amministrativa) al datore di lavoro di applicare le sanzioni nei suoi confronti. Il principio espresso nell'articolo 20-*bis* della legge n. 83/2000 individua, infatti, come diretti destinatari proprio tali organizzazioni dei lavoratori. Analogo interesse va riconosciuto a coloro che, a seguito di adozione, da parte della Commissione, di una delibera che commina la sanzione amministrativa pecuniaria sostitutiva, rispondono legalmente per organizzazioni di lavoratori alle quali non risultino applicabili le sanzioni stabilite nel comma 2 dell'articolo 4, in quanto non fruitori dei benefici di ordine patrimoniale ivi indicate.

In aggiunta — con riferimento agli articoli 7, comma 1, e 9, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, i quali estendono la legittimazione ad impugnare ai soggetti cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, che siano diversi dai suoi destinatari — si potrebbe riconoscere un interesse al singolo lavoratore a ricorrere avverso la delibera sanzionatoria della Commissione, per la lesione indiretta che deriva, al suo esercizio del diritto di sciopero, dal provvedimento che colpisce, proprio per la loro titolarità del diritto, l'organizzazione sindacale o il soggetto collettivo, al quale egli fa riferimento o conferisce mandato. Ci si sta riferendo qui, è bene ribadirlo, alle sanzioni c.d. collettive e non a quelle irrogate dal datore di lavoro al singolo lavoratore per la sua adesione ad uno sciopero dichiarato illegittimo dall'autorità di garanzia, per le quali dovrebbe riconoscersi la possibilità di impugnare autonomamente la sanzione ai sensi dell'articolo 7, comma 6, della legge n. 300/1970<sup>112</sup>.

Per quel che riguarda la tipologia delle delibere c.d. di natura precettiva, come quelle di regolamentazione provvisoria adottate ai sensi dell'articolo 13, lettera a) della legge n. 83/2000, l'interesse ad impugnare, davanti al giudice amministrativo, dei soggetti collettivi deve essere riconosciuto proprio per il fatto che tali deliberazioni pongono in essere dei precisi obblighi comportamentali nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori, in materia di proclamazione ed attuazione delle astensioni del lavoro<sup>113</sup>. La generalità del loro contenuto che, come si è detto, spiega i suoi effetti direttamente nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori, non esclude, già di per sé, la sussistenza di un potenziale effetto lesivo nei confronti di tali soggetti. E il legittimo ricorso ai rimedi processuali riconosciuto ai soggetti collettivi, contro tale effetto lesivo, non può essere spiegato se non in quanto la legge, ormai, considera tali organizzazioni

<sup>112</sup> Si veda Pascucci, *Le sanzioni*, cit., 92, spec. 110.

<sup>113</sup> In tal senso Merusi, *Sul potere di regolamentazione provvisoria della Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2001, I, 22; Cacciapaglia, *op. cit.*, 16; in senso contrario le argomentazioni di Perrino, *op. cit.*, 211 ss., la quale sostiene che la generalità del contenuto della delibera di regolamentazione provvisoria non configurerebbe, di per sé, una violazione, dovendo tale violazione derivare da un puntuale atto applicativo della stessa, quale ad es. una comandata del datore di lavoro in applicazione della delibera in questione; tale comandata deve pertanto essere impugnata, e la sua impugnazione coinvolgerebbe poi, nello stesso regime processuale, l'atto generale.

dei lavoratori che proclamano lo sciopero, come i reali titolari del diritto in questione <sup>114</sup>.

Acquisita, dunque, la possibilità di impugnazione diretta dell'atto precettivo dell'autorità di garanzia, ci si può, ancora, chiedere se siano, in qualche modo, configurabili ipotesi di impugnazione da parte del singolo lavoratore, per la restrizione del suo esercizio del diritto che derivano dai provvedimenti di regolamentazione eteronoma, adottati dalla Commissione. A tal proposito, potrebbe qui sostenersi una soluzione che consenta al singolo l'impugnazione, non dell'atto generale (la delibera di regolamentazione provvisoria) — che impone obblighi generali, ascrivibili sostanzialmente ai soggetti che proclamano lo sciopero e, dunque, al soggetto collettivo al quale, come si è detto, andrebbe riservata l'impugnazione — bensì dell'atto derivato e, di volta in volta, applicativo del primo. È quest'ultimo, infatti, che impone, direttamente, al singolo degli obblighi di prestazione, di per sé limitativi della possibilità del lavoratore di esercitare il diritto di sciopero: così, ad esempio l'impugnazione potrà essere diretta al piano di servizi ove sono individuati i singoli dipendenti chiamati ad attuarlo, alla singola comandata, ecc.

Certo, l'impugnazione dell'atto derivato potrebbe coinvolgere, indirettamente, nello stesso destino processuale, anche l'atto c.d. *a monte*, cioè la delibera della Commissione, che comunque, come si è detto, non dovrebbe essere oggetto dell'impugnazione del singolo lavoratore.

Non rimane che soffermarsi brevemente, ai fini della nostra indagine, sul restante profilo di responsabilità individuale e il relativo regime sanzionatorio, in riferimento al quale si è già richiamata la possibilità per il lavoratore di impugnare autonomamente la sanzione ai sensi dell'articolo 7, comma 6, della legge n. 300/1970.

Non sembra, in verità, che da tale previsione possa dedursi una volontà, del legislatore, di conservazione della tradizionale ricostruzione della titolarità del diritto in termini individuali. Anzi, questo profilo di responsabilità individuale sarebbe, come si è avuto modo di premettere, da collegare integralmente alla fase dell'esercizio del diritto, vale a dire alla mera possibilità di adesione, per la quale, pur in una coerente ricostruzione generale che inquadri titolarità ed esercizio in termini collettivi, può ritenersi sussistente proprio come prerogativa dell'esercizio individuale, nel senso di incoercibile possibilità per il lavoratore di scegliere se aderire o meno all'azione collettiva e dunque se esercitare concretamente il suo diritto.

Si deve, in conclusione, ritenere che l'unica esperienza legislativa in materia di sciopero ha sostanzialmente recepito l'esigenza di riconoscere il soggetto collettivo come effettivo titolare del diritto. Allora, se è vero che il diritto di

---

<sup>114</sup> Ciò è in effetti quanto si è verificato nella prassi, ad es. in settori di estrema rilevanza, quali quello del trasporto aereo, nel quale la delibera di regolamentazione provvisoria della Commissione n. 01/92, del 19 luglio 2001, vedila in *GU*, n. 187, 10 agosto 2001, Serie Generale, è stata impugnata dalle Oo.Ss. dei lavoratori nelle parti relative alla predisposizione dei servi minimi; ed anche dall'Associazione che raggruppa le aziende del trasporto aereo – Assaereo – nella parte relativa alle procedure di raffreddamento.

sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano, e se è vero che l'unica legge di regolamentazione di tale diritto rimane la legge n. 146/1990, e successive modificazioni, si deve allora dedurre che da tale fonte normativa vadano, anche, ricavate delle precise indicazioni, in merito alla titolarità del diritto in questione <sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Tale indicazione in Rusciano, *L'iter formativo della legge 83 del 2000*, cit., 177.

## La riforma degli assetti contrattuali nell'artigianato: un modello originale

*Riccardo Giovani*

*Sommario:* **1.** Premessa. — **2.** Il cammino verso un modello originale di relazioni sindacali. — **3.** L'esigenza di rafforzare la contrattazione decentrata. — **4.** Il nuovo modello contrattuale: la tutela del potere d'acquisto nei due livelli. — **5.** Il nuovo modello: la ripartizione delle materie fra i due livelli.

**1.** Il 17 marzo 2004, presso il Cnel, a conclusione di un complesso negoziato formalmente avviato nel 2001, le Associazioni delle imprese artigiane Confartigianato, Cna, Casartigiani, Clai e le Confederazioni sindacali Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto un importante accordo destinato a ridisegnare le relazioni sindacali nel comparto.

Il punto centrale dell'intesa, che verrà analizzato nel presente articolo, riguarda la costituzione di un nuovo sistema di assetti contrattuali che sposta il baricentro della contrattazione dal livello nazionale a quello regionale.

Le parti hanno però affrontato anche altre tematiche centrali nelle relazioni del comparto, quali la definizione delle linee guida per la realizzazione di un sistema di ammortizzatori sociali fondato sulla sussidiarietà; l'avvio di un confronto finalizzato a migliorare il sistema della bilateralità; l'avvio della previdenza complementare, prevedendo anche la possibilità, affidata alle parti sociali regionali, di costituire entro tempi predeterminati fondi regionali.

L'accordo del 17 marzo 2004 segna, per certi versi, la conclusione di un percorso iniziato nel dopoguerra e che, a partire dagli anni Ottanta, ha evidenziato una spiccata capacità di innovazione nell'artigianato, che ha condotto alla costruzione di un modello di relazioni sindacali originale ed autonomo, con l'obiettivo di poter dare risposte mirate alle esigenze e specificità del comparto.

**2.** Le prime regolamentazioni collettive a carattere nazionale nell'artigianato, nel dopoguerra, furono quella dei rapporti di lavoro delle aziende di barbiere e parrucchiere (1947), quella delle imprese dei mugnai (1948) e quella dei dipendenti da aziende bottoniere (1956).

Per quanto riguarda la copertura contrattuale degli altri settori artigiani, vi era

---

\* *Riccardo Giovani è responsabile del Settore legislazione del lavoro e contrattazione di Confartigianato.*

una forte ritrosia delle organizzazioni sindacali nazionali dei lavoratori ad avviare autonome relazioni contrattuali, probabilmente determinata dall'intento del sindacato, perdurante fino alla fine degli anni Settanta, di far confluire la contrattazione dell'artigianato in quella industriale.

In una prima fase le aziende artigiane continuarono ad applicare i vecchi contratti corporativi apportandovi variazioni ed adattamenti, oppure convenendo, a livello territoriale con i sindacati locali, anche accordi di aggiornamento degli stessi.

Si diffuse a tal punto la contrattazione territoriale, che all'inizio degli anni Sessanta si contavano oltre 300 accordi.

Nel frattempo il Parlamento, al fine di supplire all'inattuazione dell'articolo 39 della Costituzione, aveva approvato la legge 14 luglio 1959, n. 741, che delegava il Governo ad adottare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti i lavoratori appartenenti ad una medesima categoria.

Nella prima fase di attuazione della legge n. 741/1959 sembrò prevalere l'orientamento — fortemente contrastato dalle imprese artigiane — secondo cui i decreti delegati che traducevano in norma di legge i contratti di lavoro industriali dovevano essere applicati anche alle corrispondenti categorie artigiane, ove prive di autonoma regolamentazione.

Ne seguì, inevitabile, un contenzioso giudiziario che fu risolto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 70 del 15 maggio 1963. I giudici della Consulta, in armonia con i principi di libertà ed autonomia sindacale costituzionalmente sanciti, nel ritenere coincidente il campo di applicazione delle norme emanate nei decreti governativi con quello coperto da contrattazione collettiva, escludono che i contratti di lavoro potessero essere imposti a categorie autonomamente e diversamente organizzate ed estranee alla contrattazione stessa.

La successiva giurisprudenza di merito e di legittimità consolidò il pronunciamento della Consulta, rigettando definitivamente la tesi in base alla quale non sarebbe stato possibile stabilire regolamentazioni economiche diverse tra i lavoratori che esercitano la stessa attività nelle imprese industriali ed in quelle artigiane, tesi che traeva il proprio fondamento sulla argomentazione che la legge n. 741/1959 avrebbe tradotto in atto non il dettato costituzionale dell'articolo 39, ma quello dell'articolo 36.

In particolare, la Suprema Corte respinse tale argomentazione sostenendo che a fronte di una identità di qualità e quantità del lavoro prestato alle dipendenze di imprese industriali ed artigiane differenti tra loro nel tempo e nella struttura economico-giuridica, poteva non aversi, sia nel mercato del lavoro che negli strumenti di determinazione salariale, corrispondente identità di trattamento. Una volta definito tale quadro giuridico, le organizzazioni artigiane stipularono con il sindacato altri contratti collettivi nazionali di lavoro, dando copertura contrattuale non solo ai settori principali, ma anche a numerosi settori minori, fino a giungere agli attuali 16 contratti collettivi nazionali di lavoro disciplinanti il rapporto di lavoro del milione e mezzo di lavoratore dipendenti da imprese



artigiane, oltre all'accordo economico collettivo degli agenti e rappresentanti di commercio.

Tuttavia, il vero momento di svolta delle relazioni sindacali nell'artigianato, prende l'avvio a partire dagli accordi interconfederali degli anni Ottanta riguardanti la bilateralità e la rappresentanza sindacale.

Con l'accordo interconfederale del 21 dicembre 1983 vennero costituiti gli enti bilaterali territoriali, composti e gestiti pariteticamente tra rappresentanti delle organizzazioni artigiane e rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, la cui regolamentazione definitiva venne messa a punto con il successivo accordo del 27 febbraio 1987.

Gli enti bilaterali sono strumenti creati dalla contrattazione per affrontare e risolvere, in un contesto non negoziale, particolari questioni oggetto di confronto.

Si tratta di strumenti tipici di un modello di relazioni di tipo partecipativo.

Numerosi possono essere i compiti degli enti bilaterali, i quali sono stabilmente costituiti in ogni Regione. Essi possono intervenire, con criteri di mutualizzazione, per l'erogazione delle principali prestazioni integrative contrattualmente dovute ai lavoratori (malattia, maternità, infortunio), possono impostare corsi di formazione professionale e, a seguito dell'accordo interconfederale del 21 luglio 1988, gestiscono un fondo di sostegno al reddito, alimentato attraverso un contributo delle imprese versato per ciascun dipendente, che ha lo scopo di erogare provvidenze per il sostegno al reddito dei lavoratori delle imprese interessate da sospensioni temporanee delle attività causate da eventi di forza maggiore indipendenti dalla volontà dell'imprenditore, quali gli eventi atmosferici eccezionali, le calamità naturali, l'interruzione dell'erogazione delle fonti energetiche, la difficoltà nell'utilizzo di materie prime.

Una quota delle risorse viene anche destinata alle imprese per il ripristino del ciclo produttivo, per la ricollocazione o riorganizzazione dell'attività produttiva dovuta a fattori e soggetti esterni all'azienda, o per la modifica dei processi.

Il fondo di sostegno al reddito collocato all'interno degli enti bilaterali interviene anche in caso di crisi congiunturale per l'erogazione di provvidenze per il sostegno al reddito dei lavoratori delle imprese interessate da riduzione di orario e/o sospensione temporanea delle attività. In questo modo, le parti sociali operanti nel comparto hanno costituito uno strumento di origine contrattuale per supplire all'assenza di ammortizzatori sociali per i lavoratori dipendenti dalle imprese artigiane.

L'accordo interconfederale del luglio 1988 rappresenta il fondamento dell'attuale sistema degli enti bilaterali dell'artigianato: quanto si è andato sviluppando in seguito prende le mosse dalla strategica e positiva intuizione che le parti sociali ebbero all'epoca e che è stato possibile realizzare grazie alla pratica del principio della bilateralità. Il recepimento dell'accordo nei contratti collettivi nazionali di lavoro dei settori artigiani (edilizia ed autotrasporto esclusi, la prima per il sistema proprio di casse edili, il secondo per la particolare attività svolta), unito alla progressiva applicazione pratica dello stesso accordo in tutte

le Regioni italiane, hanno dato vita al sistema di enti bilaterali più diffuso e consolidato in Italia <sup>1</sup>.

L'altro istituto fortemente innovativo costruito dalle parti sociali artigiane con il richiamato accordo interconfederale del 1988 — anch'esso espressione di un modello partecipativo di relazioni — è quello del rappresentante di bacino, tuttora operante.

Le organizzazioni nazionali degli imprenditori artigiani e quelle dei sindacati dei lavoratori, abbandonando definitivamente l'idea del delegato d'impresa, inconciliabile con le ridotte dimensioni delle imprese artigiane, hanno risolto il problema della rappresentanza sindacale per le imprese fino a 15 dipendenti istituendo rappresentanti sindacali territoriali, sulla base delle indicazioni dei lavoratori occupati nelle imprese artigiane presenti in ciascun territorio (coincidente, di norma, con le singole Province), e costituendo appositi fondi intercategoriale per consentire il funzionamento di sedi permanenti di incontro e confronto fra le rispettive rappresentanze delle parti, in corrispondenza dei bacini individuati dalle parti.

Sul fronte degli assetti contrattuali significativi elementi di novità arrivarono nel 1992.

Infatti, l'accordo interconfederale del 3 agosto 1992, che stabiliva il modello di contrattazione preesistente alla riforma attuata nel 2004, segnò la nascita di un sistema di assetti contrattuali originale rispetto a quello che appena un anno dopo, il 23 luglio 1993, sarebbe stato realizzato dal Protocollo sulla politica dei redditi e sugli assetti contrattuali <sup>2</sup>. Tanto da indurre le parti sociali artigiane, in occasione della firma del Protocollo del 1993, ad inserire una nota a margine tesa a conservare l'originalità e l'autonomia del modello artigiano, articolato su due livelli contrattuali (nazionale e regionale) di durata quadriennale, senza alcuna suddivisione fra biennio economico e parte normativa, con un particolare meccanismo di tutela del potere d'acquisto delle retribuzioni consistente in riallineamenti retributivi annuali fra l'inflazione programmata presa a base per gli aumenti contrattuali e l'inflazione reale, operante solamente in caso di scostamento superiore allo 0,50%.

Il citato accordo del 1992 favorì, inoltre, una rapida diffusione della contrattazione regionale.

Una delle cause dello sviluppo, nell'artigianato, dell'articolazione regionale di contrattazione, assai rara nel settore industriale, è da ricercarsi nella devoluzione di competenze in materia di artigianato, formazione professionale e apprendistato alle Regioni, che ha portato le parti sociali a confrontarsi e dialogare con questo livello istituzionale <sup>3</sup>.

Sia l'accordo del 1992 che il Protocollo sulla politica dei redditi del 1993

---

<sup>1</sup> Così, De Lucia, Ciuffini, *Il sistema degli enti bilaterali nell'artigianato: una esperienza italiana al servizio del dialogo sociale europeo*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>2</sup> Gobbi, *Il lungo cammino verso il federalismo*, in *Impresa artigiana*, 2004, n. 14.

<sup>3</sup> Così, Perulli, Zilio Grandi, Torelli, *Il quadro giuridico: i lineamenti istituzionali dell'artigianato*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2004, n. 36.

prevedevano delle verifiche del modello di contrattazione, verifiche che presero l'avvio nel corso del 1997, ma che vennero interrotte dal Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione firmato tra Governo e parti sociali il 22 dicembre 1998, il quale ebbe un sostanziale effetto congelante del sistema degli assetti contrattuali.

Nel maggio del 2000 la Confartigianato inoltrò alle Confederazioni sindacali la formale disdetta dell'accordo del 1992 sul sistema contrattuale e l'anno successivo prese l'avvio il negoziato sfociato nell'accordo che si commenta.

**3.** Le spinte verso il decentramento contrattuale non sono presenti esclusivamente nella situazione italiana.

Linee di tendenza evolutive verso il decentramento della contrattazione collettiva, che dovrebbero consolidarsi nei prossimi anni, sono infatti ben rinvenibili anche nei diversi sistemi europei di relazioni industriali <sup>4</sup>.

Si consideri, ad esempio, che in occasione dei cosiddetti *shock* asimmetrici, cioè di quelle crisi economiche che interessano una parte soltanto dell'economia o del territorio nazionale, la contrattazione collettiva decentrata è rimasta uno dei pochissimi strumenti in grado di porsi quale variabile sostitutiva del tasso di cambio, adattandosi alle differenze regionali.

Certamente, per quanto concerne la nostra realtà nazionale, la riforma in senso federale dello Stato avviata con le modifiche al titolo V della Costituzione e la conseguente devoluzione di attribuzioni sempre più numerose alle Regioni rendono inevitabile una revisione del contenuto e delle competenze dei livelli contrattuali.

Inoltre, il perdurare del forte squilibrio territoriale fra le aree del nord e quelle del Mezzogiorno d'Italia, considerato il più importante problema del nostro mercato nazionale del lavoro <sup>5</sup>, rende ancora più evidente i limiti della contrattazione nazionale *a taglia unica*, che certamente non aiuta ad affrontare le specificità territoriali.

L'esigenza del decentramento della contrattazione è stata avvertita nell'artigianato prima di altri comparti. Ciò è dovuto al forte radicamento nel territorio delle imprese artigiane e ad una consolidata esperienza di contrattazione regionale che è giunta ad assicurare una copertura di circa il 70% dei lavoratori dipendenti.

Tuttavia, dal punto di vista della copertura territoriale, la contrattazione di secondo livello è praticata nelle Regioni del centro e, soprattutto, del nord d'Italia. Fatta salva l'eccezione dei contratti territoriali dell'edilizia, essa è praticamente assente nel sud, dove, peraltro, si registra anche una diffusa disapplicazione della contrattazione nazionale.

Proprio per questo, tra le finalità che il nuovo modello artigiano persegue vi è

---

<sup>4</sup> Si veda Biagi, *Cambiare le relazioni industriali. Considerazioni a margine del Rapporto del Gruppo di Alto Livello sulle relazioni industriali e il cambiamento nella UE*, in Montuschi, M. Tiraboschi, Treu, *Marco Biagi. Un giurista progettuale*, Giuffrè, Milano, 2003, 529 ss.

<sup>5</sup> Dell'Aringa, *Federalismo e politiche del lavoro*, in *Economia italiana*, 2001, n. 3, 592.

anche quella di diffondere in maniera capillare la contrattazione — sia quella nazionale che quella territoriale — nel Mezzogiorno d'Italia. Ciò può avvenire soltanto in presenza di un sistema che riequilibri il peso dei due livelli, in modo tale che per le imprese che operano nei territori più deboli economicamente la contrattazione possa rappresentare un'opportunità per lo sviluppo e non, come spesso accade oggi, un mero onere in quanto frutto di una negoziazione centralistica che non è in grado di adattarsi alle situazioni ed ai contesti in cui queste operano.

Il nuovo sistema di assetti contrattuali nell'artigianato mira, inoltre, a favorire l'affermazione della concertazione territoriale, ad animare cioè la discussione fra le parti sociali regionali sui temi dello sviluppo territoriale, del rapporto tra impresa, lavoratori e territorio, delle condizioni in cui viene esercitata l'attività dei soggetti d'impresa in termini di infrastrutture, trasporti, servizi locali, formazione, Amministrazioni Pubbliche e così via. In altre parole mira a rendere gli attori territoriali protagonisti della concertazione ed in grado di confrontarsi tra loro e con la Regione e le Amministrazioni locali sulle linee e sui temi dello sviluppo territoriale.

Ciò nella consapevolezza che senza una solida contrattazione di base non può sussistere neppure una autentica concertazione, la cui pratica è ormai inevitabile con il federalismo.

Il livello territoriale è, per le piccole imprese, quello più idoneo per misurare la produttività, la dinamica del mercato del lavoro, le condizioni sociali ed economiche dei lavoratori.

Le piccole imprese, in particolare, scontano differenziali di produttività in relazione ai diversi contesti territoriali nei quali le stesse operano, a causa delle forti diseconomie esterne (carenza di servizi, infrastrutture, reti, formazione, ecc.) presenti in maniera marcata in alcune aree del Paese.

La filosofia di fondo che, dunque, ispira il nuovo modello contrattuale artigiano è quella della partecipazione, della bilateralità, della consapevolezza che, pur nella imprescindibilità del doppio livello di contrattazione, la centralizzazione eccessiva della contrattazione ostacola la capacità dei lavoratori e delle aziende di intervenire sulle condizioni locali e di negoziare in modo flessibile, laddove la contrattazione decentrata favorisce lo sviluppo delle imprese e del territorio ed è in grado di determinare incrementi di produttività.

**4.** Il modello contrattuale disegnato dall'accordo del marzo 2004 ha confermato sia l'articolazione della contrattazione su due livelli (nazionale e regionale), sia la titolarità della contrattazione, per le rispettive competenze, alla Confederazione ed alla Categoria, articolate, a loro volta, a livello nazionale e regionale.

È però profondamente mutato il ruolo di ciascuno dei due ambiti contrattuali. Al livello nazionale viene affidata una funzione di tipo perequativo, di garanzia degli standard salariali e normativi, mentre la contrattazione regionale assume sempre più una funzione acquisitiva.

Gli elementi di novità dell'accordo sono numerosi non solo rispetto al precedente sistema artigiano di assetti contrattuali, ma anche rispetto al sistema di

assetto stabilito dal Protocollo del 23 luglio 1993, il quale ha finora rappresentato il modello di riferimento per l'intero mondo imprenditoriale.

La prima fondamentale novità riguarda la modalità attraverso la quale si realizza la tutela del potere d'acquisto dei salari, che nel nuovo sistema di assetti avviene nell'ambito dei due livelli e sulla base di parametri diversi rispetto al passato.

Il contratto collettivo nazionale ha, infatti, il compito di adeguare le retribuzioni nazionali al tasso di inflazione programmata stabilito in sede di politica dei redditi ovvero, in caso di mancata concertazione triangolare, al tasso di inflazione concordato tra le parti sociali sulla base degli indicatori disponibili. Il contratto collettivo regionale completa la tutela del potere d'acquisto delle retribuzioni in caso di scostamento fra l'inflazione presa a riferimento degli incrementi nazionali e l'inflazione reale all'epoca degli accordi regionali.

Come si può agevolmente rilevare, oltre alla novità — estremamente importante — consistente nella circostanza che il recupero dello scarto fra inflazione programmata e reale è affidato al livello territoriale, vi è l'ulteriore elemento innovativo — altrettanto rilevante — della previsione di un nuovo parametro di riferimento, quello dell'inflazione concordata tra le parti.

L'accordo degli artigiani stabilisce, in sostanza, che gli incrementi dei salari nazionali devono continuare ad essere disposti sulla base dell'inflazione programmata indicata dal Governo nel documento di programmazione economica finanziaria, soltanto se tale dato sia realmente il risultato di una concertazione triangolare.

In assenza della politica dei redditi, se, quindi, le parti sociali non verranno coinvolte nel processo di concertazione triangolare Governo-Imprese-Sindacati stabilito dal Protocollo del 1993 (con il corollario dei reciproci comportamenti virtuosi rispetto agli obiettivi concordati), i rinnovi nazionali verranno effettuati sulla base di un tasso di inflazione concordato fra le parti.

L'intesa in esame è certamente funzionale al recupero di un ruolo attivo delle parti sociali nella determinazione del tasso di inflazione sul quale basare il recupero del potere d'acquisto dei salari e la conseguente contrattazione.

L'affidamento al secondo livello del compito di adeguare i salari all'inflazione reale del territorio — compito che precedentemente, nell'artigianato, veniva assolto dalla contrattazione nazionale attraverso gli accordi annuali di riallineamento retributivo — costituisce la condizione che, di fatto, rende esigibile la contrattazione di secondo livello e la rende centrale nel nuovo sistema, considerato anche che il compito di distribuire la produttività del lavoro, laddove prodotta, è affidato esclusivamente al livello regionale.

Alla luce di quanto sopra, la clausola contenuta nell'accordo in esame, secondo cui "I due livelli di contrattazione hanno pari coerenza" va dunque letta non soltanto alla stregua di una dichiarazione di principio di politica sindacale, ma anche alla stregua di una vera e propria clausola giuridica tesa ad imporre l'applicazione integrale di entrambi i livelli di contrattazione a tutte le imprese artigiane che applicano il contratto nazionale, a prescindere dall'esistenza, in capo alle stesse, del rapporto associativo con le organizzazioni imprenditoriali stipulanti.

Quanto sopra può rappresentare una soluzione per via contrattuale al problema dell'assenza nel nostro ordinamento, stante la perdurante inattuazione dell'articolo 39 della Costituzione, di una normativa che riconosca al contratto collettivo di lavoro efficacia generalizzata.

Infatti, nel nuovo sistema di assetti contrattuali la tutela del potere d'acquisto dei salari si realizza attraverso l'applicazione congiunta dei due livelli di contrattazione e la distribuzione della produttività del lavoro è affidata esclusivamente al livello regionale. Inoltre, il modello, a regime, prevederà un articolato sistema regionale di *welfare* integrativo, attuato anche attraverso gli enti bilaterali, che potrà spaziare dalle misure di sostegno a favore dei lavoratori in caso di crisi aziendali, alla tutela sanitaria integrativa, dai servizi di assistenza alle famiglie quali gli asili nido, agli interventi formativi, dalla previdenza complementare a forme di credito incentivato.

In questo modo, l'applicazione dei principi costituzionali di giusta retribuzione, di tutela della famiglia e della maternità, della salute, del lavoro, potrà effettivamente realizzarsi solo attraverso l'applicazione congiunta ed integrale delle disposizioni contenute nei due livelli di contrattazione.

La cogenza, nel sistema, del secondo livello di contrattazione, è poi evidenziata anche dalla previsione, nell'accordo, di una clausola di garanzia a favore dei lavoratori in caso di mancanza di intese territoriali, la quale opera in presenza dell'indispensabile presupposto della presentazione di piattaforme da parte del sindacato in tutte le regioni e per tutte le categorie.

In tale ipotesi, infatti, è previsto l'intervento delle parti nazionali, da esercitarsi entro la vigenza contrattuale, per garantire la tutela del potere d'acquisto relativamente alle regioni che non vi abbiano provveduto.

Alla contrattazione regionale è dunque affidato il duplice compito di distribuire la produttività del lavoro, laddove esistente, sulla base di parametri concordati fra le parti regionali e di colmare l'eventuale scarto fra l'inflazione presa come riferimento per i rinnovi nazionali e quella reale esistente nella regione al momento dell'accordo.

Un siffatto sistema, nel tempo, potrà determinare differenze salariali fra le diverse regioni.

Va tuttavia osservato che ciò non implica assolutamente un ritorno alle gabbie salariali. Queste ultime, infatti, erano gestite centralmente, preordinate per creare differenze salariali, laddove l'accordo interconfederale, al contrario, libera risorse a favore del territorio, affidando alla negoziazione regionale e, dunque, alla libera contrattazione delle parti, il compito di definire i salari sulla base di parametri di riferimento ben delineati.

**5.** Un'altra importantissima novità del nuovo modello di contrattazione riguarda la ripartizione delle materie tra i due livelli.

Viene superato lo schema precedente, in base al quale la contrattazione di secondo livello — non a caso riduttivamente definita "integrativa" — era una contrattazione meramente applicativa del Ccnl, abilitata a spaziare esclusivamente sulle materie ad essa delegate dal contratto nazionale, nel rispetto dei rigorosi limiti stabiliti nella delega.

Il nuovo schema, invece, ricalca il principio in materia di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni che ha informato la legge di revisione costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

Vi sono, infatti, alcune materie che restano affidate alla potestà esclusiva della contrattazione nazionale; esse sono: la definizione delle regole del sistema (luoghi, tempi, modalità delle trattative), i diritti individuali e sindacali (congedi parentali, diritto allo studio, permessi sindacali, assemblea), l'inquadramento dei lavoratori, il salario nazionale.

Vi è, poi, una materia di legislazione concorrente, che è quella dell'orario di lavoro, in relazione alla quale la trattazione è affidata al contratto regionale, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservati al livello nazionale.

Tutte le altre materie sono di competenze esclusiva della contrattazione regionale.

Ovviamente, anche per le materie di competenza esclusiva dei contratti regionali le regolamentazioni già stabilite dai contratti collettivi nazionali continueranno ad essere valide ed applicabili fino a quando non verranno sostituite dalle apposite discipline della contrattazione regionale.

L'importanza della contrattazione decentrata nel nuovo sistema contrattuale è dunque confermata anche con riferimento alle materie oggetto di negoziazione. Del resto, va osservato che il panorama legislativo di riferimento — come già evidenziato in relazione alla legge di revisione costituzionale del 2001, che ha determinato la riscrittura dell'articolo 117 della Costituzione — è sempre più caratterizzato dal riconoscimento alla contrattazione territoriale di un ruolo ed una valenza quanto meno equivalenti a quella nazionale.

Si pensi al nuovo modello di rapporti tra legge ed autonomia collettiva stabilito dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, di riforma del mercato del lavoro.

I numerosi rinvii alla contrattazione collettiva operati dal decreto citato, salve alcune sporadiche eccezioni, non predeterminano il livello nel quale esercitare il rinvio stesso, ma lasciano libere le parti sociali di stabilire se dare attuazione alle disposizioni del provvedimento attraverso i contratti collettivi nazionali di lavoro ovvero attraverso i contratti territoriali (in ipotesi più circoscritte, anche attraverso i contratti aziendali).

Nell'intero testo del provvedimento, il legislatore equipara la contrattazione nazionale a quella territoriale, superando così il precedente indirizzo di politica legislativa che tendeva invece a considerare il livello nazionale quale sede privilegiata della contrattazione collettiva.

Vi sono, poi, importanti materie, quali la regolamentazione dell'apprendistato, che vengono affidate alla competenza delle Regioni e, conseguentemente, della negoziazione collettiva di tale ambito.

La contrattazione regionale, così come previsto dall'accordo in esame, può essere avviata sulla base delle nuove modalità già a partire dal 1° aprile 2004, relativamente ai contratti collettivi regionali scaduti a tale data.

Non è però interdetta la possibilità di riaprire tale contrattazione anche per i contratti di secondo livello in corso di vigenza, al fine di avviare la negoziazione

sulle materie che sono state oggetto di riforme, quali, ad esempio, l'apprendistato, i contratti di inserimento, il part-time.

Le parti sociali devono ancora definire alcune materie e questioni, riguardanti la semplificazione del numero dei contratti attraverso le aggregazioni di settori omogenei; la copertura contrattuale di tutti i settori in cui operano imprese artigiane; le regole di funzionamento del sistema (tempi e procedure della contrattazione nazionale e di quella di secondo livello); la riforma del sistema classificatorio dei lavoratori, ormai indifferibile trattandosi di un sistema vecchio di oltre 30 anni e largamente superato dalla evoluzione dei contesti economici ed organizzativi del comparto; la costituzione dell'osservatorio nazionale della contrattazione decentrata.

In ogni caso, a partire dal 1° gennaio 2005 i contratti collettivi nazionali e quelli regionali di lavoro potranno essere stipulati soltanto sulla base delle nuove regole.



## Una panoramica internazionale sull'estensione e sulla rilevanza della contrattazione collettiva

Jacques Rojot

*Sommario:* **1.** Introduzione. — **2.** Una definizione di contrattazione collettiva? — **3.** L'ambito limitato della contrattazione collettiva come processo rispetto ad altri. — **4.** Lo spazio lasciato alla contrattazione collettiva dall'ordinamento legale. — **5.** La contrattazione collettiva e la politica economica nazionale. — **6.** Le trasformazioni nel procedimento e nel contenuto della contrattazione collettiva. — **7.** Gli ostacoli ideologici alla contrattazione collettiva. — **8.** Il caso dei Paesi in via di sviluppo. — **9.** Conclusioni.

**1.** È opinione ormai diffusa che la contrattazione collettiva sia un obiettivo meritevole da perseguire non solo di per se stesso, ma per ottenere, altresì, risultati di tipo economico o politico. Essa agevola il funzionamento del mercato del lavoro ed è parte di un procedimento democratico. Così la convenzione OIL n. 98, che risale al 1949 ed è stata ratificata da 123 Nazioni, insieme con il diritto di organizzazione sindacale, riconosce il diritto dei lavoratori alla contrattazione collettiva. Generalmente si ritiene poi che, una volta che la contrattazione collettiva sia garantita da una legge nazionale, riesca ad operare in maniera abbastanza soddisfacente. La convenzione n. 98 è stata poi completata dalla convenzione n. 154, che a partire dal 1981 è stata ratificata da 17 Paesi, e dalla raccomandazione n. 163, che promuove la contrattazione collettiva.

L'obiettivo del presente studio è mettere in discussione tali preconcetti, spesso non sorretti da argomenti adeguati, per guardare più da vicino alle possibili limitazioni che, nei vari Paesi, sono poste al diritto di contrattare in forma collettiva, e per meglio definire, così, sia l'estensione di tale diritto, sia la sua rilevanza come concetto generalmente applicabile. Tali problemi sono di estremo interesse, considerato che, se la contrattazione collettiva non è, o almeno non è più, quello strumento così esteso ed efficace che si presume che sia, le politiche inerenti alla sua diffusione e attuazione dovranno essere valutate sotto una nuova luce.

Prima di considerare le possibili limitazioni alla contrattazione collettiva, deve

---

\* Jacques Rojot è professore di Diritto del lavoro presso l'Università di Parigi, Panthéon - Assas, Paris II. Il titolo originale del presente articolo è *The right to bargain collectively: an international perspective on its extent and relevance, in corso di pubblicazione su The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2004, n. 4, vol. 2.*  
*Traduzione a cura di Flavia Pasquini.*

però essere analizzato un problema preliminare, che la generale opinione di favore sulla contrattazione collettiva potrebbe anche fare apparire irrilevante, di primo acchito, ma che, in realtà, è di primaria importanza: cosa si intende precisamente per contrattazione collettiva?

2. Un buon punto di partenza per costruire una definizione di contrattazione collettiva sembrerebbero essere innanzitutto i documenti dell'OIL. Il concetto di contrattazione collettiva è però definito in maniera vaga soltanto dalla convenzione n. 98, come negoziazione volontaria (tra datori di lavoro e lavoratori o loro rappresentanti) con il fine di regolamentare i termini e le condizioni di lavoro attraverso accordi collettivi. La convenzione n. 154, poi, in apparenza chiarisce meglio l'estensione della contrattazione collettiva, aggiungendo le condizioni di lavoro e le relazioni tra lavoratori, datori di lavoro e loro rappresentanti, ma fa semplicemente riferimento alla negoziazione (in senso ampio). Tra l'altro, il termine negoziazione non è del tutto chiaro, visto che sotto tale locuzione possono rientrare molte attività, ma d'altra parte è anche comprensibile che i documenti dell'OIL, che coprono una varietà di situazioni e sono applicabili ad un'ampia serie di Nazioni diverse, adottino una definizione relativamente vaga e onnicomprensiva<sup>1</sup>. Così, ci si può legittimamente domandare cosa sia precisamente la contrattazione collettiva. Ad esempio, *négociation collective* e *negociación colectiva* sono termini esattamente equivalenti?

In 123 Nazioni la contrattazione collettiva è formalmente riconosciuta come diritto, ma quale significato è ad essa riconducibile? La "negoziiazione volontaria" può avere luogo a molti livelli ed in modi molto diversi. Infatti, come è stato opportunamente posto in luce da Bean<sup>2</sup> "la contrattazione collettiva è un'istituzione multifaccettata che, a livello internazionale, ha significati e funzioni diversi". L'obiettivo del presente studio è tentare di chiarire il concetto esaminando le sue applicazioni nei diversi ambiti nazionali.

Se vogliamo cercare di individuare le limitazioni poste all'esercizio del diritto in esame, è necessario preliminarmente definirlo. In effetti, la totale assenza di una definizione ha, in passato, reso vani i tentativi di formulare una teorizzazione del concetto. Nel 1963, Reed Tripp<sup>3</sup> già notava come la mancanza di una teoria sulla contrattazione collettiva fosse stata lamentata da più parti. La ragione per questo stato di cose probabilmente va rinvenuta nella varietà dei significati che tale concetto può assumere. I tentativi di teorizzazione sul tema, comunque, offrono probabilmente un terreno fertile per la ricerca di una definizione.

Storicamente, la contrattazione collettiva è nata come fenomeno auto-gene-

<sup>1</sup> Cfr. Cordoba, *Collective Bargaining*, Capitolo 13, in Blanpain, *Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, Deventer, 1982.

<sup>2</sup> Cfr. Bean, *Comparative industrial Relations*, Croom Helm, London, 1985.

<sup>3</sup> Cfr. Reed Trip, *Collective Bargaining Theory*, in Somers, *Labor Management and Social Policy: Essays in the Commons Tradition*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1963.

rato. Inizialmente non era una politica pubblica progettata consapevolmente, sviluppata e introdotta in maniera volontaria. Essa apparve in maniera spontanea, quando i lavoratori tentarono di imporsi sul tema dei salari e delle condizioni di lavoro, nell'assenza di qualsiasi struttura legale e addirittura prima che i sindacati si organizzassero<sup>4</sup>. Nacque dalle conseguenze della rivoluzione industriale, che disgregò drasticamente le strutture stabili e tradizionali di una società rurale e artigianale, e apparve così al di fuori del diritto, e specialmente al di fuori del diritto dei contratti. Il diritto civile ha avuto così, in molti Paesi, difficoltà ad adeguarsi a questo concetto, e in questa luce è interessante notare come in Inghilterra, fino a 1971, gli accordi collettivi non erano esecutivi per legge, e non costituivano documenti giuridicamente vincolanti per le parti.

Ciononostante, gran parte della letteratura tratta, direttamente o indirettamente, il tema della contrattazione collettiva nell'area delle relazioni industriali, anche se la maggior parte degli scritti riguarda problemi particolari all'interno del processo di contrattazione. Il loro obiettivo principale è generalmente quello di descrivere o spiegare i meccanismi utilizzati per le reciproche concessioni nell'ambito della contrattazione, in termini di teoria comportamentale o economica. Tale obiettivo è esemplificato, ad esempio, dai lavori di Walton e McKersie<sup>5</sup>, Stevens<sup>6</sup>, Schelling<sup>7</sup>, Coddington<sup>8</sup>, Cross<sup>9</sup>, così come da lavori più recenti. Inoltre, alla base di queste teorie (come di altre), se un concetto di contrattazione collettiva esiste, per la maggior parte dei casi è espresso in modo implicito o tacito.

Chamberlain e Kuhn<sup>10</sup> hanno elaborato tre possibili teorie sulla natura della contrattazione collettiva: la teoria del marketing, che considera l'accordo collettivo un contratto per la vendita di lavoro che sostituisce la maggior parte delle precedenti pattuizioni del contratto di lavoro individuale (a parte l'interpretazione legale); la teoria governativa, che considera l'accordo collettivo come l'insieme di regole nel rispetto delle quali deve operare la gestione industriale dell'impresa, e la teoria delle relazioni industriali o del governo industriale, che considera l'accordo collettivo come una serie di direttive congiunte, come ad esempio nei casi di co-direzione e di cogestione tra parte datoriale e parte sindacale. Tali Autori sottolineano che "sarebbe erroneo considerare questi tre approcci come distinti nettamente l'uno dall'altro o come idonei ad escludersi vicendevolmente". Essi rappresentano, in qualche modo, "i livelli di sviluppo del processo di contrattazione", all'interno del quale

<sup>4</sup> Cfr. Chamberlain, Kuhn, *Collective Bargaining*, McGraw Hill, New York, 1965, 2<sup>a</sup> ed.; Mottez, *Politiques patronales et politiques des salaires*, edizioni CNRS, Parigi, 1972.

<sup>5</sup> Cfr. Walton, McKersie, *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*, McGraw Hill, New York, 1965.

<sup>6</sup> Cfr. Stevens, *Strategy and Collective Bargaining Negotiations*, McGraw Hill, New York, 1963.

<sup>7</sup> Cfr. Schelling, *The strategy of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1960.

<sup>8</sup> Cfr. Coddington, *Theories of the Bargaining Process*, Aldine Publishing Co, Chicago, 1968.

<sup>9</sup> Cfr. Cross, *The Economics of Bargaining*, Basic Books, New York, 1969.

<sup>10</sup> Cfr. Chamberlain, Kuhn, *op. cit.*

l'ultimo è il più recente e il più elaborato “livello di conoscenza di quello che il processo di contrattazione collettiva rappresenta” e “dovrebbe rappresentare”, ad esempio dirigendo il comportamento delle parti l'una verso l'altra ed analizzando “l'enfasi con la quale si pongono nei confronti dei vari aspetti della contrattazione collettiva”. Tale approccio ha il grande merito di prendere in considerazione sia la complessità della natura della contrattazione collettiva, sia l'enorme varietà di situazioni che possono presentarsi in quel processo. Flanders<sup>11</sup> ha però criticato questa analisi tripartita e ha tentato di fornire una teoria unificata sulla natura della contrattazione collettiva. Questo Autore innanzitutto rifiuta l'approccio fondato sul marketing, che è simile a quello degli Webbs, sulla base della considerazione che esso è limitato agli aspetti economici di un processo quasi sempre politico, e per questo è fuorviante ed inadeguato, in quanto spiega troppo poco del processo. In secondo luogo, considera l'approccio governativo come troppo restrittivo, in quanto pone l'enfasi su regole procedurali che si concretizzano poi nelle regole sostanziali che sono il risultato del terzo approccio, quello gestionale. Flanders considera la contrattazione collettiva come una regolamentazione congiunta e critica l'approccio manageriale di Chamberlain e Kuhn per la “sua presunzione che l'esistenza di obiettivi concepiti congiuntamente conducano all'integrazione funzionale”. Infatti, il concetto di contrattazione collettiva di Flanders come “regolamentazione congiunta” dei mercati del lavoro e della gestione del lavoro comprende in un unico punto di vista tutti i sistemi di relazioni industriali dove la contrattazione collettiva esiste come processo. Il grado che il carattere “congiunto” assume, poi, può essere di volta in volta diverso: esso varia in maniera rilevante, ma è comunque sempre presente. Il concetto di co-direzione, invece, implica un'integrazione di vedute che potrebbe non esistere in tutti i sistemi. Inoltre, la nozione di regolamentazione congiunta è particolarmente adatta alla natura della contrattazione collettiva, perché tale processo implica molto di più del significato strettamente grammaticale dell'unione tra le parole “collettiva” e “contrattazione”. La negoziazione è chiaramente il cuore e l'essenza della contrattazione collettiva. Ma il concetto non è ristretto alla negoziazione di un accordo. È già stato sostenuto, a ragione, che l'esecuzione del contratto è parte della contrattazione collettiva, per due ragioni: un contratto non può, e non è inteso a, prevedere tutte le possibili situazioni, e durante l'esecuzione del contratto le parti si metteranno alla prova l'un l'altra sui vari problemi, usando gli stessi mezzi e le stesse tattiche usate durante la negoziazione. Ma la contrattazione collettiva non è limitata alla negoziazione ed alla esecuzione del contratto. Nel processo di contrattazione collettiva può essere inclusa anche un'ampia serie di interazioni tra gli attori, che include riunioni informali, discussioni, comitati di studio, oltre a vari contatti e mosse strategiche o tattiche. Queste fanno parte del processo di contrattazione collettiva in sé, e come tali sono distinguibili dalle tattiche di

<sup>11</sup> Cfr. Flanders, *Collective Bargaining: A Theoretical Analysis*, in *BJIR*, 1968, Vol. 6.

negoziazione, in quanto in questo campo rientrano anche le attività delle parti per entrare in contatto e stabilire la reciproca rappresentatività.

Non tutte le attività possono comunque essere incluse nel concetto di contrattazione collettiva. Il concetto di regolamentazione unitaria non è sufficiente. Ciononostante, quando viene considerato come opposto al concetto di co-direzione, permette di distinguere più chiaramente un secondo requisito che la contrattazione collettiva deve avere: la presenza dei due principi antagonistici che sono impliciti nella sua stessa natura, ossia il conflitto e la cooperazione, che costituiscono la base necessaria per una regolamentazione congiunta<sup>12</sup>. La contrattazione collettiva implica la cooperazione anche soltanto nel semplice fatto che gli attori siano d'accordo ad incontrarsi, anche se questo risulta di fatto in un "essere d'accordo nel non essere d'accordo". Inoltre, c'è il fatto implicito che le parti coesistono in un'organizzazione formale con l'obiettivo della produzione di beni o servizi, ossia il luogo di lavoro. Ogni organizzazione formale diretta alla produzione implica un grado di cooperazione (imposta o provocata attraverso la finalizzazione ai medesimi obiettivi) tra coloro che ne fanno parte. Ciononostante, la contrattazione collettiva implica anche il conflitto, visto che gli obiettivi dei diversi attori non sono immediatamente compatibili. Questa situazione tra gli attori è stata riassunta in questi termini in una frase piuttosto breve ma incisiva: "Cooperazione nella preparazione della torta ma conflitto nella divisione delle fette". Questo dovrebbe essere di particolare importanza perché in molti Paesi l'atteggiamento dottrinale generalmente si è orientato nel considerare il conflitto nelle relazioni di lavoro dannoso per la società, tanto da dover essere eliminato. Numerosi sistemi legali ed economici sono orientati verso la soppressione del conflitto, come, ad esempio, attraverso la co-determinazione, la co-gestione, l'auto-gestione, le politiche dei redditi e la "partecipazione", nelle varie forme che essa può assumere, anche lontane dal significato originale del termine. Inseparabile dal conflitto è poi la sua forza opposta, la cooperazione. La contrattazione collettiva si basa su una commistione di queste forze, combinate in varia misura. Nelle parole di Dubin<sup>13</sup>, la contrattazione collettiva può essere definita come "cooperazione antagonistica" o, nei termini in cui si esprime Schelling<sup>14</sup>, "decisione interdipendente", "partnership precaria" o "antagonismo incompleto". In altre parole, essa include un processo decisionale tra lavoro organizzato e gestione ed un processo di interazione basati sull'uso del potere<sup>15</sup>.

Un modello di riferimento col quale probabilmente tutti gli altri dovrebbero misurarsi è quello degli Stati Uniti. Lì, la contrattazione collettiva è una parte fondamentale della politica pubblica in materia di relazioni di lavoro, e così è

<sup>12</sup> Cfr. Rojot, *International Collective Bargaining: An Analysis and Case-Study for Europe*, Kluwer, Deventer, 1978.

<sup>13</sup> Cfr. Dubin, *Constructive Aspects of Conflict*, in Kornhauser, Dubin, Ross, *Industrial Conflict*, McGraw Hill, New York, 1953.

<sup>14</sup> Cfr. Schelling, *op. cit.*

<sup>15</sup> Cfr. Joseph, *Collective Bargaining in Industrial Relations Theory*, in Somers (ed.), *Essays in Industrial Relations Theory*, The University of Iowa Press, Ames, 1969.

stato fin dal *National Labor Relations Act* del 1935. Gli elementi normativi principali sono ben conosciuti: unità di contrattazione, giurisdizione esclusiva al loro interno, protezione contro pratiche di lavoro inique, dovere di contrattare in buona fede, competenza delle corti federali per la messa in pratica dei contenuti dell'accordo collettivo, arbitrato, primato degli accordi collettivi su qualsiasi pattuizione contenuta nei contratti individuali di lavoro.

Comunque, molti altri modelli nazionali non accordano la stessa importanza alla contrattazione collettiva nei loro sistemi di relazioni industriali. In una forma più debole, è infatti lontana dal "restringere l'ambito della discrezionalità manageriale" fino al punto descritto da Schlichter, Healy e Livernash<sup>16</sup> nelle tre aree costituite, innanzitutto, dall'imporre una serie di regole sul lavoro e sull'organizzazione della produzione, dal richiedere standard di equità, una giustificazione e il consenso sindacale per le attività di gestione, e dal proibire certi tipi di condotta manageriale. È in questo quadro che deve essere guardata la contrattazione collettiva in una luce internazionale.

Come sottolineato da Barbash<sup>17</sup>, la contrattazione collettiva è soltanto uno stadio, benché quello di rilievo maggiore, all'interno di una serie di relazioni congiunte tra lavoratori e datori di lavoro, che vanno dalla gestione unilaterale al controllo da parte dei lavoratori. In un ambito internazionale, una definizione di contrattazione collettiva che sia corretta non richiede tutto l'apparato legale predisposto dagli Stati Uniti, ma, per essere utile, richiede comunque un certo grado di formalità. Ad essa si può arrivare innanzitutto seguendo la descrizione di Cordoba<sup>18</sup>:

« Ci sono due significati del termine "contrattazione collettiva": uno più ampio e l'altro più ristretto. Nel suo senso più ampio, la contrattazione collettiva è un processo di contemperamento degli interessi che include tutti i generi di discussioni bipartite o tripartite relative a problemi di lavoro e che colpiscono direttamente o indirettamente un gruppo di lavoratori. Le discussioni possono avere luogo in sedi diverse, con o senza la presenza di autorità statali, e puntano ad accertare la prospettiva dell'altra parte, ottenendo una concessione o giungendo ad un compromesso. Evidentemente, le linee che dividono questa nozione di contrattazione collettiva dalle varie forme, istituzionali e non, di consultazione, cooperazione e concertazione sono piuttosto difficili da tracciare.

Un significato più ristretto ma più preciso di contrattazione collettiva individua quest'ultima solamente in connessione con le discussioni bipartite che conducono alla conclusione di accordi. La contrattazione collettiva, qui, comporta un processo di negoziazione tra datori di lavoro individuali o rappresentanti delle organizzazioni dei datori di lavoro e rappresentanti dei sindacati, così come la conclusione, in caso di intesa, di un accordo scritto. Le negoziazioni di solito

<sup>16</sup> Schlichter, Healy, Livernash, *The Impact of Collective Bargaining on Management*, The Brookings Institution, Washington, 1960.

<sup>17</sup> Cfr. Barbash, *The Elements of Industrial Relations*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1984.

<sup>18</sup> Cfr. Cordoba, *Collective Bargaining*, cit.

sono condotte ad intervalli periodici e l'accordo è, di regola, considerato un documento che lega non solo i suoi firmatari, ma anche i gruppi che essi rappresentano. Lo scopo principale delle negoziazioni e degli accordi è la determinazione dei salari e delle altre condizioni di lavoro in un'impresa o industria, ma possono essere perseguiti anche altri obiettivi, tra cui la regolamentazione delle relazioni tra le parti, la soluzione delle vertenze e la promozione della partecipazione di lavoratori. (...). È probabile che un'interpretazione ampia del termine contrattazione collettiva comporti anche la necessità di includere alcune forme di contrattazione politica e di cooperazione tripartita, oltre ad una contrattazione collettiva in senso stretto » (pp. 220-241).

Dall'interpretazione restrittiva di Cordoba è possibile trarre la conclusione che la contrattazione collettiva debba avvenire tra datori di lavoro e sindacati liberi ed autonomi, attraverso discussioni bipartite e negoziazioni tra i medesimi che diano luogo ad un accordo scritto che regoli i salari e le condizioni di lavoro. Seguendo la discussione dottrinale in materia di contrattazione collettiva, si dovrebbe aggiungere il requisito per cui il processo di negoziazioni bipartite tra sindacati e datori di lavoro avvenga in un ambiente all'interno del quale costituisca un mezzo significativo di regolamentazione congiunta, e che le parti abbiano un potere reale di applicare i mezzi e gli strumenti della cooperazione e del conflitto. In altre parole, il diritto di contrattare collettivamente non deve esistere solo in teoria, all'interno dei Codici del lavoro, ma anche in pratica, con gradi significativi di libertà e mezzi di pressione reciproca accordati alle parti, come sopra evidenziato. Senza contrattare il potere, non c'è contrattazione collettiva.

È di fronte a questa serie di elementi che definiscono la contrattazione collettiva che tenteremo di guardare più da vicino le limitazioni al diritto di esercitarla in una prospettiva internazionale. È chiaramente impossibile fare una rassegna della situazione esistente in ciascuno dei 123 Paesi che hanno adottato la convenzione OIL n. 98, e per questo verrà adottato un approccio più semplice, che consiste nell'analisi di alcuni esempi delle limitazioni che si possono applicare alla definizione che abbiamo appena delineato all'interno dei vari ambiti nazionali e nel tentativo di farli rientrare in categorie definite, traendo anche conclusioni inerenti le loro conseguenze.

**3.** In primo luogo, una serie di limitazioni può derivare dal ruolo concesso alla contrattazione collettiva nella regolazione dei salari e delle condizioni di lavoro. Può accadere che la contrattazione collettiva esista in pieno, ma che il suo spazio risulti seriamente limitato dall'importanza accordata ad altri processi di accordi congiunti, che occupino un posto di primo piano all'interno dei sistemi di relazioni industriali nazionali, tanto da essere divenuti preminenti. Essi non hanno certamente sostituito del tutto la contrattazione collettiva, ma le assegnano comunque uno spazio ridotto ed un grado più basso di libertà. Il caso è quello, ad esempio, della Germania e della Francia, fra gli altri Paesi industrializzati.

In Germania, il pilastro centrale delle relazioni industriali è indubbiamente la co-determinazione, nell'ambito della quale i rappresentanti eletti dai lavoratori

a livello aziendale e negli organismi deputati alla gestione godono di ampi diritti di informazione, consultazione ed in alcuni casi anche di poteri decisionali. Tale sistema inizialmente era stato introdotto, in effetti, per tenere fuori dall'azienda i sindacati e i rappresentanti indipendenti dei lavoratori. Il processo di consultazione e di formazione delle decisioni in maniera congiunta lascia meno spazio per la contrattazione collettiva in senso proprio. In passato la contrattazione collettiva si era occupata principalmente di accordi salariali a livello regionale. Chiaramente, col tempo ha avuto luogo un processo di "sistemazione" tra contrattazione collettiva e co-determinazione, risultato anche da accordi a livello aziendale e che, comunque, non comprende il tema dello sciopero e dell'attività industriale, che sono completamente esclusi dalla nostra definizione restrittiva di contrattazione collettiva.

In Francia, d'altra parte, la legge ha un ruolo estremamente importante in tutti i settori della vita economica e sociale. Questo è ancora vero, nonostante i recenti sforzi verso il decentramento e il rafforzamento dei sindacati. Perciò, molte materie che negli altri Paesi vengono regolate dalla contrattazione collettiva, o, ove fallisca per problemi di rappresentatività lo sforzo dei sindacati, dalle politiche di gestione datoriale, sono regolate da leggi dello Stato e/o da regolamentazioni di tipo amministrativo. Queste ultime non solo includono norme sui salari minimi, ma anche sulla retribuzione in caso di lavoro straordinario e di turni serali, sull'orario di lavoro, sui periodi di chiusura e sulle ferie, oltre che su formazione, regole negoziali, lavoro temporaneo e condizioni di lavoro per i lavoratori part-time, ecc. Tale regolamentazione offre un minimo di copertura effettiva per tutti i lavoratori, che può essere integrata successivamente dagli accordi collettivi a livelli diversi, i quali possono però a loro volta inserire soltanto regolamentazioni di maggior favore per i lavoratori. L'unica eccezione è per alcune materie e problemi minori, in relazione ai quali, soltanto dal 1983 in avanti, la legge ha previsto espressamente il contrario (si tratta dei provvedimenti "derogatori", di cui si dirà oltre).

L'analisi del tema in esame<sup>19</sup>, comunque, ha dimostrato che l'effetto della promozione della contrattazione collettiva in Francia è stato estremamente limitato. Le statistiche del Ministero del lavoro tendono a confermare queste scoperte: a livello settoriale, molti accordi collettivi, come in passato, per gran parte riportano il contenuto di norme che sarebbero comunque obbligatorie per legge. A livello aziendale, solamente un lavoratore su cinque dell'intera forza di lavoro è coperto da un accordo collettivo di questo livello, oltre che da quelli conclusi a livello settoriale o nazionale. Quanto ai loro contenuti, questi accordi hanno poca consistenza. La grande maggioranza di loro (più del 55 per cento) contiene soltanto determinazioni inerenti i salari, finalizzate a disporre aumenti del salario minimo (circa il 40 per cento), o sull'orario di lavoro, per il tramite di contratti che possono essere conclusi grazie a quelle norme di legge che consentono la "modulazione" della durata del lavoro su periodi di molte

<sup>19</sup> Cfr. Delamotte, *La loi et la négociation collective en France: Reflexions sur l'expérience 1981-1985*, in *Relations Industrielles*, 1987, Vol. 42.



settimane. Solo una parte residuale di essi tratta in maniera innovativa alcuni temi originali come la formazione, l'organizzazione del lavoro, la produttività ed altri ancora. La partecipazione agli utili e gli accordi per la suddivisione dei medesimi (questi ultimi in notevole aumento), vanno valutati separatamente, in quanto devono rispettare regole diverse e possono, per esempio, essere firmati dai comitati aziendali piuttosto che da un sindacato rappresentativo. Sotto l'impulso della legge sulle 35 ore è passata una nuova e recente ondata di accordi, ma essi non possono rientrare propriamente nelle dinamiche della contrattazione collettiva. Gli accordi sono infatti obbligatori se le imprese vogliono approfittare delle agevolazioni governative che accompagnano la riduzione legale obbligatoria del tempo di lavoro. Nella maggior parte delle imprese di media dimensione in cui hanno avuto luogo, nell'assenza di un sindacato, la legge ha dovuto prevedere la possibilità, in capo ad uno dei sindacati rappresentativi, di "delegare" un lavoratore non affiliato ad alcun sindacato, al solo fine di firmare l'accordo.

Potrebbero essere rinvenuti altri esempi di processi che limitano l'ambito e l'importanza della contrattazione collettiva, come il vecchio sistema degli arbitrati (*awards*) in Australia. In quel complesso sistema, era conferito il potere di emettere decisioni arbitrali vincolanti (*awards*), idonee a risolvere dispute su "rilevanti questioni di lavoro", comprese quelle inerenti i salari, ad una rete di Tribunali industriali, a livello federale o statale, o in alcuni casi specializzati in determinati settori o attività. Questo sistema è rimasto operante fino all'introduzione delle rilevanti modifiche che hanno poi dato il via all'attuale situazione in Australia, la quale, in materia salariale, lascia maggiore spazio al livello di contrattazione aziendale <sup>20</sup>.

4. Un'altra restrizione al ruolo della contrattazione collettiva si nasconde nelle norme fondamentali in materia di lavoro. Contrariamente al sistema statunitense, dove l'accordo collettivo ha un ruolo essenziale, negli altri sistemi, come anche in quello francese, è il contratto individuale di lavoro tra il lavoratore ed il datore di lavoro ad avere un ruolo primario. I licenziamenti e le dimissioni, per esempio, devono essere analizzati in termini di risoluzione di questo contratto. Esso può avere la forma di documento scritto che contiene specifiche pattuizioni, ma non è necessario che sia così. Vi è però una presunzione giuridica che tale documento sia presente ogniqualvolta si sia in presenza di un rapporto di lavoro (ad esempio di lavoro subordinato), e che esso abbia così un contenuto vincolante automatico ed implicito, così come le leggi in materia di lavoro esistenti, le regolamentazioni amministrative e gli usi, ove siano applicabili al rapporto in questione. Gli accordi collettivi, se esistono, sono inseriti in maniera automatica e temporaneamente, per un lasso di tempo corrispondente alla loro durata, nel contratto individuale di lavoro. Eventuali integrazioni, su volontà delle parti, al contenuto automatico ed implicito del

---

<sup>20</sup> Cfr. Brooks, *Australia*, in Blanpain (a cura di), *The International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, Deventer, 1994, Vol. 2.

contratto non sono necessarie, ma è possibile che esse siano pattuite, sempre se rispettano i principi di ordine pubblico e di buon costume, e se sono migliorative della condizione del lavoratore, salvi i casi in cui, naturalmente, il loro uso (come per le clausole derogatorie di cui oltre) sia permesso espressamente da specifiche norme di legge.

Inoltre, il lavoro atipico, che è cresciuto molto nei Paesi industrializzati ad economia di mercato, sotto la forma di lavoro temporaneo, lavoro a domicilio, lavori ad orario ridotto e a termine, non si presta perfettamente alle pratiche di negoziazione e conclusione di accordi. Da una parte, è probabile che i lavoratori atipici che non si trovano in questa condizione per scelta siano poco sindacalizzati proprio per la natura stessa del loro ambiente di lavoro<sup>21</sup>. D'altra parte, i lavoratori atipici che invece hanno scelto volontariamente di entrare in tale categoria<sup>22</sup>, contando sulla peculiarità della loro professionalità, e convinti di potersi procurare in maniera autonoma condizioni di miglior favore, confideranno maggiormente sui contratti individuali di lavoro che sulla contrattazione collettiva.

**5.** Nei Paesi industrializzati vi è un altro tipo di restrizione che può operare sulla contrattazione collettiva. Nei periodi di crisi economica, quando, ad esempio, la disoccupazione, l'inflazione o entrambe raggiungono livelli critici, la contrattazione collettiva tra le parti può contrastare con la politica economica perseguita dai Governi. Questo è accaduto in molti casi, dalla metà degli anni Settanta, nei periodi di recessione, in seguito agli aumenti del prezzo del petrolio nel 1973 e nel 1979<sup>23</sup>. Comunque, il risultato dei tentativi di conciliare contrattazione collettiva e politica economica porta inevitabilmente ad un certo grado di limitazione e di decurtazione (delle potenzialità) della contrattazione collettiva. Le politiche di governo, variando dalla esortazione virtuosa al congelamento dei salari, fino a politiche dei redditi e di stabilimento o di rafforzamento di strutture di tipo corporativo, in tali circostanze usano un'intera gamma di strumenti. L'esortazione generalmente ha pochi effetti, se non nessuno. La definizione del salario da parte delle autorità amministrative è un esempio estremo, come è avvenuto in Francia nel dopoguerra, fino a che una legge del 1950 ha ripristinato un certo spazio per la contrattazione collettiva. Il congelamento dei salari, qualche volta accompagnato dal congelamento dei prezzi, costituisce ancora un tipo di provvedimento molto utilizzato in diversi Paesi, come ad esempio in Belgio e in Francia nel 1982. Un provvedimento in qualche modo più debole è costituito dalla rottura di tutti i mezzi di adeguamento automatico dei salari sull'inflazione, come avveniva in Francia e in Danimarca, e recentemente l'abbandono della "scala mobile" in Italia, avve-

<sup>21</sup> Cfr. Cordoba, *From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations*, in *International Labour Review*, 1986, Vol. 125.

<sup>22</sup> Cfr. Amadieu, Rojot, *La Gestion de l'Emploi Atypique en Europe*, in *Revue de Gestion des Ressources Humaines*, 1992/1993, n. 56.

<sup>23</sup> Cfr. OIL, *Collective Bargaining in industrialized market economies: a reappraisal*, OIL, Ginevra, 1987.

nuto nel 1992. Un elemento essenziale degli accordi collettivi, il salario, è così parzialmente o totalmente escluso dalla gestione delle parti.

Il tripartitismo istituzionalizzato, che include il Governo tra le istituzioni che decidono delle diverse politiche, come avviene in Austria, ha un effetto più duraturo, riducendo tra l'altro notevolmente lo spazio per la contrattazione collettiva.

Una tipologia più debole di provvedimenti, con un effetto anche più limitato nel tempo, è rinvenibile nelle forme di governo che mettono sotto pressione le parti sociali (datori e lavoratori) a livello centrale, al fine di circoscrivere i risultati della contrattazione. L'accordo di Wassenaar del 1982 nei Paesi Bassi è un esempio tipico di tali pratiche. Sulla sua scia, una vera e propria serie di "patti sociali" con sembianze diverse è stata conclusa in molti, anche se non in tutti i Paesi europei (ad esempio con l'eccezione di Francia e Regno Unito), con il raggiungimento di risultati diversi, che in Grecia ed in Portogallo non sono stati per nulla positivi. Gli accordi di questo tipo possono essere bilaterali, ossia tra le parti sociali sotto pressione del Governo, o trilaterali. Essi possono essere formalizzati in accordi scritti o più informalmente avere semplicemente la forma di un intendimento reciproco. Il caso irlandese in quest'ambito è significativo, con quattro accordi successivi nel 1987, nel 1990, nel 1996 e nel 2000, che puntano a mantenere alto il livello della competitività nazionale. Questo ha comportato una sorta di moderazione salariale e l'accettazione, da parte dei sindacati, di porre un freno alle spese in materia di sicurezza sociale, cui ha fatto da contropartita, da un lato l'accettazione di riforme strutturali delle norme in materia di lavoro da parte delle associazioni dei datori di lavoro, oltre all'impegno del Governo ad una serie di provvedimenti come l'introduzione di una riforma fiscale e la predisposizione di un salario minimo. L'ultimo accordo, inoltre, oltre alle parti usualmente coinvolte, ha coinvolto anche rappresentanti del settore non profit e dei disoccupati, delle donne e dei soggetti a rischio di esclusione sociale.

Il tripartitismo non è però limitato ai Paesi industrializzati occidentali. In molti Paesi in via di sviluppo la situazione è divenuta più complessa. In origine spesso esisteva un solo partito politico, così come una sola federazione sindacale. Essi cooperavano nella lotta per l'indipendenza, e più tardi rimasero, per circostanze diverse, gli attori politici e sociali dominanti. In Singapore<sup>24</sup>, ad esempio, il *National Trades Union Congress* è l'unica federazione sindacale nazionale, e ha mantenuto un "rapporto costruttivo di mutuo appoggio" con il *People's Action Party*, che ha formato il Governo dopo ogni elezione fin dall'indipendenza dalla Malesia, ottenuta nel 1965. Esso ha partecipato a tutti i piani per migliorare la competitività, la professionalità dei lavoratori e la ripresa dalla crisi economica del 1997. Dal 1972, questa partecipazione è stata istituzionalizzata nel Consiglio Nazionale Tripartito sui Salari.

---

<sup>24</sup> Cfr. Wong, *Partnership of trade unions in national developments programmes and in promotion of labour mobility in Singapore*, International Institute for Labour Studies, Discussion paper DP/117/2000, 2000.

6. La contrattazione collettiva in sé è cambiata, in risposta ad un differente assetto delle pressioni economiche, e questo ha potuto dare luogo ad ulteriori limitazioni del suo ambito.

Un nuovo limite alla contrattazione collettiva può risultare indirettamente, ad esempio ed in alcuni casi, dalla sua trasformazione in “contrattazione su concessione”. Probabilmente, la contrattazione su concessione può essere vista innanzitutto come un cambiamento di direzione dei risultati di un processo che invece rimane essenzialmente immutato. Le concessioni sono reciproche e più estese di un tempo dal lato sindacale, ma le caratteristiche principali della struttura e del processo di contrattazione collettiva rimangono all’interno della loro tradizionale cornice. Comunque, se spinta all’estremo, la contrattazione su concessione può colpire la sostanza e non solo gli effetti della contrattazione, lasciandola priva di un reale significato e contenuto. Tale situazione può presentarsi sotto molte forme e può accadere formalmente o soltanto in via informale. Come indicato da Cordoba<sup>25</sup>, la contrattazione collettiva a livello aziendale è “in molte occasioni una valutazione a posteriori che arriva relativamente in ritardo nel quadro delle relazioni di lavoro e riguarda questioni che sono già state decise a livello di gestione”. In questi casi, la contrattazione viene in effetti spogliata di qualsiasi efficacia. Essa è soltanto una copertura per decisioni sostanzialmente unilaterali. A livello di settore, un commento piuttosto simile potrebbe essere fatto per gli accordi su scala nazionale, i quali, al fine di essere resi accettabili da tutti i datori di lavoro di un determinato settore, in gran parte riproducono gli standard legali minimi obbligatori, come è avvenuto in alcuni casi in Francia. Ad un livello meno estremo, la contrattazione su concessione ha, in qualche modo, ricevuto una sorta di ufficializzazione in Francia, sia con i provvedimenti in materia di “accordi derogatori”, che vanno contro la tradizione della natura protettiva dell’ordine pubblico e sociale degli anni Ottanta, sia con la possibilità per i sindacati di nominare lavoratori non affiliati ad alcuna organizzazione come negoziatori all’interno delle imprese, e di investirli del potere di firmare accordi in nome del sindacato. In Italia, i tagli salariali previsti dai “contratti d’area tripartiti” sono stati scambiati con investimenti pubblici da parte delle autorità amministrative e con investimenti da parte dei datori di lavoro, che ne hanno esteso la stessa nozione. Inoltre, è probabile che la tendenza generalizzata verso il decentramento della contrattazione collettiva<sup>26</sup> abbia un impatto sugli effetti della contrattazione stessa. Noi crediamo che avrà come conseguenza l’indebolimento degli accordi centralizzati di livello settoriale, laddove essi esistano. Effettivamente ci sono, senza dubbio, collegamenti tra la struttura e il livello della contrattazione ed i suoi effetti, che sono stati riconosciuti da tempo<sup>27</sup>. Chiaramente, la parte

<sup>25</sup> Cfr. Cordoba, *Collective Bargaining*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. Rojot, Tergeist, *Industrial Relations Trends, Internal Labour Market Flexibility and work organisation*, in OECD, *New Directions in Work Organisation: The Industrial relations Response*, Parigi, 1992.

<sup>27</sup> Cfr. Weber (a cura di), *The Structure of Collective Bargaining*, The Free Press of Glencoe, New York, 1961; Kasper, *The Size of the Bargaining Unit and the Locus of Union Power*, in *Quarterly*

datoriale e quella dei lavoratori, data l'esistenza di tali fattori ed il grado di sindacalizzazione, l'estensione del controllo sindacale sull'apprendistato o sul mercato del lavoro, l'esistenza di accordi sullo sciopero, la struttura del mercato produttivo per i datori di lavoro, la politica pubblica e così via, avranno le loro rispettive preferenze per interagire ad un livello determinato, sia esso quello locale, di impresa, regionale, di settore o nazionale. In ogni caso, il potere contrattuale delle parti subirà un forte impatto a seconda del livello al quale gli attori si troveranno ad interagire. Nel caso di decentramento di accordi in precedenza centralizzati, le previsioni dei secondi quando i primi saranno ancora in vigore renderà necessaria o la perdita del carattere dell'obbligatorietà (accordi quadro), o l'inclusione di previsioni di opzione, come era previsto negli ex Stati della Germania dell'Est (*Länder*). Più in generale, la moltiplicazione dei livelli della contrattazione collettiva solleva il problema della coordinazione tra i medesimi.

7. Una serie di limitazioni totalmente diversa regna nelle Repubbliche democratiche popolari. Qui, in teoria, non c'è spazio per la contrattazione collettiva, ma nemmeno ne è sentita la necessità, per almeno due ragioni. Da una parte, in un'economia centralizzata i salari e i prezzi sono determinati a livello centrale, e non contrattati. D'altra parte, essendo amministrati da soggetti facenti parte della classe operaia, non è necessario per i lavoratori, che appartengono anch'essi alla medesima classe, di lottare contro sé stessi, visto che i loro interessi sono trattati nel cuore del sistema. Tra le economie industrializzate ora non esistono Repubbliche popolari. Comunque, nelle economie in via di sviluppo valgono le medesime considerazioni. Nella Repubblica Popolare Cinese, per esempio, il ruolo del sindacato è quello di "seguire il modello delle altre Nazioni comuniste. I sindacati portano avanti le direttive del partito, incoraggiano la produzione secondo una varietà di modelli organizzati, prendono parte all'istruzione politica ed ideologica, sorvegliano sulla salute e sulla sicurezza, gestiscono le vertenze (sebbene non in via esclusiva) e si accollano numerose responsabilità di *welfare* e culturali"<sup>28</sup>. In altre parole, essi applicano la tradizionale teoria leninista della cinghia di trasmissione. Non sembra che, nonostante le politiche di liberalizzazione dello sviluppo economico e industriale iniziate da Deng Xiao Ping, le cose siano cambiate in quell'area. Il partito mantiene un controllo di ferro sulla Federazione Cinese dei Sindacati, che non prendono parte alla contrattazione collettiva<sup>29</sup>. I sindacati indipendenti non sono autorizzati anche se le aggregazioni dei lavoratori (quelle generali dei lavoratori dell'impresa) godono, almeno sulla carta, di diritti di partecipazione rilevanti, che non solo eguagliano, ma addirittura

---

*Review of Economics and Business*, 1966, Vol. 6; Lahne, *Coalition Bargaining and the Future of Union Structure*, in Wortman, *Critical Issues in Labor*, The Macmillan Company, New York, 1969.

<sup>28</sup> Cfr. Helburn, Shearer, *Human Resources and Industrial Relations in China: A time of ferment*, in *ILRR*, 1985, Vol. 38.

<sup>29</sup> Cfr. Levine, *Workers rights and labor standards in Asia's four new tigers*, Plenum Press, New York, 1997.

superano la co-determinazione tedesca. In pratica, però, il loro ruolo sembra molto più limitato, se non addirittura inesistente<sup>30</sup>. In ogni caso, anche se appartenente all'OIL, la Cina non ha ratificato le convenzioni n. 98 e n. 154.

**8.** Più in generale, un'altra serie di ostacoli alla contrattazione collettiva è comune a più Paesi in via di sviluppo, a governo comunista o meno. In primo luogo, i Paesi in via di sviluppo possono adottare strategie diverse per lo sviluppo economico<sup>31</sup>. Taluni si basano sulla sostituzione delle importazioni o sulla prima tappa di una strategia di industrializzazione basata sull'esportazione per lo sviluppo industriale, che si concentra su bassi costi di produzione di beni manifatturieri per il consumo locale o l'esportazione. Qui, la necessità primaria è di strutturare relazioni industriali in modo da provocare un calo del conflitto, al fine sia di non impedire lo sviluppo economico, sia di attirare gli investimenti diretti stranieri verso aree di produzione a basso salario. Il Governo, che è l'attore principale nei sistemi di relazioni industriali dei Paesi in esame, nel regolare il mercato del lavoro pone in essere una serie variegata di politiche, che comprende restrizioni sulla costituzione dei sindacati, il divieto di scioperi in settori essenziali o nelle esportazioni, il divieto totale di contrattazione collettiva e così via.

Nei Paesi in via di sviluppo che hanno adottato la seconda tappa di una strategia di industrializzazione diretta all'esportazione, l'enfasi è spostata sulla transizione verso prodotti di valore più alto e verso le innovazioni nel processo manifatturiero. Così, se il vincolo più importante è cambiato, i Paesi coinvolti sono precipitati comunque nei vincoli della globalizzazione. Il risultato è una pressione crescente per il mantenimento della competitività in un mercato liberalizzato. Nello stadio di industrializzazione al quale sono giunti, tali Paesi non possono giungere ad un risultato sulla base della sola riduzione dei costi, che significa, prima di tutto, operare un controllo sul costo del lavoro. Essi devono invece anche prendere parte alla competizione sul miglioramento della qualità. Inoltre devono utilizzare, con una sempre maggiore estensione, manodopera capace di interagire con l'alta tecnologia e con impianti di produzione complessi. A tal fine essi devono intraprendere una strategia di mercato (del lavoro) che punti sia verso lo sviluppo della professionalità che verso la flessibilità del lavoro. Questa strategia è realizzabile soltanto in Paesi che tradizionalmente hanno posto una forte enfasi sull'istruzione, su un alto livello di alfabetismo e su un'alta percentuale della manodopera che abbia ricevuto almeno un'istruzione primaria. Le Filippine sono un esempio in tal senso<sup>32</sup>. Questa seconda strategia, comunque, in linea di principio non conduce più ad una contrattazione collettiva libera, anche se lascia spazio a migliori salari, visto

<sup>30</sup> Cfr. Levine, *op. cit.*

<sup>31</sup> Cfr. Kuruvilla, *Industrialization Strategy and Industrial Relations Policy in South East Asia*, in *ILRR*, 1995, Vol. 48.

<sup>32</sup> Cfr. Kuruvilla, Erikson, *The Impact of Globalization of Industrial Relations in Asia: A Comparative Review and Analysis*, Paper presentato al XII Congresso Mondiale dell'Associazione Internazionale di Relazioni Industriali, Tokyo, 29 maggio - 2 giugno, 2000.

che alla manodopera è richiesta la piena flessibilità ed il controllo obbligatorio delle condizioni di lavoro soprattutto in termini di ore di lavoro, che non sono compatibili con l'esercizio dei pieni diritti sindacali a livello aziendale.

In secondo luogo, anche in Paesi in via di sviluppo che hanno formalmente adottato e ratificato le convenzioni OIL citate, si frappongono molti ostacoli sulla strada della contrattazione collettiva. Innanzitutto, esiste sempre un settore informale, che può essere ampio o molto ampio, il quale, per definizione, non può essere coperto da accordi collettivi o prendere parte ad alcun genere di contrattazione collettiva. D'altra parte, in molti casi, i sindacati non si sono ancora posti pienamente in termini pratici come poteri forti e rilevanti, sia in campo politico che come centri di potere economico, anche nei casi in cui, come in Thailandia, il contesto legale in materia di lavoro è, in teoria, relativamente favorevole<sup>33</sup>.

In terzo luogo, oltre ai problemi pratici, possono essere sollevati ostacoli legali da parte di Governi ostili sia alle organizzazioni di lavoro democratiche che ad un incremento del costo del lavoro. Uno di questi sistemi è la registrazione obbligatoria dei sindacati perché essi siano posti in grado di intraprendere qualsiasi azione, dove è ammessa alle operazioni di registrazione soltanto una federazione di sindacati approvata dal Governo e dal medesimo abilitata all'attività. Agli altri sindacati è negata la registrazione per varie ragioni, come è avvenuto in Indonesia<sup>34</sup>. Vi è poi un secondo strumento, il divieto legale o di fatto di scioperare, che spoglia i movimenti dei lavoratori di ogni effettivo mezzo di pressione.

Anche dove esistono sindacati relativamente forti, pur se sottoposti ad alcune delle limitazioni già ricordate, magari in forma limitata, alcuni settori industriali orientati verso l'esportazione o intenzionati ad attirare capitale straniero possono essere trattati in maniera diversificata ed essere sottoposti ad una limitazione dei diritti in materia di lavoro. È il caso della Malesia, dove nelle "industrie pionieristiche" (*pioneer industries*) non possono essere pattuite condizioni più favorevoli di quelle predisposte nella Legge sul lavoro del 1995. Probabilmente, la crisi economica del 1997 che ha colpito i Paesi del sud-est asiatico, comprese le "tigri" come Indonesia, Malesia, Filippine e Thailandia, può avere spinto queste problematiche sullo sfondo, almeno temporaneamente.

Infine, si dovrebbe ricordare che, come avviene in alcune aree del mondo, i codici del lavoro e/o le leggi in materia possono contenere previsioni in bianco che danno al Governo il potere di invalidare accordi della contrattazione collettiva, ove questo sia ritenuto utile. In Siria<sup>35</sup>, per esempio, le disposizioni degli accordi collettivi sono nulle per legge se, tra l'altro, possono danneggiare gli interessi economici del Paese o sono contrari ad interessi di ordine pubblico.

<sup>33</sup> Cfr. Levine, *op. cit.*

<sup>34</sup> Cfr. Levine, *op. cit.*

<sup>35</sup> Cfr. Ziskind, *Labor Laws in the Middle East*, Litlaw Foundation, Los Angeles, 1990.

Questo è un concetto onnicomprensivo, specialmente secondo le circostanze locali.

9. In conclusione, si deve sottolineare come in qualche occasione sia stato ipotizzato che la contrattazione collettiva fosse sul punto di coprire nuovi e fertili terreni a livello internazionale, in particolare con la costituzione dei Comitati aziendali europei e con gli Accordi europei tra le imprese multinazionali e i sindacati internazionali. Tale proposta è, per ora e probabilmente per molto tempo ancora, del tutto illusoria, come è stato sottolineato altrove<sup>36</sup>. Non si può infatti parlare, in quel caso, di contrattazione collettiva internazionale, nemmeno nel suo significato più ampio. Inoltre, i pochi accordi tra l'UNICE e l'ETUC, come quello sulla formazione, per divenire applicabili devono sostanziarsi in una direttiva del Consiglio europeo, e non hanno alcuna possibilità di divenire essi stessi coattivi<sup>37</sup>.

Al contrario, la contrattazione collettiva è ben lontana dall'essere riconosciuta pienamente nei 123 Paesi che hanno ratificato la convenzione n. 98, ed è anzi soggetta a molti limiti in diversi casi, anche ove non si considerino i Paesi che non l'hanno ratificata. Ci si può anche chiedere se sia ancora giustificato il tono ottimista dello studio OIL del 1974<sup>38</sup>, relativo al ruolo vitale della contrattazione collettiva nelle economie di mercato industrializzate, confermato, in diversi casi ed anche per i Paesi sviluppati, dalla nuova valutazione del 1987<sup>39</sup>. Due serie di argomentazioni sembrano emergere infatti per due differenti categorie di Paesi, con soltanto alcuni punti in comune, che limitano l'impatto del diritto di contrattare collettivamente, quanto meno inteso nel senso più ristretto sopra descritto. Per quanto concerne i Paesi industrializzati, possono essere adottati sia argomenti generali che specifici, ma questi ultimi per un numero limitato di Paesi. L'argomentazione generale era già presente sotto forma di interrogativo nel rapporto OIL del 1987, quando veniva posta in dubbio la natura del collegamento tra consultazione unitaria e contrattazione collettiva. Il problema è ora molto più scontato. Ci si potrebbe chiedere se, in molte Nazioni europee, la contrattazione collettiva si possa ora considerare esistente soltanto in un senso più vago, mescolata con varie forme di consultazione unitaria, co-determinazione, partecipazione ai processi decisionali, meccanismi di regolamentazione corporativa tripartiti, a livello nazionale, di settore e qualche volta locale, e pratiche manageriali innovative di gestione del personale a livello aziendale (referendum tra i lavoratori, schemi di qualità totale, codici aziendali, provvedimenti per il miglioramento della vita al lavoro, coinvolgimento dei lavoratori e così via).

Gli altri argomenti sono più specifici e ci portano a domandarci se la contrat-

<sup>36</sup> Cfr. Rojot, *A European Industrial Relations System?*, in Biagi (a cura di), *Towards a European Model of Industrial Relations?*, Kluwer, Deventer, 2001.

<sup>37</sup> Cfr. Rojot, *A European Industrial Relations System?*, cit.

<sup>38</sup> Cfr. OIL, *Collective Bargaining in Industrialized Market Economies*, OIL, Ginevra, 1974.

<sup>39</sup> Cfr. OIL, *Collective Bargaining in industrialized market economies: a reappraisal*, cit.



tazione collettiva sia una cosa “buona” in ogni circostanza. Ci sono, effettivamente, alcuni temi che non possono essere spodestati dal dominio dei diritti individuali, e che non possono essere oggetto di un accordo collettivo. Comunque, con le conseguenze sul lavoro del progresso tecnologico (telelavoro, lavoro a chiamata, accesso e monitoraggio attraverso reti intranet, internet, ecc.) ci si può interrogare se esso non assuma un aspetto nuovo che estenda i propri effetti ai diritti fondamentali della persona.

Ancora, il problema di una adeguata rappresentanza dei lavoratori da parte del sindacato nell’ambito della contrattazione collettiva è stato sollevato da tempo<sup>40</sup>. Esso può essere interpretato in almeno due modi diversi. Da una lato sta il problema della rappresentanza esclusiva e dello spazio che deve essere lasciato ai sindacati di minoranza che rappresentano vedute divergenti. Dall’altro lato, sia che ci sia una rappresentanza esclusiva oppure no, rimane la questione dell’adempimento del dovere di un’equa rappresentanza di alcune categorie di lavoratori, non aderenti ad un sindacato o appartenenti ad altre organizzazioni, quando, come avviene in molti Paesi, i sindacati rappresentativi, maggiormente rappresentativi o rappresentativi in maniera esclusiva godano di diritti esclusivi e specifici sul luogo di lavoro. A ciò si aggiunge poi il problema del decentramento e della frammentazione degli accordi collettivi, oltre che della possibilità per i sindacati di minoranza di firmare accordi in situazioni di pluralità sindacale.

Inoltre, dovrebbe essere sollevato anche il problema di chi contratterà in nome di coloro che non hanno nessuno spazio o accesso ai tavoli della contrattazione. Gli accordi collettivi possono ben prendersi cura degli interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori organizzati, ma cosa ne sarà dei bisogni del disoccupato, dell’anziano e del pensionato, del lavoratore autonomo o dell’impiegato nel settore non profit.

Questo è ancor più il caso nel contesto di alcuni Paesi industrializzati, dove si è assistito ad un netto calo nel tasso di sindacalizzazione. Ove si consideri che tali percentuali si stanziano in certi casi tra il 5 e l’8 per cento, si è portati a mettere in dubbio di nuovo la portata e il raggio d’azione della contrattazione collettiva. Come già sottolineato, esso si appoggia sul potere compensativo ed in parte sul conflitto. Se il potere di una delle due parti cala si può creare un profondo squilibrio. Chi rappresenta i non iscritti?

Anche per quanto riguarda i Paesi in via di sviluppo possono essere sollevati alcuni dei problemi sopra trattati. Comunque, dovrebbero essere considerati due argomenti più specifici, che stanno alla base di un problematico paradosso. Da un lato, si può ritenere che questi Paesi dovrebbero divenire più ricchi per permettersi una contrattazione collettiva senza vincoli, e per divenire più ricchi dovrebbero ampliare i propri scambi commerciali, ma per fare ciò dovrebbero, per il momento, contenere il costo del lavoro che la contrattazione collettiva, secondo lo stile dei Paesi industrializzati, invece sconvolgerebbe, inseguendo

---

<sup>40</sup> Cfr. Feller, *A general theory of the Collective Bargaining Agreement*, in *California Law Review*, 1973, Vol. 61.

gli investimenti stranieri ed escludendoli dai mercati mondiali, a detrimento dell'intero Paese e della popolazione. Perciò, il tentativo di introdurre salari e condizioni di lavoro pari a quelle del mondo occidentale attraverso la contrattazione collettiva è un tentativo protezionista ed in qualche modo egoistico, che mira a mantenere i mercati mondiali come vere e proprie riserve occidentali. D'altra parte, la contrattazione collettiva conflittuale di stile occidentale mal si attaglia alle tradizioni culturali dell'Asia orientale, basate sull'armonia ed il consenso sociale e/o sul rispetto per l'autorità e il raggiungimento di una serie di doveri reciproci e di aspettative fra superiore e subordinato, maestro e allievo.

Entrambe le argomentazioni possono essere a loro volta utilitaristiche se utilizzate da coloro che detengono il potere per motivi di convenienza, al fine di evitare sfide alle loro posizioni di forza. Comunque, entrambe sono degne di maggiore approfondimento.

La contrattazione collettiva è considerata sia dalla dottrina che si occupa di relazioni industriali, sia dai funzionari dei Governi dei Paesi sviluppati, così come dalle Organizzazioni internazionali, come una "buona cosa" in sé, senza che siano messe in dubbio le sue premesse e ed il suo stato attuale. Essa, in effetti, in passato ha portato molti benefici alle società industrializzate, contribuendo alla pace sociale e a notevoli miglioramenti del tenore di vita. Comunque, se si pongono le trasformazioni e i cambiamenti continui in un ambito economico mondiale più dinamico, è probabile che sia arrivato il momento, invece che di una cieca accettazione sulla base della fede e dei principi generali, di rivedere profondamente come essa si sia adattata a queste nuove condizioni, quali limitazioni siano apparse al suo esercizio e quali trasformazioni è probabile che debba subire, al fine di continuare ad offrire benefici adeguati.



*Prestazioni a orario ridotto, modulato o flessibile e nuovi modelli organizzativi*

**Information communication technology e orario di lavoro: flessibilità e controllo sindacale**

Mario Quaranta

*Sommario:* **1.** Le principali caratteristiche del settore ICT e le ricadute sull'orario di lavoro. — **2.** Flessibilità del tempo di lavoro e contrattazione collettiva. — **3.** La contrattazione autorizzatoria. — **4.** La contrattazione derogatoria. — **5.** I soggetti legittimati. — **6.** Il panorama sindacale nel comparto ICT. — **7.** Gli spazi riservati all'autonomia individuale. — **8.** Le possibili specialità del settore ICT: deroghe ed obbligo di sicurezza.

**1.** La stretta interrelazione esistente tra organizzazione dell'impresa e orario di lavoro obbliga chiunque intenda affrontare tale ultimo tema ad offrire alcune coordinate di tipo organizzativo per mettere in luce in che modo queste incidano sull'organizzazione dei tempi di lavoro. Ciò risulta poi ancor più utile quando si voglia esaminare il profilo dell'orario, utilizzando la lente della flessibilità, in un settore nuovo, per certi versi sconosciuto, come quello dell'*Information communication technology*<sup>1</sup> (d'ora in poi ICT), caratterizzato da nuovi modi di organizzazione del lavoro e di esecuzione della prestazione<sup>2</sup>. Ispirate agli schemi organizzativi giapponesi ed americani del *total quality*, del *just in time*, del *management by objectives*, le imprese dell'ICT ribaltano per propria natura il vecchio modello della produzione industriale di massa e la relativa prospettiva della totale spersonalizzazione del rapporto di lavoro<sup>3</sup>.

---

\* Mario Quaranta è assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio - Benevento. Il saggio riproduce, con modifiche ed integrazioni, anche bibliografiche, il testo della relazione svolta al Seminario di Studi, dal titolo "Information communication technology, orario di lavoro e contrattazione collettiva", organizzato dall'Università del Sannio, il 12 marzo 2004, nell'ambito della ricerca (ancora in corso) finanziata da RCOST (Research Centre on Software Technology) dell'Università del Sannio, su "La disciplina dei rapporti di lavoro nelle ICT".

<sup>1</sup> Sul punto le riflessioni giuslavoristiche sono molto ridotte. Una prima analisi sul tema delle nuove tecnologie e diritto del lavoro risale al congresso Aidlass del 1985 con relazione di F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *DLRI*, 1985, 203 ss., e di Perone, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1985, 243 ss. In argomento, v. più di recente Biagi, Treu, *Lavoro e Information Communication Technology: riflessioni sul caso italiano*, in *DRI*, 2002, 5 ss.; nonché Federcomin, *Il lavoro nelle nuove tecnologie*, Roma, 2002.

<sup>2</sup> Per alcuni spunti sulle interrelazioni tra orario di lavoro ed imprese ICT v., sia pure in riferimento al contesto francese, Duprè, Lallement, *The regulation of working time in the SMES of the information and communication technology sector in France*, in AA.VV., *Beyond traditional Employment. Industrial relations in the Network Economy*, IIRA 13<sup>th</sup> World Congress, Freie Universität Berlin, 2003, in [www.fu-berlin.de/iira2003/home.htm](http://www.fu-berlin.de/iira2003/home.htm).

<sup>3</sup> In ordine alle ricadute dei moderni modelli organizzativi della produzione sul rapporto di lavoro

Se il modo di produzione taylorista-fordista era caratterizzato da grandi strutture imprenditoriali, “rigide ed anelastiche, ove il lavoro doveva essere acquisito necessariamente in blocchi temporali quanto più ampi e standardizzati possibile”<sup>4</sup>, la moderna fabbrica, e maggiormente le imprese informatiche, presentano strutture organizzative e processi produttivi più snelli, contraddistinti da un alto tasso di flessibilità, variabilità ed adattabilità rispetto alle particolari esigenze di un mercato globale sempre più competitivo ed instabile e dominato da un’inarrestabile innovazione tecnologica, che nel settore informatico e delle telecomunicazioni assume proporzioni rilevanti<sup>5</sup>.

Partendo dal profilo dell’organizzazione, all’interno del comparto ICT, si registra innanzitutto un dualismo dimensionale delle aziende. Da un lato, un grande numero di piccole e medie imprese operanti soprattutto nel settore *Information technology* (d’ora in poi IT)<sup>6</sup>, dall’altro una massiccia concentrazione occupazionale in poche grandi aziende che agiscono per lo più nel settore della comunicazione (basti pensare alle grandi aziende di telefonia).

È inutile dire del largo utilizzo di tecnologie informatiche nell’esecuzione della prestazione lavorativa, con relative ricadute sui confini della stessa impresa<sup>7</sup>: il riferimento va innanzitutto alla possibilità di prevedere modelli di organizzazione del lavoro anche a distanza, la cui adozione, come vedremo, non è indifferente sul piano della disciplina sull’orario di lavoro (es. telelavoro).

Si registra poi un totale orientamento del processo produttivo al cliente, concepito non come un mero destinatario del prodotto finale, ma protagonista di una relazione di scambio proiettata nel tempo, che parte dalla progettazione del bene/servizio e dura per tutta la vita del cliente. È evidente che questa nuova filosofia di gestione dei rapporti con l’utente (chiamata dagli organizzativi, *customizzazione dell’offerta*)<sup>8</sup> rappresenta un vincolo esterno che pro-

---

v. in generale la relazione di Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, 1 ss.; in particolare sul rapporto tra qualità totale e contratto di lavoro v. Castelvetti, *Qualità totale e prerogative manageriali*; L. Zoppoli, *Lo spirito del dono e il contratto di lavoro: qualità totale, socialità primaria e arricchimento delle corresponsività “negoziare”*; Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*; Viscomi, *Quell’agile ritmo che l’azienda si aspetta: Qualità Totale e diligenza del lavoratore*; Romei, *Informazione, consultazione e controllo dei poteri del datore di lavoro nei sistemi di Qualità Totale*, tutti in *DRI*, 1994, 3 ss.

<sup>4</sup> Cfr. De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, in AA.VV., *Il tempo di lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Genova, aprile 1986, Giuffrè, Milano, 1987, 7.

<sup>5</sup> In argomento, cfr. Rullani, *Dal fordismo realizzato al postfordismo possibile: la difficile transizione*, in Rullani, Romano, *Il postfordismo*, Etas libri, Milano, 1998, 2 ss.; Rullani, *New/net/knowledge economy: le molte facce del postfordismo*, in *EPI*, 2001, 5 ss.

<sup>6</sup> Southern, Tilley, *Small firms and information and communication technologies (ICTs): towards a typology of ICTs usage*, in *New Technology, Work and Employment*, 2000, 138 ss.

<sup>7</sup> Per una prima analisi del lavoro al di là dei confini spaziali dell’impresa cfr. Gaeta, *Il lavoro a distanza e subordinazione*, ESI, Napoli, 1993; Down, Taylor, *Spatial Frontiers: organising Work in “Proximate Space”*, in AA.VV., *Beyond traditional Employment. Industrial relations in the Network Economy*, cit.; Fahlbeck, *Towards a Revolutionised Working Life: The Information Society and the Transformation of the Workplace*, in *IJCLLIR*, 1998, 247 ss.

<sup>8</sup> Maggiore, *Le dinamiche competitive del sistema ICT*, in Bencardino, Napoletano (a cura di),

duce inevitabilmente effetti sul piano dell'organizzazione dell'orario, imponendo la più ampia versatilità nell'utilizzo della forza lavoro in modo da adeguarla e modularla rispetto alle flessibili e mutevoli esigenze provenienti dal mercato e dai clienti.

È quasi superfluo aggiungere che si tratta di un settore caratterizzato dalla presenza di lavoratori dotati in linea di massima di alta professionalità, la cui attività è per gran parte organizzata su progetti determinati che il lavoratore, proprio sulla base delle sue specifiche competenze, gestisce con larghi margini di autonomia ed indipendenza<sup>9</sup>. Di qui le scontate ricadute sull'organizzazione del lavoro. In simili contesti, il terreno di maggior attrito non è tanto la durata dell'orario, quanto soprattutto l'articolazione flessibile dello stesso. Le peculiari caratteristiche della prestazione lavorativa nel settore ICT esigono, infatti, una dislocazione dell'orario disomogenea nell'arco della giornata o della settimana, con orari spezzati e con l'esigenza della massima disponibilità di fatto del prestatore di lavoro verso l'organizzazione produttiva, fino al punto di rendere meno netto il confine tra tempo di lavoro e di non lavoro. Il tutto, ovviamente, all'insegna di una massiccia richiesta di flessibilità che, non di rado, proviene non solo dall'impresa, ma anche dagli stessi lavoratori.

Infine merita un cenno pure il basso grado di formalità dei rapporti tra i dipendenti ed il *management* all'interno dell'impresa, connesso anche alla giovane età della gran parte dei lavoratori impiegati, cui fa da *pendant* una scarsa diffusione della presenza sindacale, connessa non solo alla polverizzazione delle imprese, ma anche all'alta professionalità dei lavoratori occupati, ampiamente dimostrata dalla mancanza di un contratto collettivo di settore e dalla conseguente frammentazione sindacale esistente nel comparto.

**2.** Se quindi l'imperativo categorico del settore è, almeno con riferimento all'orario, flessibilità nell'organizzazione dei tempi di lavoro, è opportuno valutare se, ed entro che limiti, la nuova normativa, introdotta dal decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66<sup>10</sup>, assecondi queste esigenze<sup>11</sup>. A tal fine appare

---

*Economia del software e tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Un confronto internazionale per lo sviluppo locale*, F. Angeli, Milano, 2003, 47 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Grimshaw, Cooke, Grugulis, Vincent, *New technology and changing organisational forms: implications for managerial control and skills*, in *New Technology, Work and Employment*, 2002, 186 ss.

<sup>10</sup> Con il quale è stata data organica trasposizione alla direttiva n. 93/104/CE (come modificata dalla direttiva n. 2000/34/CE) ora "codificata" con la direttiva n. 2003/88/CE del 4 novembre 2003. Sulla disciplina comunitaria dell'orario di lavoro, v., tra gli altri, Ichino, *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea. Direttiva comunitaria e tendenze degli ordinamenti nazionali*, in *RIDL*, 1998, I, 164 ss.; G. Ricci, *L'orario di lavoro nell'ordinamento comunitario*, in *LD*, 1998, 81 ss.

<sup>11</sup> Per un primo commento alla riforma operata dal d.lgs. n. 66/2003 v., sin da ora, Cester, Mattarolo, Tremolada (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; M. Tiraboschi, A. Russo, *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104CE*, in *GLav*, 2003, n. 17, 10 ss.; Del Punta, *La riforma dell'orario di lavoro*, in *DPL*, 2003, n. 22, inserto; Bianchi D'Urso, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro tra vincoli e opportunità*, in *MGL*, 2003, 832 ss.; Leccese, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci,

utile partire dall'analisi delle principali tecniche legislative di flessibilizzazione dell'orario per poi valutare l'impatto che esse producono sul settore delle ICT, tenendo conto, tra l'altro, di alcuni tratti di specialità che il settore informatico può presentare rispetto al tema dell'orario.

Prima di analizzare le possibilità di modulazione degli orari offerte dal decreto legislativo n. 66/2003, vale la pena di osservare che ulteriori *chance* di articolazione flessibile del tempo di lavoro sono state, ancor più di recente, introdotte pure dalla disciplina di riforma del mercato del lavoro (decreto legislativo n. 276/2003)<sup>12</sup>. Il riferimento va, in particolare, alle modifiche apportate alla regolamentazione del lavoro *part-time*, ispirate all'allentamento di alcuni vincoli all'autonomia individuale<sup>13</sup>, all'introduzione del contratto di lavoro intermittente, in base al quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro per lo svolgimento di prestazioni a carattere discontinuo<sup>14</sup>. Senza poi contare l'introduzione, sempre ad opera della c.d. Legge Biagi, di ulteriori strumenti di flessibilità che coinvolgono i più importanti aspetti del rapporto di lavoro, fino al punto da mettere in discussione persino la classica dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo<sup>15</sup>.

Questa massiccia dose di flessibilità, immessa nel nostro ordinamento anche attraverso la previsione di nuove tipologie contrattuali, non incrina la rilevanza delle tecniche di flessibilizzazione dell'orario di lavoro.

Se è vero che il problema della variabilità del tempo di lavoro assume un rilievo preminente soprattutto in un sistema caratterizzato da notevoli rigidità dei meccanismi di aumento e/o di riduzione, rapida ed in via contingente, della manodopera, è altrettanto vero che tale considerazione non autorizza però a pensare che oggi, mutato il quadro, all'insegna dell'allentamento o addirittura superamento di molte di queste rigidità, le tecniche di flessibilizzazione del-

Bari 2004, 189 ss.; G. Ricci, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina italiana dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66 del 2003)*, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro); Lai, *Nuova disciplina del tempo di lavoro e tutela della salute e della sicurezza: riflessioni sul d.lgs. n. 66/2003*, in *RIDL*, 2004, I, 63 ss.

<sup>12</sup> In generale sulla riforma realizzata dal d.lgs. n. 276/2003, oltre ai diversi contributi raccolti nel numero monografico di *LG*, 2004, n. 3, 205 ss., v. pure De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004; F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004; Curzio (a cura di), *op. cit.*

<sup>13</sup> In relazione alla riforma del part-time v. Bellomo, "Flessibilità" e "incentivazione" del part-time: nuovi significati e interrogativi; Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti*, e Santucci, *Il part-time nella nuova disciplina: dalla flessibilità "limitata" alla "precarietà"?*, tutti in De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente 65 ss., 17 ss. e 33 ss.

<sup>14</sup> In generale sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/2003 al tema del tempo di lavoro, v. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in Curzio (a cura di), *op. cit.*, 237 ss.; in particolare, sulla neo-disciplina del lavoro intermittente, v. Mattarolo, Sub. Artt. 33-40, in Broglio, Mattarolo, Meneghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (coordinato da), *op. cit.*, 3 ss.

<sup>15</sup> Sul punto si rinvia alla ricostruzione di L. Zoppoli, *La subordinazione tra persistenti disuguaglianze e tendenze autoritarie*, in *Studi in onore di G. Suppiej*, in corso di pubblicazione, nonché in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro).

l'orario di lavoro subordinato possano perdere *appeal* rispetto ad altre possibili opzioni di articolazione e/o riduzione di tutele offerte dall'ordinamento. Anche perché esse continuano a rimanere una risorsa vitale soprattutto per le imprese, come appunto quelle ad alta tecnologia, dove la richiesta di flessibilità nell'uso della forza lavoro si accompagna ad un altrettanto vitale bisogno di stabilità della manodopera <sup>16</sup>.

Chiarito ciò, il punto da cui partire è l'analisi delle scelte compiute dal nuovo decreto legislativo n. 66/2003 in merito a tali tecniche. L'obiettivo del legislatore sembra, almeno in apparenza, quello di voler coniugare flessibilità e sicurezza: quest'ultima intesa non solo tradizionalmente, come tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, assicurata dal decreto legislativo n. 66, sia pure meno che in passato <sup>17</sup>, attraverso rigide norme legali; ma anche come garanzia di tutela del lavoratore verso un uso indiscriminato delle opzioni di flessibilità ed uno smisurato ampliamento dei poteri datoriali <sup>18</sup>. In quest'ottica va inserita la scelta legislativa di affidare soprattutto alla contrattazione collettiva il potere di dosare le diverse opzioni di flessibilità dei tempi di lavoro. A tal riguardo, piuttosto che raccogliere gli spunti offerti dalla direttiva comunitaria di coinvolgere l'autonomia individuale nella gestione degli orari <sup>19</sup>, il legislatore affida all'autonomia collettiva quasi tutti gli aspetti cruciali relativi al governo del tempo di lavoro, riconoscendole sia la funzione di *autorizzazione* all'utilizzo di moduli flessibili di orario, sia la facoltà di *deroga* a principi stabiliti dalla stessa legge <sup>20</sup>.

### 3. Cominciando dai rinvii autorizzatori, il riferimento va innanzitutto all'ar-

---

<sup>16</sup> Esigenza ampiamente confermata dall'ampio utilizzo da parte delle imprese di tale settore di varie tecniche di fidelizzazione del lavoratore. A tal riguardo v., da ultimi, Zoli, *Clausole di fidelizzazione e rapporti di lavoro*, in RIDL, 2003, I, 449, e A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>17</sup> Sul precedente assetto dei vincoli costituzionali alla materia dell'orario di lavoro v., per tutti, la lucida ricostruzione di Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, Cacucci, Bari, 2001.

<sup>18</sup> In questa direzione v. già G. Ricci, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina italiana dell'orario di lavoro (D.lgs. n. 66 del 2003)*, cit., il quale afferma che la nuova normativa, al pari della direttiva n. 93/104/CE, si muove in una logica binaria: in essa cioè convivono due differenti anime. Accanto ad una parte *hard*, che fornisce alcune tutele fondamentali ed indisponibili, funzionali ad assicurare innanzitutto un'effettiva tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore, è visibile una parte *soft*, caratterizzata dalla previsione di diverse possibilità di flessibilizzazione dell'orario di lavoro.

<sup>19</sup> Al riguardo v. l'analisi svolta, sia pure in riferimento all'ordinamento britannico, da G. Ricci, *La comunitarizzazione "leggera": la disciplina degli orari di lavoro in Gran Bretagna*, in DLRI, 2001, 233 ss.

<sup>20</sup> La letteratura sulla tecnica, ormai consolidata, dell'integrazione tra legge e contratto collettivo nella disciplina dei rapporti di lavoro flessibile è sterminata. Si rinvia, per tutti, a Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2004; Santucci, L. Zoppoli (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004; D'Antona, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazione e contrattazione collettiva nella legislazione recente*, in RIDL, 1987, I, 226 ss., e Id., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in DLRI, 1990, 553.



articolo 3, il quale, fissato l'orario normale <sup>21</sup> in 40 ore settimanali, riconosce, poi, alla contrattazione collettiva non solo la possibilità di prevedere una sua riduzione, al di sotto delle 40 ore settimanali, ma anche di *autorizzare* l'adozione di orari c.d. multiperiodali <sup>22</sup>: calcolati, cioè, rapportando l'orario normale alla durata media delle prestazioni lavorative rese in un periodo che può arrivare fino ad un anno <sup>23</sup>. È chiaro che, calcolando le 40 ore settimanali come media in un intervallo temporale plurisettemanale, si attribuisce la possibilità di variazioni quantitative dell'orario anche oltre il limite legale delle 40 ore, senza che queste, se compensate da corrispondenti diminuzioni, integrino prestazioni di carattere straordinario. È altrettanto evidente che il grado di flessibilità dell'orario è direttamente proporzionale all'arco temporale cui viene riferito il limite.

A questa operazione di flessibilizzazione fa tuttavia da contrappeso la previsione di un limite massimo settimanale dell'orario di lavoro, anch'esso rimesso dalla legge alla contrattazione collettiva. Quest'ultima, però, in tale determinazione è comunque soggetta al limite massimo legale delle 48 ore settimanali, comprese le ore di straordinario, le quali, secondo quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, vanno calcolate non in relazione alla settimana *tout court*, ma come media in un periodo non superiore a quattro mesi. In più la stessa norma ammette che la contrattazione collettiva può allungare il periodo di riferimento delle 48 ore medie settimanali fino a sei mesi o addirittura ad un anno in presenza di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro specificate negli stessi contratti collettivi.

È chiaro che riferendo la durata massima settimanale a periodi ultrasettimanali, in aggiunta alla possibile previsione di un orario normale multiperiodale, si determina un effetto di doppia elasticità dei limiti legali: uno, introducibile solo dalla contrattazione collettiva, l'altro già affermato direttamente dal legislatore e teoricamente mitigabile dalla contrattazione.

Nel primo caso, previsto *ex lege* un limite fisso e rigido di 40 ore nell'arco della sola settimana, si rinvia alla contrattazione collettiva il potere di allentare tale vincolo, quanto a durata e/o articolazione dell'orario.

---

<sup>21</sup> Sulla nozione di orario di lavoro come prevista dal d.lgs. n. 66/2003, si rinvia a Simonato, *Sub articolo 1 § 2*, in Cester, Mattarolo, Tremolada (a cura di), *op. cit.*, 37 ss., nonché a Lai, *op. cit.*, 68.

<sup>22</sup> V. sul punto Corso, *Sub articolo 3*, in Cester, Mattarolo, Tremolada (a cura di), *op. cit.*, 127 ss.  
<sup>23</sup> È noto che tale possibilità era già prevista dal nostro ordinamento: in particolare l'art. 13 della l. n. 196/1997 già aveva introdotto la nozione di orario normale settimanale di 40 ore, con possibilità della contrattazione collettiva di stabilire una durata minore e riferire l'orario normale a periodi ultra settimanali. Al riguardo v. Miscione, *La rivoluzione prospettata dell'orario di lavoro*, in *DPL*, 1998, n. 34, inserto; Manganello, *Sub Articolo 13 – Novità in tema di orario di lavoro*, in Ghera (a cura di), *Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi*, Jovene, Napoli, 1998, 119. Va peraltro sottolineato che in relazione a tale norma alcuni Autori avevano sostenuto una sorta di interdipendenza tra l'esercizio della facoltà di abbassare la soglia dell'orario normale e quello di modularne la distribuzione. In tale direzione v. D. Garofalo, *Intervento sull'orario di lavoro e incentivi alla riduzione*, in *DPL*, 1997, 2090; Scarponi, *La recente disciplina legislativa in materia di orari di lavoro: l'inizio di una riforma?*, in *LD*, 1998, 137; Allamprese, *Riduzione e flessibilità dell'orario di lavoro*, in *DLRI*, 2001, 97 ss.

Nel secondo caso il meccanismo è rovesciato: fissata la soglia massima di 48 ore medie settimanali in un periodo non superiore a quattro mesi, si attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di stabilirne una diversa misura (comunque non oltre le 48 ore) come pure una differente articolazione. In tal modo, può tanto introdursi un limite massimo (non superiore alle 48 ore) riferito alla sola settimana, quanto rifarsi al limite legale, calcolando perciò la durata massima settimanale su un periodo ultra settimanale entro la soglia dei 4 mesi. Ed ancora, elevare ulteriormente l'arco temporale cui riferire la durata media dell'orario massimo settimanale fino all'estremo di sei mesi, ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro specificate negli stessi contratti collettivi.

Come se non bastasse, si prevede, all'articolo 17, comma 2, che in assenza di contratti collettivi, su richiesta di una delle associazioni di rappresentanza, sindacale o datoriale, firmatarie dei contratti collettivi nazionali, il Ministro del lavoro possa emanare un decreto con il quale estendere, comunque, il periodo di computo della durata massima settimanale da quattro fino a sei mesi<sup>24</sup>.

Un possibile argine all'oscillazione multiperiodale dell'orario di lavoro potrebbe derivare dalla presenza di un orario massimo giornaliero. L'uso del condizionale è in questo caso quanto mai opportuno. Non solo e non tanto perché, diversamente dal passato, un limite di durata massima della prestazione lavorativa non è previsto espressamente dalla legge, ma lo si desume dal riconoscimento del diritto ad un riposo di 11 ore consecutive ogni 24 ore. È evidente infatti che se ogni 24 ore devono essere fruite 11 ore consecutive di riposo, la prestazione non può prolungarsi, come massimo per più di 13 ore. Ma soprattutto perché, al di là dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati in relazione a tale norma<sup>25</sup>, tale vincolo può rivelarsi, in concreto, molto meno stringente di quanto già non appaia.

---

<sup>24</sup> Sulla natura di tale potere sostitutivo, nonché sulle sue possibili ripercussioni sulle potenzialità regolative della contrattazione collettiva v. le osservazioni svolte al paragrafo successivo e ivi i diversi riferimenti bibliografici.

<sup>25</sup> Da più parti è stato prospettato il rischio di illegittimità costituzionale della nuova normativa rispetto all'art. 36, comma 2, nella parte in cui impone la fissazione *ex lege* del limite assoluto della durata della giornata lavorativa. Sulla vincolatività di tale limite si rinvia alla trattazione di Leccese, *L'orario di lavoro. Tutela costituzionale della persona, durata della prestazione e rapporto tra le fonti*, cit., 227 ss. Per una diversa ricostruzione di tale vincolo v. Ichino, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro, vol. II (estensione temporale della prestazione lavorativa e relative forme speciali di organizzazione)*, Giuffrè, Milano, 1985, 280; De Luca Tamajo, *Il tempo nel rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 1986, 447 ss.

Quanto alle possibili violazioni di tale norma, un primo profilo di criticità viene rinvenuto nell'inidoneità della soglia massima delle 13 ore giornaliere ad assicurare le finalità di tutela della salute del lavoratore perseguite dagli artt. 32 e 36, comma 2, della Costituzione. In tal senso oltre a Leccese, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, cit., 213, v. pure Del Punta, *op. cit.*, XIV. In più per una decisa critica alla tesi (sostenuta tra l'altro nella relazione governativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo) secondo cui la riserva di legge di cui all'art. 36 Cost., comma 2, verrebbe realizzata con una norma indiretta mediante una tecnica *a contrariis*, v. Sandulli, *Orario di lavoro, Sez. 1) Il quadro generale di riferimento*, in *Enc Giur*, in corso di pubblicazione.

L'altro profilo di incostituzionalità, probabilmente meno superabile, riguarda invece le possibilità di deroga offerte dal d.lgs. n. 66 al limite indiretto della durata massima giornaliera. La legge,

Da un lato, lo stesso articolo 7 prevede un'eccezione relativa alle attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata: dizione tanto ampia da poter essere potenzialmente applicabile ad una vasta cerchia di lavoratori<sup>26</sup> (soprattutto nel settore delle telecomunicazioni dove troviamo un'apposita regolamentazione degli orari spezzati).

Dall'altro, lo stesso diritto al riposo può formare oggetto di possibile deroga da parte di contratti o accordi collettivi conclusi tanto a livello nazionale quanto a livello decentrato, sia pure nell'ambito dei principi fissati a livello nazionale. Anche in tal caso il mancato intervento della contrattazione collettiva è surrogato dal potere sostitutivo del Ministro del lavoro, il quale, con riferimento ad un'ampia gamma di attività elencate nella stessa norma, può prevedere deroghe al diritto in parola.

I segni della preferenza legislativa verso un'ampia modulazione dei limiti di durata della prestazione lavorativa non potevano, dunque, essere più chiari.

Diverse e svariate, soprattutto se confrontate con il passato, sono oggi le *chance* di una gestione flessibile degli orari di lavoro. Quasi come un complesso gioco di scatole cinesi le possibilità di allentamento dei già ridotti vincoli legali, sia pure filtrate dall'intervento e dal controllo sindacale, si integrano ed incastrano vicendevolmente con l'obiettivo di attribuire i più ampi margini di manovra e di modulazione dell'orario di lavoro sulle specifiche e mutevoli esigenze aziendali e dei lavoratori.

**4.** L'altra grossa fetta di competenze riconosciuta alla contrattazione collettiva, in funzione di flessibilizzazione dei vincoli legali, attiene al profilo delle deroghe.

Il riferimento va principalmente all'articolo 17 della nuova normativa (decreto legislativo n. 66/2003), che individua una serie di restrizioni all'applicazione di norme dello stesso decreto legislativo n. 66/2003.

---

infatti ammette che la contrattazione collettiva o, in caso di inerzia della stessa, anche un decreto ministeriale possano derogare la durata minima del riposo di 11 ore giornaliera, incidendo per tale via in senso espansivo sulla soglia massima delle 13 ore lavorative. Ogni deroga convenzionale al riposo minimo giornaliero di 11 ore consecutive incide, aumentandolo, sul già alto tetto delle 13 ore giornaliera. In tal modo se dovesse ritenersi, come pure è stato sostenuto, che la riserva di legge di cui all'art. 36, comma 2, integri una riserva di legge assoluta, il rinvio alla contrattazione collettiva o alla fonte secondaria rappresenterebbe senz'altro un'illegittima violazione della disposizione costituzionale. Del resto anche se dovesse interpretarsi la riserva di legge in parola come relativa la legittimità costituzionale del rinvio alla fonte negoziale o secondaria non sarebbe scevra da dubbi di legittimità costituzionale nella misura in cui mancano nella norma di rinvio l'indicazione di quei principi direttivi cui la fonte delegata è tenuta ad osservare nella disciplina della materia coperta da riserva. Non è mancato chi, su tale punto ha prospettato rischi di illegittimità costituzionale della nuova normativa rispetto all'art. 36, comma 2, relativo alla fissazione per legge del limite assoluto della durata della giornata lavorativa. Per una puntuale disamina dei vari profili di dubbia legittimità costituzionale della norma in parola si rinvia a Carabelli, Leccese, *L'attuazione delle direttive sull'orario di lavoro tra vincoli comunitari e costituzionali*, in Scritti in memoria di Hernandez, in D.L., n. 3/4, 2004, nonché in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro).

<sup>26</sup> Di questo avviso è anche Del Punta, *op. cit.*, XV.

Alcune deroghe sono direttamente previste dal citato articolo 17, in riferimento a determinati tipi di rapporti di lavoro (alcuni dei quali direttamente attinenti al settore delle ICT e su cui ci si soffermerà in seguito). Altre sono rimesse all'intervento della contrattazione collettiva, che può escludere, in relazione a qualunque settore e per qualunque tipologia di rapporto, l'applicazione delle disposizioni in materia di riposo giornaliero, pause, nonché in materia di lavoro notturno.

Anche in tale ambito il rinvio alla contrattazione collettiva non è esclusivo, dal momento che nel caso di mancato intervento della fonte sindacale è dato il potere al Ministero del lavoro di stabilire con proprio decreto, su richiesta di almeno una delle organizzazioni, sindacali o datoriali, firmatarie del contratto collettivo nazionale, deroghe alle stesse disposizioni in materia di riposo giornaliero, pause e lavoro notturno anche se limitatamente a specifici rapporti di lavoro individuati dalla stessa norma.

La previsione di un simile potere sostitutivo – che va ad aggiungersi alla già citata possibilità di elevare il periodo di computo del limite massimo settimanale da quattro a sei mesi – è ampiamente rappresentativa del peso specifico riconosciuto negli ultimi tempi al sindacato ed alla contrattazione collettiva.

A prima vista potrebbe sembrare che la scelta legislativa di rinviare una serie di aspetti all'intervento della fonte sindacale si ponga, più o meno, in una linea di continuità con il passato: con la stagione, cioè, della flessibilità contrattata, quando il contratto collettivo era chiamato dalla legge a dosare il *quantum* di flessibilità da somministrare al nostro ordinamento. A ben vedere, però, l'impressione che si tratti di una continuità soltanto apparente sembrerebbe essere confermata dal profondo mutamento del contesto in cui tali rinvii vengono operati. Senza voler giungere a sostenere, come pure è stato fatto, che, a dispetto della quantità di spazi riconosciuti alla contrattazione collettiva dal decreto legislativo n. 66/2003, questa disciplina rappresenta il primo significativo segnale di un processo di marginalizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva che troverà massima espressione nel successivo decreto legislativo n. 276/2003 sulla riforma del mercato del lavoro<sup>27</sup>, non può nascondersi che in alcuni casi le potenzialità regolative della fonte sindacale potrebbero vedersi variamente indebolite.

Innanzitutto si è già visto che, diversamente dal passato, i rinvii operati dalla legge al contratto collettivo sono spesso funzionali non tanto ad allentare o modulare stringenti tutele legislative, ma piuttosto a mitigare alcune libertà già concesse dalla legge<sup>28</sup>; a ciò si aggiunga la previsione di un potere sostitutivo della fonte ministeriale che corre il rischio di sviluppare una pressione anomala

---

<sup>27</sup> Cfr. in tal senso Roccella, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali all'epoca del Governo Berlusconi*, Relazione al Convegno di Ferrara, 20 febbraio 2004, *Concertazione e unità sindacale*, di prossima pubblicazione su *LD*, 2004.

<sup>28</sup> Valga per tutti l'esempio della durata massima settimanale della prestazione lavorativa di cui all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 66/2003; in argomento v. Carabelli, Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, di prossima di pubblicazione.

sul normale esercizio dell'autonomia collettiva<sup>29</sup>. È vero che precedenti in tal senso non mancano nella più o meno recente legislazione della flessibilità. Anche, ad esempio in materia di lavoro interinale, il legislatore, conscio delle resistenze del mondo sindacale rispetto all'implementazione di un simile istituto, aveva previsto un intervento suppletivo della fonte eteronoma<sup>30</sup>. Questo non esclude le perplessità di quanti ritengono che, quando si prevede che un decreto ministeriale possa sostituirsi alla libertà delle scelte negoziali, non si rende un grande omaggio all'autonomia collettiva ed alle spontanee dinamiche negoziali. Si corre il rischio, piuttosto, di falsare i rapporti di forza tra le parti, incoraggiando atteggiamenti di chiusura al confronto sindacale di coloro che preferiscono "attendere dall'alto" quello stesso risultato che più difficilmente, e con qualche costo, avrebbero potuto guadagnarsi nell'arena contrattuale. In altre parole, il potere sostitutivo riconosciuto al Ministero, nei diversi ambiti in cui è inserito, se da un lato tiene al riparo l'obiettivo di flessibilizzazione della disciplina, affidato in prima battuta alla contrattazione collettiva, anche in caso di stallo del sistema sindacale<sup>31</sup>, dall'altro potrebbe ipotecare le stesse scelte negoziali, nella misura in cui o orienta in una particolare direzione i contenuti concreti della contrattazione o, ancor peggio, ostacola un effettivo e libero confronto sindacale.

**5.** Chiarite le (principali) competenze attribuite alla contrattazione collettiva dalla legge, si pone il problema di capire a quale livello di contrattazione si riferiscono i rinvii e quali soggetti sono a tal fine legittimati.

Sul primo punto deve ritenersi che nei casi (la maggioranza) in cui il legislatore non specifica espressamente il livello di contrattazione abilitato, il rinvio si rivolge a tutti i livelli di contrattazione. Lo conferma *in primis* la definizione di contratti collettivi che lo stesso legislatore fornisce ai fini della presente normativa, dove mancano indicazioni circa il livello di contrattazione: per contratti collettivi si intendono "i contratti stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative"<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Di diverso avviso sembra essere Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Relazione Aidlass 21-22 maggio 2004, (dattiloscritto) secondo cui l'intervento sostitutivo del Ministero non esprime mancanza di fiducia nelle parti sociali ma risponde all'esigenza di garantire la completezza dell'ordinamento. In argomento v. pure i diversi contributi presentati al Convegno *Tutele senza lavoro, lavori senza tutele: uno statuto per rimediare?* organizzato il 10 maggio presso l'Università del Sannio, in particolare la relazione di L. Zoppoli, *Politiche del diritto e ambizioni statutarie*, e di Santucci, *Sulla durata della prestazione di lavoro nella recente legislazione*, tutti in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro).

<sup>30</sup> V. art. 11, comma 4, l. n. 196/1997. Sul punto si rinvia a Miscione, *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, in *DPL*, 1997, 2071 ss., che legge tale disposizione come mezzo per garantire una certa indipendenza del funzionamento di tale istituto dalla tradizionale ostilità dell'ambiente sindacale.

<sup>31</sup> In tal senso cfr. F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in *Introduzione*, in F. Carinci (coordinato da), *op. cit.*, vol. I, IX ss.

<sup>32</sup> Cfr. su tale definizione il commento di Simonato, *Sub art. 1 § 2*, in Cester, Mattarolo, Tremolada (a cura di), *op. cit.*, 38 ss.

Un'ulteriore conferma viene pure dalle disposizioni in materia di deroghe, dove il rinvio legale è rivolto espressamente alla contrattazione nazionale. Indicando, in tal caso, come livello abilitato, solo quello nazionale, il legislatore conferma implicitamente che, in mancanza di specificazioni, il rinvio deve intendersi riferito a contratti collettivi di qualunque livello. In altre parole, la limitazione del potere di deroga alla sola contrattazione nazionale, o a quella decentrata entro i limiti fissati da quella superiore, rappresenta l'eccezione che conferma la regola dell'indifferenza del livello negoziale legittimato<sup>33</sup>. Eccezione ampiamente ragionevole, se si pensa al particolare oggetto del rinvio legale, essendo la contrattazione collettiva chiamata qui ad assolvere il delicato compito di dosare possibili deroghe a fondamentali principi di rilievo addirittura costituzionale: di qui la scelta di coinvolgere in tali funzioni soltanto quei sindacati che possano vantare una diffusione nazionale e per ciò stesso maggiori garanzie di affidabilità.

Quanto, invece, all'individuazione dei soggetti legittimati a stipulare, la legge fa riferimento a organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Non è la sede per ripercorrere la storia, alquanto recente, di tale criterio selettivo, che com'è noto è stato introdotto, stante la mancata attuazione dell'articolo 39 Cost., per garantire l'unicità del contratto collettivo per ogni categoria, alla luce, soprattutto, della frammentazione e del sovrappollamento sindacale che ha caratterizzato gli ultimi decenni nonché dell'allargamento delle maglie selettive dell'ormai logoro criterio della maggiore rappresentatività<sup>34</sup>. Si tratta com'è noto di un criterio altamente selettivo, che individua come soggetti legittimati solo quei sindacati che rispetto agli altri abbiano il più alto grado di rappresentatività.

Vale la pena di sottolineare che il ricorso a tale criterio rappresenta nell'ottica legislativa un duplice cumulativo meccanismo di sicurezza contro un possibile stallo dell'attività sindacale.

Da un lato, il riferimento alla maggiore rappresentatività comparata contribuisce a ridurre il numero dei soggetti legittimati, dall'altro il rinvio a contratti

---

<sup>33</sup> D'altra parte anche alcuni elementi testuali che a prima vista sembrano meno compatibili con questa interpretazione si rivelano comunque inidonei a porla veramente in dubbio. È il caso del rinvio contenuto nell'art. 13 in materia di lavoro notturno, il quale, precisando espressamente che il livello contrattuale legittimato è anche quello aziendale, sembrerebbe, secondo alcuni, implicitamente affermare che, in mancanza di alcun riferimento, il rinvio ai contratti collettivi dovrebbe intendersi limitato alla contrattazione nazionale (di questo avviso è Franci, *L'orario di lavoro e le modalità della prestazione. La nuova disciplina del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66*, in *LPO*, 2003, 791). Senza dover giungere a ritenere superflua tale precisazione, può, al contrario, sostenersi che il riferimento alla contrattazione aziendale, lungi dal rappresentare una conferma implicita della prevalenza del livello nazionale, sia stato introdotto dal legislatore per sgombrare il campo, in una materia delicata come il lavoro notturno, tradizionalmente chiusa ai livelli decentrati di negoziazione, da ogni possibile dubbio sulla legittimazione *anche* della contrattazione aziendale.

<sup>34</sup> Sul punto si rinvia a Lassandari, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, 1997, 261 ss.; Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, cit., 224 ss.; M. Ricci, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in *AA.VV.*, *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, 138 ss.

collettivi stipulati *da* e non *dalle* organizzazioni sindacali, legittimando anche intese che siano sottoscritte solo da *alcune*, e non da *tutte*, le organizzazioni comparativamente più rappresentative, spiana la strada ad eventuali accordi separati. Un duplice meccanismo, questo, che viene ulteriormente rafforzato dal già ricordato potere sostitutivo del Ministero esercitabile appunto quando si verifichi un arresto delle dinamiche negoziali. Ciò in linea con la più recente tendenza, chiaramente visibile anche nella recente riforma del mercato del lavoro realizzata dal decreto legislativo n. 276/2003, ad evitare che il dissenso di una o più organizzazioni, sia pure fortemente rappresentativa, possa tradursi in un potere di veto e dunque di stallo dell'attività regolativa della contrattazione collettiva<sup>35</sup>.

Chiarita la portata selettiva della nozione "sindacato comparativamente più rappresentativo", rimane da verificare quale significato debba essere attribuito ai termini organizzazione sindacale, ed in particolare se possano ricomprendersi nella dizione in parola anche gli organismi di rappresentanza a livello aziendale (primi tra tutti le rsu). In questa direzione sembra deporre lo stesso legislatore là dove, introducendo un obbligo di consultazione sindacale a carico del datore di lavoro ai fini dell'introduzione del lavoro notturno, distingue tra consultazione delle rappresentanze sindacali in azienda e delle organizzazioni territoriali dei lavoratori.

6. Fin qui si è visto come la contrattazione collettiva, sia pure con le riserve e le perplessità accennate, sia coinvolta in punti nevralgici della gestione dei tempi di lavoro.

Detto ciò sembra opportuno valutare come questa scelta legislativa, ispirata appunto all'ampia valorizzazione dell'autonomia collettiva, si ripercuota sul settore delle imprese ICT, dove, come si è accennato all'inizio, la dimensione collettiva non ha finora raggiunto un alto grado di maturità<sup>36</sup>. Emblematica è la mancanza di un contratto collettivo per la categoria delle imprese informatiche, da cui la prassi di applicare in questo settore i contratti collettivi di altre categorie: metalmeccanico e commercio *in primis*, a cui si aggiunge, più di recente, il contratto collettivo delle telecomunicazioni. Il panorama regolativo risulta in tal modo frammentato tra diverse discipline contrattuali, con il rischio di favorire anzitutto un pericoloso fenomeno di competizione giocato sulle diverse condizioni applicabili al rapporto di lavoro.

Le ragioni di tale frammentazione sono svariate, complesse e non possono certo essere compiutamente analizzate in questa sede: ci si limita ad offrire solo alcuni spunti di riflessioni.

Innanzitutto un ruolo determinante è sicuramente giocato dall'espansione

---

<sup>35</sup> In tal senso, per tutti, F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: Continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., IX ss.

<sup>36</sup> Per uno sguardo comparato sulla diffusione della presenza sindacale nel comparto ICT v. il Rapporto Eiro (*European industrial relations observatory on-line*) *Industrial relations in the information and communications technology sector*, in [www.eiro.eurofound.ie/2001/08-study/in0108201s.html](http://www.eiro.eurofound.ie/2001/08-study/in0108201s.html).

relativamente recente del settore rispetto ai tradizionali settori industriali. Tra l'altro si tratta di un comparto che è nato e si è sviluppato in maniera "esplosiva". La repentina crescita della *net.economy* si è consumata in una congiuntura economica favorevole, e quindi in un clima tutto sommato non particolarmente pregiudizievole per i lavoratori, vista pure la forte domanda di lavoro improvvisamente proveniente dalle imprese del settore. In più si tratta di lavoratori che, soprattutto nelle imprese IT, vantando competenze non facilmente reperibili sul mercato, godono di un potere contrattuale piuttosto elevato che rende per loro meno necessaria l'aggregazione collettiva. A ciò si aggiunga la già accennata frammentazione e differenziazione dimensionale delle imprese. È evidente, infatti, che in realtà imprenditoriali fortemente parcellizzate e diversificate, anche sul piano dimensionale, caratterizzate dalla presenza di lavoratori dotati generalmente di una professionalità medio-alta, i presupposti stessi dell'aggregazione sindacale siano qui, più che altrove, maggiormente sbiaditi ed evanescenti. Non è un caso, quindi, che proprio nel settore delle telecomunicazioni, che è invece caratterizzato dalla presenza di imprese più grandi che occupano lavoratori con profili professionali medi o bassi (pensiamo ad esempio ai *call-centers*), si registrano una maggiore presenza ed attivismo sindacale, dimostrati non solo dalla esistenza di un contratto collettivo (quello appunto delle telecomunicazioni) stipulato da Confindustria e dalle maggiori sigle sindacali, e da poco rinnovato nella parte economica, ma anche dalla recente firma di un accordo collettivo di disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative all'interno dei *call-centers* che investe, per certi aspetti, pure il profilo dell'orario di lavoro. Qui addirittura l'aggregazione sindacale valica i confini della subordinazione per approdare a tipologie contrattuali più o meno autonome.

Così come non è un caso che in un periodo di forte recessione del settore, come quello attuale, cominciano ad intravedersi i primi segnali di un rinnovato interesse all'aggregazione collettiva anche in quei contesti in cui solo pochi anni fa la presenza sindacale era a dir poco episodica<sup>37</sup>. Ovviamente l'organizzazione degli interessi avviene qui secondo modelli assolutamente inediti, che sono per certi versi lo specchio della particolarità del settore. Primo fra tutti l'utilizzo di *internet* come strumento di comunicazione e dunque di aggregazione collettiva<sup>38</sup>.

La scarsa diffusione della presenza sindacale e la frammentazione negoziale appena accennata, rendono, in tale settore, ancor più problematico uno dei classici nodi del diritto sindacale italiano: vale a dire la questione della "copertura" della rappresentanza sindacale, il classico problema di "chi rappresenta chi"<sup>39</sup>. È inutile dire che in un sistema sindacale assolutamente poco formalizzato come il nostro, dove il contratto collettivo, inquadrato negli

<sup>37</sup> Emblematica è la vicenda della crisi statunitense della c.d. Silicon Valley.

<sup>38</sup> A titolo meramente esemplificativo v. [www.breadandroses.it](http://www.breadandroses.it), il primo sindacato italiano dei c.d. *net-workers* che, non a caso, nasce nel 2001 in un momento particolare caratterizzato dalla crisi sociale di Internet e dall'esaurimento degli effetti della c.d. bolla tecnologica.

<sup>39</sup> Cfr. D'Antona, "Chi rappresenta chi?" I debiti della decima legislatura, in *LD*, 1992, 533.



angusti schemi del diritto privato, è sfornito di un'efficacia generalizzata nei confronti di tutti i lavoratori (indipendentemente dai vincoli di affiliazione) la scarsa diffusione dell'aggregazione collettiva rappresenta un elemento che di certo non aiuta l'intervento di una disciplina sindacale idonea a coprire una platea di destinatari quanto più ampia e possibile. Il tutto risulta negli ultimi tempi complicato da un generale clima di ridefinizione dei rapporti tra le principali confederazioni nazionali: emblematica la rottura dell'unità sindacale sul contratto dei metalmeccanici.

D'altra parte, all'interno della disciplina dell'orario di lavoro potrebbero intravedersi alcuni elementi che sarebbero in grado, in qualche modo, di aiutare la diffusione di esperienze negoziali ulteriori rispetto ai contratti di fatto applicati alle imprese del settore. Ad esempio, l'ammissione di una contrattazione territoriale in un comparto come quello dell'IT, caratterizzato da una massiccia polverizzazione produttiva, potrebbe rappresentare un utile contributo allo sviluppo di esperienze negoziali di settore capace di cogliere i vincoli e le opportunità offerte dalla nuova disciplina.

Del resto non mancano esperienze in cui la diffusione di una dimensione collettiva e contrattuale è nata proprio dal territorio: basti pensare alla contrattazione sulle collaborazioni coordinate e continuative<sup>40</sup>.

Passando ora ai contenuti, va innanzitutto osservato che i contratti collettivi applicati nelle imprese del settore non sono affatto indicativi dell'impatto effettivamente prodotto dalla nuova disciplina sull'orario di lavoro, essendo tutti intervenuti prima, o al massimo, a ridosso dell'emanazione del decreto n. 66/2003. Ciò malgrado, già all'interno di tali contratti sono chiaramente rintracciabili alcune significative aperture a quelle opzioni di flessibilizzazione dell'orario, decisamente inferiori rispetto a quelle oggi garantite, che già offriva il precedente quadro legale.

Emblematica è la scelta adottata nei tre contratti citati, sia pure con sfumature ed accenti differenti, di prevedere (*rectius* autorizzare), in attuazione di quanto già previsto dall'articolo 13 della legge n. 196/1997, il ricorso all'orario multiperiodale.

In più va segnalata, sia nel contratto delle telecomunicazioni, sia in quello, recentemente rinnovato, dei metalmeccanici, la regolazione dell'istituto della reperibilità<sup>41</sup>, definito appunto quale "istituto complementare alla normale prestazione lavorativa, mediante il quale il lavoratore è a disposizione dell'azienda per assicurare la continuità dei servizi o la funzionalità degli impianti".

Per non parlare poi della previsione da parte del contratto delle telecomuni-

---

<sup>40</sup> Sul punto v. le osservazioni di Lazzari, *Rapporti di collaborazione e tutela collettiva: i primi tentativi di regolazione sociale*, in *DML*, 2001, 57 ss.; da ultimo in argomento v. Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale democrazia per il sindacato*, Giappichelli, Torino, 2004, 221 ss.

<sup>41</sup> Sull'istituto della reperibilità, v., in generale, Meleca, *Il patto di reperibilità*, in *DPL*, 2001, 476 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass., 7 giugno 1995, n. 6400, in *DPL*, 1996, 263 ss.; Cass., 9 settembre 1991, n. 9468, e Cass., 17 febbraio 1987, n. 1720, in *OGI*, 1987, I, 133 ss.

cazioni dei c.d. orari spezzati, intendendosi per tali “gli orari che prevedono un intervallo non retribuito”. In questi casi, lo stesso contratto stabilisce che la durata di ciascuno dei due periodi di prestazione giornaliera non deve essere inferiore a 3 ore per tutti i lavoratori, mentre la durata dell’intervallo tra i due periodi stessi non deve essere superiore a 4 ore.

7. I descritti profili di criticità della dimensione collettiva aumentano l’interesse, in riferimento al comparto ICT, di individuare, all’interno della disciplina dell’orario di lavoro, i residui spazi lasciati alla libera autonomia individuale. Se manca il contratto collettivo, e si è appena visto che si tratta di una possibilità tutt’altro che remota, vale la pena chiedersi se, ed entro che limiti, le parti individuali possano adottare le opzioni di flessibilità previste dalla legge. Già si è detto che il legislatore italiano non ha ceduto alla tentazione offerta dalla direttiva comunitaria di coinvolgere la contrattazione individuale nella gestione dei tempi di lavoro. Tuttavia alcuni residui spazi possono essere rintracciati all’interno del decreto n. 66/2003.

Il primo, e più rilevante, ambito in cui si registra una certa indipendenza dell’autonomia individuale da quella sindacale, è il lavoro straordinario <sup>42</sup>.

Affidata ai contratti collettivi la regolamentazione delle modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario, si prevede espressamente che, in mancanza della disciplina collettiva, il ricorso ad esso è subordinato all’accordo tra datore e singolo lavoratore <sup>43</sup>. La competenza delle parti individuali non riguarda solo l’*an* dello straordinario ma anche il *quomodo*. Senza la previsione sindacale del limite massimo di orario settimanale, residua alle parti individuali una discreta libertà di manovra sull’articolazione plurisettimanale delle ore eccedenti l’orario normale: come si è già avuto modo di osservare, il limite legale di durata massima della prestazione lavorativa (le 48 ore settimanali, compreso lo straordinario) non è fissato *tout court*, ma come media su un arco temporale non superiore a quattro mesi. In quest’intervallo di tempo, non è precluso alle parti di prevedere un’articolazione plurisettimanale delle prestazioni lavorative, anche se solo nei limiti di quelle eccedenti l’orario normale, essendo quest’ultimo fissato per legge nel valore massimo di 40 ore settimanali e modificabile, quanto a durata ed articolazione plurisettimanale, solo dalla contrattazione collettiva <sup>44</sup>. In definitiva le possibilità offerte alle parti individuali di articolare l’orario di lavoro su base plurisettimanale risultano limitate alle sole ore di straordinario: il tutto ovviamente nel rispetto di ulteriori limiti fissati comunque dalla legge. *In primis* il diritto al riposo giornaliero, previsto dalla legge, in 11 ore consecutive. In secondo luogo, il limite quantitativo di ricorso allo straordinario che è fissato dalla legge in 250 ore annue.

<sup>42</sup> Per una recente analisi della giurisprudenza in materia di lavoro straordinario, v. Bolego, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di lavoro straordinario*, in *DLM*, 2003, 421 ss.

<sup>43</sup> Al riguardo v. Papaleoni, *Interrogativi applicativi sulla riforma dell’orario di lavoro e dei riposi*, in *ADL*, 2003, 443 ss.

<sup>44</sup> Sul punto v. anche Topo, *Sub articolo 4*, in Cester, Mattarolo, Tremolada (a cura di), *op. cit.*, 186.

Sempre attraverso il ricorso allo straordinario si registra un'altra possibilità di individualizzazione delle condizioni di lavoro, anche se comunque subordinata all'intervento della contrattazione collettiva. Si tratta del meccanismo c.d. di banca-ore, già sperimentata in passato ad opera della contrattazione collettiva<sup>45</sup>. È noto che la caratteristica dell'istituto consiste nello scambiare tempo con tempo e non solo tempo con denaro, attraverso l'accumulo, in un conto individuale, di tutte o di parte delle ore di lavoro straordinario prestate, al fine poi di poterne godere successivamente sotto forma di riposi compensativi. L'istituto è oggi particolarmente incentivato dal legislatore nella misura in cui è espressamente previsto, anche se nei soli contratti collettivi, la possibilità di introdurre tale meccanismo (straordinario *versus* riposi compensativi); in più si prevede che in tali ipotesi le ore di straordinario, appunto compensate dal godimento di riposi, non si computano ai fini della media complessiva dell'orario settimanale.

Alla luce di quanto finora detto appare evidente che lo spazio riservato all'autonomia individuale dal decreto legislativo n. 66/2003 sia alquanto ridotto e "schiacciato" dagli ampi poteri riservati alla contrattazione collettiva. È, del resto, una scelta significativa, che merita di essere sottolineata, alla luce se non altro degli attuali scenari delineati dalla riforma del mercato del lavoro, dove la preferenza del momento collettivo di regolazione su quello individuale, anche su temi non lontani da quello dell'orario, non appare così sicura e scontata<sup>46</sup>.

Posto dunque che la contrattazione collettiva, rispetto alle possibilità offerte all'autonomia individuale, ricopre un ruolo ancora prevalente nelle opzioni di flessibilizzazione dell'orario, vale la pena di domandarsi se, ed entro che limiti, il singolo lavoratore può negoziare con il proprio datore di lavoro un assetto dell'orario che, pur conforme ai vincoli e limiti legali, si discosti per alcuni aspetti dalle previsioni contrattuali eventualmente intervenute.

È il classico problema dei rapporti tra autonomia individuale e discipline collettive e della loro possibile concorrenza, risolto tradizionalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza in base alla regola dell'inderogabilità *in peius*/derogabilità *in melius* del contratto collettivo da parte di quello individuale<sup>47</sup>.

A tal riguardo, però, le indicazioni forniteci dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro sono del tutto insufficienti dal momento che manca alcun riferimento dal quale possa desumersi la possibilità o meno di una concorrenza tra fonte collettiva ed autonomia individuale. Nel silenzio del legislatore, si potrebbe ritenere che un problema di concorso tra le due "fonti" non si ponga per quelle materie riservate dalla legge esclusivamente all'intervento regolatore della

<sup>45</sup> Per un esame della disciplina contrattuale della banca-ore, v. Gottardi, *La banca delle ore*, in *C&C*, ottobre 2000, 58 ss., nonché Leccese, *Orario di lavoro e part-time*, in *EL*, 2002, n. 3, 75 ss.

<sup>46</sup> Su tale questione, v. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, relazione Aidlass 2004 (datt.).

<sup>47</sup> Per una trattazione *ex professo* dell'argomento si rinvia alla classica monografia di De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

contrattazione collettiva<sup>48</sup>. In simili ipotesi, senza la previsione nel contratto collettivo di possibili deroghe individuali, potrebbe escludersi qualsiasi intervento modificativo da parte dell'autonomia individuale: ritenendo con ciò che il previsto intervento della contrattazione collettiva assorba ogni altra forma di regolazione negoziale.

Dall'altro, però, non può negarsi che, anche in questi casi, le specifiche esigenze del singolo lavoratore, in relazione al tema "tempo di lavoro", acquisiscono un valore tale da rendere ammissibile, sia pure con tutte le necessarie cautele, una rivalutazione delle prerogative negoziali individuali. Esigenze individuali, che in un sistema produttivo e del lavoro sempre meno standardizzato, in cui affiorano prepotentemente elementi di macroscopica differenziazione degli interessi legati al governo dei tempi di lavoro, sono sempre meno scontatamente sovrapponibili all'interesse collettivo perseguito dalle organizzazioni sindacali. Finché il modello del rapporto di lavoro è unico e standardizzato risulta più agevole per il sindacato contrattare nell'interesse di tutti, avendo riguardo ad un social tipo esponenziale: diversamente, diviene difficile mantenere un'efficace rappresentanza della collettività allorché gli interessi si articolano e si individualizzano<sup>49</sup>. Se poi caliamo queste valutazioni nell'ambito delle imprese informatiche e di telecomunicazione, queste esigenze di individualizzazione si ritrovano ulteriormente amplificate, considerata qui la presenza di moduli organizzativi ancor più flessibili, tanto spaziali, quanto temporali.

Ad ogni modo, a prescindere dall'ampiezza degli ambiti di possibile concorso tra contratto collettivo e autonomia individuale, va comunque osservato che in situazioni relative all'organizzazione dell'orario di lavoro, dove appunto grande rilievo assumono gli interessi individuali, la regola delle derogabilità *in melius*/inderogabilità *in peius* non è sempre di facile applicazione, dal momento che non è sempre facile realizzare un'opera di comparazione dei trattamenti. Ad esempio, una clausola individuale che preveda un'organizzazione degli straordinari differente da quelli stabiliti dalla contrattazione collettiva, al fine di realizzare un interesse individuale, può ritenersi migliorativa o peggiorativa di quella collettiva che invece limita sensibilmente l'uso dello straordinario? Ed ancora pensiamo al caso di un accordo individuale che, ovviamente nel rispetto dei limiti legali, preveda un'organizzazione multiperiodale diversa da quella negoziata a livello collettivo. Soprattutto se si pensa che spesso dalla variazione della distribuzione dell'orario individuale giornaliero o settimanale può talora dipendere la possibilità stessa di un lavoratore di occupare o mantenere un posto di lavoro<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Di quest'avviso è Pinto, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, 2002, 275 ss., in particolare 279-280.

<sup>49</sup> Cfr. in tal senso De Luca Tamajo, *Il tempo di lavoro (il rapporto individuale di lavoro)*, cit., 7 ss.

<sup>50</sup> Sul possibile concorso tra autonomia individuale e collettiva, sia pure in riferimento al quadro normativo ante riforma del 2003, v. Carabelli, Leccese, *Legge, autonomia collettiva e autonomia individuale nella disciplina dell'orario di lavoro in Italia*, Rapporto sull'Italia presentato al

Al riguardo le risposte che ci fornisce la dottrina sono piuttosto diverse. Ad una prima ricostruzione che invita a diffidare di ogni possibile apertura a deroghe individuali, nella consapevolezza che è illusorio pensare ad uno spontaneo e soddisfacente incontro, a livello individuale, delle due esigenze (del datore e del lavoratore) di flessibilità<sup>51</sup>, si accompagnano altre ricostruzioni molto più ottimistiche che, richiamandosi al diritto (di cui all'articolo 4 Cost.) di lavorare "secondo le proprie possibilità e la propria scelta", riconoscono la necessità di attribuire un grande rilievo alle valutazioni del singolo lavoratore<sup>52</sup>.

Una qualche apertura alle esigenze del singolo lavoratore è presente in verità anche nella giurisprudenza, la quale, nelle poche occasioni in cui se ne è occupata, non ha escluso la possibilità di una prevalenza della fonte individuale su quella collettiva laddove "tali intese, raggiunte nell'esercizio dell'autonomia contrattuale individuale [...] siano stipulate nell'esclusivo interesse dei dipendenti e per soddisfare le esigenze dei medesimi"<sup>53</sup>. In altre occasioni è stata addirittura dichiarata la legittimità del rifiuto da parte del lavoratore di osservare la distribuzione dell'orario di lavoro contrattata in sede aziendale in caso di esigenze personali ostative che il datore di lavoro avrebbe dovuto considerare in ottemperanza agli obblighi di correttezza e buona fede<sup>54</sup>.

In ogni caso, per non vanificare il principio generale dell'inderogabilità della norma collettiva, posto a garanzia dell'interesse del singolo lavoratore quale contraente debole, sarebbe opportuno ancorare il giudizio di comparazione tra i trattamenti, individuale e collettivo, a parametri quanto più oggettivi possibili. Uno di questi, per quanto non sempre risolutivo, potrebbe essere la tutela della salute del lavoratore: ritenere cioè che il trattamento da favorire sia almeno in linea di massima quello che meglio tutela la salute del lavoratore. Benché, pure là dove la diversità tra le discipline non sia tale da rilevare sul piano della salute del lavoratore, ammettere a cuor leggero aperture a deroghe individuali potrebbe spianare la strada ad imposizioni unilaterali del datore di lavoro, soprattutto nei casi in cui il lavoratore non abbia la forza di negoziare liberamente con la controparte datoriale. Anche perché c'è da considerare che in tanto il datore di lavoro avrà interesse a rinegoziare a livello individuale aspetti su cui ha già negoziato a livello collettivo, sopportando così i costi organizzativi di una diversificazione dei regimi di orario praticati in azienda, in quanto la deroga riesca a soddisfare sue specifiche esigenze ed interessi.

Di qui la necessità di adottare, soprattutto in riferimento a lavoratori con un

---

*Séminaire de recherche européen: Leçons d'une réduction de la durée du travail*, Bordeaux, 5-6 dicembre 2002, anche in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro).

<sup>51</sup> Per tale impostazione, v., tra gli altri, Alleva, *Il tempo di lavoro (l'azione sindacale)*, in AA.VV., *Il tempo di lavoro*, cit., 39 ss., secondo cui "sarebbe mistificante oltre che illusorio, pensare che possano trovare qui piena realizzazione, ed immaginare assetti produttivi e organizzativi finalizzati alla creazione di una sorta di "supermarket" dei tempi di lavoro dove ognuno possa fare la spesa che gli necessita e gli conviene" (74).

<sup>52</sup> In questa direzione v. Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. II, cit., 360 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Cass., 23 novembre 1988, n. 6302, in *FI*, 1989.

<sup>54</sup> In questo senso v. P. Milano, 20 maggio 1992, in *RIDL*, 1993, II, 816, con nota di Failla, *Per la variazione dell'orario di lavoro non basta l'accordo aziendale*.

grado di professionalità meno elevata, una certa cautela nell'ammettere deroghe individuali alla disciplina collettiva al fine di poter garantire che l'inserimento delle opzioni del singolo lavoratore nell'ambito della gestione degli orari, diretto ad evitare ogni rischio di eccesso di standardizzazione, non venga a compromettere tanto le esigenze di tutela del lavoratore contro regolazioni unilateralmente imposte dal datore di lavoro quanto l'unitarietà delle politiche sindacali di controllo dei processi di flessibilizzazione dell'orario.

**8.** Accanto alle diverse possibilità di flessibilizzazione dell'orario previste, in generale, dal decreto legislativo n. 66/2003 meritano di essere segnalate talune disposizioni (anche estranee al decreto legislativo n. 66) che contribuiscono ad attribuire al tema dell'orario di lavoro nelle ICT alcuni tratti di specialità.

Il riferimento va, innanzitutto, alla disciplina sulla sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo n. 626/1994 che, nel prevedere regole specifiche per le attività lavorative che comportano l'uso di attrezzature munite di videoterminale, coinvolge profili pure attinenti all'orario di lavoro. È fin troppo ovvio il collegamento che si delinea tra questi ambiti, visto che un *computer* (e quindi un videoterminale) rappresenta di regola lo strumento ordinario e necessario di lavoro di un addetto che opera nel campo delle ICT.

Si tratta, in particolare, di due normative che presentano diversi aspetti comuni: entrambe sono discipline nazionali attuative di direttive comunitarie, entrambe risultano funzionali alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, sia pure con un grado di specialità e di specificità differenti: il decreto legislativo n. 66/2003 pone norme generali in materia di organizzazione dell'orario di lavoro, dotate di un campo di applicazione tendenzialmente generale; il decreto legislativo n. 626/1994, limitatamente alle norme sul lavoro ai videoterminali, rappresenta invece, in riferimento ai profili dell'orario, una disciplina speciale, in quanto tale destinata a prevalere su quella generale.

È evidente che trattandosi di norme *speciali*, inderogabili anche dall'autonomia collettiva, esse si applicano anche in quei casi, di cui all'articolo 17, decreto legislativo n. 66/2003, che come si avrà modo di vedere, non rientrano nel campo di applicazione delle principali tutele previste dalla normativa *generale* in materia di orario.

Di qui, dunque, l'innesto, sull'apparato di regole generali dettate in materia di orario di lavoro, di ulteriori tutele previste specificamente a tutela della salute dei lavoratori che utilizzano un videoterminale: *in primis* il diritto del lavoratore che svolga la sua attività almeno per quattro ore consecutive ad un'interruzione dell'attività secondo le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva anche aziendale. In ogni caso, in assenza dell'intervento sindacale resta fermo il diritto ad una pausa di 15 minuti ogni due ore di applicazione continuativa al videoterminale che, in quanto parte integrante dell'orario di lavoro, non è negoziabile nell'ambito di accordi che prevedano una riduzione dell'orario di lavoro. A tali vincoli sostanziali si aggiungono poi una serie di limiti procedurali che obbligano il datore a diversi oneri di consultazione e partecipazione dei lavoratori in ordine ai cambiamenti tecnologici che comportano mutamenti nell'organizzazione del lavoro.

L'altro possibile profilo di specialità dell'orario di lavoro nelle imprese ICT è legato, invece, all'articolo 17, comma 5, decreto legislativo n. 66/2003, nella misura in cui esclude dal campo di applicazione di gran parte delle tutele previste, quei rapporti di lavoro la cui durata dell'orario, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi: tra cui la legge espressamente individua, oltre ai telelavoratori, i dirigenti, il personale direttivo o altre persone aventi potere di decisione autonomo.

È chiaro che l'esclusione dei telelavoratori dall'ambito di operatività delle principali tutele previste dal decreto legislativo n. 66/2003 potrebbe investire una cospicua fetta di lavoratori ICT, atteso che in tale settore il massiccio utilizzo di tecnologie informatiche nell'esecuzione della prestazione lavorativa apre la strada a possibili forme di lavoro a distanza che potrebbero rientrare nell'incerta fattispecie del telelavoro. È a questo punto evidente che la concreta incidenza di tale esclusione dipende in larga misura dalla precisa individuazione dei reali confini della nozione di telelavoro: operazione, questa, tutt'altro che semplice se si pensa alla mancanza di una preciso quadro giuridico di riferimento. Del resto, anche la neo-nata definizione fissata dal recente accordo interconfederale attuativo dell'accordo europeo sul telelavoro stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra UNICE/UEAPME, CEEP e CES, data la sua ampiezza e genericità non aiuta granché a individuare (e quindi delimitare) la fattispecie<sup>55</sup>.

Un ulteriore problema interpretativo si pone in relazione alle altre ipotesi espressamente previste dall'articolo 17, comma 5, di esclusione dal campo di applicazione delle principali tutele previste dal decreto legislativo n. 66/2003: in particolare personale direttivo ed altre persone aventi potere di decisione autonomo.

L'esclusione del personale direttivo non è un'acquisizione recente del nostro ordinamento, dal momento che una simile previsione si ritrovava già nel regio decreto n. 692/1923. Su tale nozione si è formata una copiosa giurisprudenza che ne ha fornito un'interpretazione piuttosto estensiva, fino al punto di ammettere, nel suo ambito, pure quei dipendenti inquadrati in una posizione gerarchicamente subordinata con riguardo unicamente a direttive di massima da parte dei rispettivi superiori<sup>56</sup>. Nella stessa direzione si è mosso più di

---

<sup>55</sup> Cfr. l'art. 1 dell'Accordo interconfederale stipulato il 9 giugno 2004 tra Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apla, Casartigiani, Cia, Claii, Coldiretti, Confagricoltura, Confcooperative, Confcommercio, Confetra, Confinterim, Legacooperative, Unici, secondo cui "Il telelavoro costituisce una forma di organizzazione e/o di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa". Per un primo commento a tale accordo v. Falasca, *Telelavoro: approvato l'accordo interconfederale*, in *GLav*, 2004, n. 25, 10 ss. In generale sul telelavoro, v., per tutti, Gaeta, Pascucci (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

<sup>56</sup> Sul punto v. Pizzoferrato, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di orario di lavoro*, in AA. VV., *L'orario di lavoro*, in *QDLRI*, 1995, 219 ss., in particolare 224-225. Più di recente v.

recente anche il Ministero del lavoro, che con una circolare di febbraio 2000 (n. 10 del 15 febbraio 2000) ha in qualche modo cercato di aggiornare ed adeguare la nozione legislativa rispetto ai mutamenti dell'organizzazione del lavoro conseguenti all'evoluzione tecnologica. Partendo dall'introduzione di nuove figure professionali che, se pur prive di potere gerarchico, conservano ampie possibilità di iniziativa, discrezionalità, decisione e determinazione autonoma del proprio tempo di lavoro, il Ministero ammette che anche queste nuove professionalità possano farsi rientrare nella nozione di personale direttivo e quindi considerarsi escluse dal campo di applicazione di una serie di tutele riconosciute dalla legge.

Tale nozione, così evidentemente dilatata, è stata oggi per certi versi recepita dal legislatore nella misura in cui estende l'ambito di operatività delle deroghe descritte a quei lavoratori con poteri di decisione autonoma: di qui la necessità di accertare i confini di quest'ampia definizione per poter poi verificare se ed entro che limiti possa coinvolgere i lavoratori delle ICT, atteso che, come si è detto all'inizio, molti di essi si caratterizzano per ampi poteri di decisione autonoma, lavorando per obiettivi senza precise e stringenti direttive del datore di lavoro.

A prima vista, sulla scorta anche della generosa interpretazione giudiziale appena evocata, si potrebbe essere tentati di ipotizzare un'esclusione di ampie schiere di lavoratori dal campo di applicazione dei principali vincoli legali finora esaminati: primo fra tutti quello in materia di orario normale e con esso la riserva alla contrattazione collettiva sulla riduzione e rimodulazione dell'orario.

A ben vedere, però, il dato normativo non pare autorizzi facili sovrapposizioni. Guardando al complessivo disposto della norma è chiaro che il carattere autonomo cui fa riferimento la dizione in parola va considerata in relazione soprattutto all'organizzazione che è tale, appunto, da non rendere possibile la predeterminazione della durata del lavoro svolto.

Diversamente, nel caso dei lavoratori di imprese informatiche i margini di autonomia nell'esecuzione della prestazione lavorativa sono legati soprattutto alle specificità delle competenze tecniche delle mansioni. Del resto, è noto, che l'utilizzo di strumenti informatici nello svolgimento delle mansioni, se da un lato riconosce appunto una maggiore elasticità ed indipendenza nell'esecuzione della prestazione lavorativa, dall'altro non comporta necessariamente l'attenuazione delle caratteristiche proprie della subordinazione oppure l'azzeramento dei poteri datoriali: basti per tutti l'esempio del potere di controllo, che, in contesti in cui l'esecuzione della prestazione lavorativa avviene attraverso l'utilizzo di programmi informatici, si rivela ben più insidioso e penetrante di quanto non lo sia nelle classiche organizzazioni. Sulle insidie del controllo

---

Cass., 29 gennaio 1999, n. 820, in *NGL*, 1999, 312 ss.; Cass., 15 maggio 2003, n. 7577, in *NGL*, 2003, 724 ss.



informatico del resto insiste da tempo la dottrina civilistica<sup>57</sup> e di recente quella lavoristica<sup>58</sup>.

Ovviamente sul punto sarà interessante vedere le prime interpretazioni giurisprudenziali, anche perché non è da escludere che i giudici, alla luce del mutato quadro normativo, caratterizzato da diverse possibilità di flessibilizzazione dei già ridotti vincoli legali, adottino rispetto al tema delle deroghe, un atteggiamento più prudente di quello tenuto in passato, quando, invece, la possibilità di deroga prevista per il personale direttivo rappresentava una delle poche vie d'uscita dai vincoli e dalle rigidità della scorsa normativa.

Il tutto in perfetta linea con la giurisprudenza della Corte costituzionale, che già sotto la vigenza del vecchio regio decreto, sottolineava la necessità del massimo rigore nell'ammettere deroghe alla disciplina limitativa dell'orario e, comunque, l'adozione di un criterio di ragionevolezza consistente nella tutela del diritto alla salute e all'integrità psico-fisica del lavoratore, con attribuzione al giudice del conseguente potere di controllare l'adeguatezza della durata della prestazione alla luce delle mansioni del lavoratore e delle esigenze dell'impresa<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Da ultimo, in argomento, Pascuzzi (a cura di), *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>58</sup> Sul punto, cfr. Bellavista, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995; Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., 7 maggio 1975, n. 101, in *OGL*, 1975, 423 ss.

## Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite (o *job sharing*)

Vito Pinto

*Sommario:* **1.** Premessa. — **2.** La struttura della obbligazione lavorativa. — **3.** La forma del contratto. — **4.** L'attuazione del rapporto e la cessione temporanea del contratto di lavoro ad un terzo. — **5.** L'estinzione del rapporto. — **6.** L'assetto delle "fonti" di regolamentazione e il principio di parità di trattamento. — **7.** Il necessario adattamento della "normativa generale del lavoro subordinato" al lavoro ripartito.

**1.** La definizione di contratto di lavoro ripartito e la formulazione della disciplina applicabile al relativo rapporto è parte dell'operazione, ben più ampia e complessa, di diversificazione degli schemi negoziali e di sostanziale *detipizzazione* del lavoro subordinato (e di tipizzazione di alcune forme di lavoro autonomo) realizzata dal decreto legislativo n. 276/2003<sup>1</sup>.

In effetti, prima dell'entrata in vigore della disciplina di cui agli articoli 41-45 del decreto legislativo n. 276/2003, non vi erano dubbi che l'autonomia privata individuale potesse creare *ex* articolo 1322, comma 1, c.c. un vincolo di solidarietà tra due o più lavoratori avente ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato<sup>2</sup>. Ed alla stessa conclusione, sia detto incidentalmente, è possibile pervenire oggi con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni (alle quali non sono applicabili, *ex* articolo 1, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 276/2003).

---

\* Vito Pinto è ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bari. Testo della relazione presentata al seminario organizzato dal Centro studi "D. Napoletano" — sez. Abruzzo Adriatico, dalla Facoltà di Economia dell'Università degli Studi "G. D'Annunzio", dalla Fondazione "Forum Aterni" e dall'Unione Avvocati Europei — Commissione Affari sociali nell'ambito del ciclo La riforma del mercato del lavoro (Pescara, 3 aprile 2004), al quale sono stati aggiunti alcuni riferimenti bibliografici.

<sup>1</sup> Su questa linea di politica del diritto sia consentito il rinvio a Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 129.

<sup>2</sup> In questo senso si era espressa anche la nota circolare del Ministero del lavoro e della previdenza sociale del 7 aprile del 1998, n. 43 (in *DPL*, 1998, n. 22, 1423 ss.). In dottrina, v. almeno Ichino, *La contitolarità solidale dell'obbligazione di lavoro da parte di due lavoratori, o job sharing*, in Id., *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 1985, 401 ss., e qui, 406-409; M. Tiraboschi, *La disciplina del job sharing nell'ordinamento giuridico italiano*, in *DPL*, 1998, n. 22, 1405 ss., e qui, 1407; Bavaro, De Cristofaro, *Voce Lavoro part time*, in *DDPCom*, aggiornamento, Utet, Torino, 2000, 471 ss., e qui, 488. Le opinioni, peraltro, divergevano su diversi aspetti relativi alla disciplina del rapporto.

Nonostante il fallimento di alcuni tentativi di regolamentazione legislativa<sup>3</sup>, del resto, il lavoro ripartito ha avuto una discreta diffusione, come dimostrano anche le discipline contenute in alcuni contratti collettivi aziendali e, più recentemente, anche nei Ccnl dei settori turismo, terziario, calzature, tessili e abbigliamento, cooperative sociali, occhiali e giocattoli<sup>4</sup>.

L'intervento legislativo, quindi, regola alcuni aspetti (valutati come) particolarmente rilevanti di un rapporto *socialmente tipico*, realizzando una mediazione tra l'interesse dei lavoratori ad una gestione autonoma del proprio tempo di lavoro e quello del datore di lavoro alla continuità (in senso materiale) della prestazione nel periodo programmato; ma, nel fare ciò, inaugura anche una nuova combinazione di "fonti" di regolazione del rapporto e la possibilità (pericolosa) di una "rimodulazione" delle tutele caratteristiche del lavoro subordinato (arg. *ex* articolo 43, comma 1 e 2, decreto legislativo n. 276/2003; v., *infra*, § 6).

Ad ogni modo, l'esistenza di una disciplina legislativa impone all'interprete di procedere all'organizzazione del materiale normativo intorno ad un'ipotesi ricostruttiva, all'esegesi delle norme e, infine, all'individuazione delle questioni applicative più rilevanti. Ciò è quanto ci si propone di fare nel prosieguo, cominciando, appunto, dall'inquadramento dogmatico del vincolo di solidarietà e dall'analisi della struttura dell'obbligazione lavorativa.

**2.** L'articolo 41, decreto legislativo n. 276/2003, statuisce testualmente che con la stipulazione del contratto di lavoro ripartito "due lavoratori assumono in solido l'adempimento di una unica e identica obbligazione lavorativa" (comma 1) e che, salva diversa previsione del contratto individuale, "ogni lavoratore resta personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento della intera obbligazione lavorativa" (comma 2). Il vincolo di solidarietà passiva che caratterizza il rapporto di lavoro ripartito presuppone, in concreto, la fungibilità della prestazione di lavoro e ciò consente, sul piano giuridico, la duplicazione del vincolo di subordinazione, ferma restando l'attività dedotta in obbligazione (o, se si preferisce, fermo restando l'oggetto del contratto).

Per comprendere funzione e significato del vincolo di solidarietà, però, è opportuno evidenziare come, in concreto, al momento della stipulazione del contratto di lavoro ripartito, le parti devono concordare la *quantità* dell'attività lavorativa promessa da ciascuno dei due condebitori solidali nonché la *collocazione temporale* della stessa (arg. *ex* articolo 41, comma 3, confermato anche dall'articolo 42, comma 1). Tale accordo iniziale, comunque, presenta una certa

<sup>3</sup> V., ad esempio, il ddl n. 2764/1995, in q. *Riv.*, 1995, n. 2, 247 ss.; e, già prima, progetto di legge c.d. "Caviglioli" del 1993, in *RIDL*, 1994, III, 93 ss.

<sup>4</sup> Cfr., oltre a M. Tiraboschi, *op. cit.*, 1405; Giudici, *Job sharing nel settore tessile*, in *DPL*, 2000, n. 43, 3012 ss.; Pau, *Job sharing e contrattazione collettiva*, in *DPL*, 2001, n. 1, 15 ss.; Leccese, *Le prestazioni di lavoro c.d. flessibili*, Sez. III di Documenti del CNEL, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia 2000-2001*, Roma, 192 ss., e qui, 220-221; Allamprese, *Lavoro ripartito*, in Brolo, Mattarolo, Menghini (a cura di), *Commentario al d.lgs. 2003 n. 276 (Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi, titoli V e VI, artt. 33-60)*, III, Ipsos, Milano, 2004, 81 ss., e qui, 97.

flessibilità perché, salvo diverse intese tra le parti, “i lavoratori hanno la facoltà di determinare discrezionalmente e in qualsiasi momento sostituzioni tra di loro, nonché di modificare consensualmente la collocazione temporale dell’orario di lavoro, *nel qual caso* il rischio della impossibilità della prestazione per fatti attinenti a uno dei coobbligati è posta in capo all’altro obbligato” (articolo 41, comma 3; v. anche articolo 42, comma 1, lettera *a*), corsivo di chi scrive). Pertanto, il datore di lavoro potrà esigere da ciascuno dei lavoratori la prestazione nei limiti di durata e di collocazione concordati al momento dell’instaurazione del rapporto (o successivamente modificati di comune accordo tra i tre). Tuttavia, qualora i coobbligati abbiano convenuto tra loro “sostituzioni” o una diversa distribuzione dell’attività nell’orario concordato inizialmente, il creditore della prestazione potrà esigere la prestazione lavorativa dal coobbligato sostituito (ovvero, originariamente obbligato) nelle ipotesi di “impossibilità della prestazione per fatti attinenti” al sostituto (indipendentemente dalla circostanza che tali “fatti” siano imputabili o meno al coobbligato impossibilitato). O, se si preferisce, l’articolo 41, comma 3, rende irrilevanti nei confronti del creditore della prestazione i rapporti “interni” tra coobbligati se il debitore tenuto all’adempimento sia impossibilitato o inadempiente.

L’ipotesi in discorso, almeno ad una prima lettura, pare essere l’unica in cui il rischio derivante dall’impossibilità temporanea sopravvenuta della prestazione da parte di uno dei lavoratori per fatti a quest’ultimo non imputabili è “trasferito” dal datore di lavoro ai lavoratori coobbligati<sup>5</sup>.

Se questa interpretazione è plausibile, il vincolo di solidarietà tra i lavoratori e la conseguente responsabilità di ciascuno per l’adempimento dell’intera prestazione si riduce di importanza: esso, infatti, comporterebbe per il datore di lavoro la possibilità di esigere da uno dei coobbligati la prestazione dovuta dall’altro solo se l’assenza del secondo *non* sia dovuta ad una delle cause di cui agli articoli 2110 e 2111 c.c. (vale a dire, a malattia, gravidanza, infortunio, puerperio, servizio militare, sciopero). Salvo che non si ritenga, come pure pare possibile ad una prima interpretazione, che ciascuno dei lavoratori, essendo “personalmente e direttamente responsabile dell’adempimento della intera obbligazione lavorativa”, si obblighi altresì a fare quanto è nelle proprie possibilità per garantire l’esatto adempimento dell’obbligazione complessivamente considerata (ad esempio, intervenendo — ove materialmente possibile — a correggere i risultati della prestazione altrui, ferma restando l’imputazione

---

<sup>5</sup> *Contra*, Alleva, *I punti critici della nuova disciplina sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, n. 4, 887 ss., e qui, 905-906; Manna, *Prime osservazioni su intermediazione ed interposizione nella legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro, certificazione e nuove tipologie contrattuali*, in *DPL*, 2003, n. 3, 489 ss., e qui, 509-510; Mazziotti, *Flessibilità del lavoro e legge delega*, in *DML*, 2003, n. 1-2, 21 ss., 48; Allamprese, *op. cit.*, 88; Enrico, *Riforma Biagi: il contratto di lavoro ripartito*, in *GLav*, 2004, n. 16, 12 ss., e qui, 16; Ghera, *Diritto del lavoro*, appendice di aggiornamento, Cacucci, Bari, 2004, 39; Vallebona, *Il lavoro ripartito*, in Vallebona, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 63 ss., e qui, 63; Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2004, 237 ss., e qui, 265.

in capo ad ogni lavoratore dell'obbligo di diligenza di cui all'articolo 2104 c.c.; o, più in generale, per evitare che la ripartizione materiale dell'attività, con tutto ciò che ne consegue in termini di raccordo e coordinazione tra i lavoratori, si traduca in un pregiudizio per il datore di lavoro).

Peraltro, ma questo è evidentemente altro profilo, il legislatore ammette la possibilità per il datore di lavoro di autorizzare la sostituzione del lavoratore assente con un terzo, così liberando il condebitore dall'obbligo solidale (articolo 41, comma 4; ma la norma si applica anche alla diversa ipotesi in cui impossibilitati alla prestazione siano entrambi i coobbligati).

Se la ricostruzione che precede è corretta, è evidente l'impossibilità di ricondurre il vincolo di solidarietà caratteristico del contratto di lavoro ripartito alla nozione di solidarietà propria del diritto comune delle obbligazioni (e, quindi, di integrare le norme lavoristiche con quelle civilistiche di cui al Capo VII, sez. III del Libro IV del codice civile eventualmente mediante applicazione analogica)<sup>6</sup>. L'articolo 1292 c.c., infatti, dispone espressamente che "l'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri".

Nella disciplina del codice civile, insomma, al fine di configurare un vincolo di solidarietà passiva non è sufficiente che vi sia una pluralità di soggetti, ma occorre altresì che sussista l'elemento oggettivo rappresentato dalla possibilità per il creditore di "costringere" all'intero adempimento ciascun debitore. Anzi, secondo un'autorevole e condivisibile opinione, lo scopo della solidarietà passiva è data proprio dalla facoltà riconosciuta al creditore di rivolgersi ad uno qualunque dei debitori<sup>7</sup>; al punto che, mancando questa libertà di scelta, si può dubitare della natura solidale della obbligazione.

Ancora, e sempre sul piano civilistico, proprio la facoltà di scelta riconosciuta al creditore nei confronti di uno qualsiasi tra i coobbligati è l'elemento discriminante tra le obbligazioni solidali e le obbligazioni sussidiarie, siano esse contraddistinte dal beneficio d'ordine (in base al quale il creditore ha l'onere di richiedere preventivamente l'adempimento ad altro debitore) oppure dal beneficio della preventiva escussione (in base al quale il creditore ha l'onere di procedere preventivamente, in via esecutiva, sui beni di altro debitore).

Nelle obbligazioni sussidiarie, infatti, il debitore (sussidiario) è tenuto ad adempiere l'obbligazione solo in quanto il debitore principale, preventivamente contattato o escusso, non abbia adempiuto.

---

<sup>6</sup> *Contra*, dopo l'approvazione della legge delega n. 30/2003 ma prima dell'emanazione del decreto legislativo, Di Nunzio, *Nuovi lavori: nuove questioni*, in *DPL*, 2003, n. 35, 2351 ss., e qui, 2352; M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, n. 2, 359 ss., e qui, 375; Mazziotti, *op. cit.*, 47-48; in seguito, per quanto implicitamente, Voza, *op. cit.*, 267.

<sup>7</sup> Rubino, *Delle obbligazioni (obbligazioni alternative - obbligazioni in solido - obbligazioni divisibili e indivisibili)*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile: IV: delle obbligazioni: art. 1470-1547*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1968, 150 e 152; Mazzoni, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Utet, Torino, 1984, 591 ss., e qui, 612; *contra*, Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, IV, Giuffrè, Milano, 1990, 712.

Orbene, se è evidente che nel caso dell'obbligazione lavorativa solidale il creditore della prestazione — vale a dire il datore di lavoro — non ha alcuna possibilità di scegliere il debitore al quale rivolgere la richiesta di adempimento (per intero), si può probabilmente ritenere che tra i due lavoratori vi sia una responsabilità di carattere sussidiario (sebbene articolata diversamente a seconda che la ripartizione della prestazione sia quella convenuta in contratto o “unilateralmente” decisa *ex latere debitoris*).

Più in generale, l'obbligazione solidale dedotta nel contratto di lavoro ripartito sarebbe riconducibile al genere delle *obbligazioni soggettivamente complesse*, categoria di origine dottrinale e finora priva di una specifica regolamentazione legislativa, caratterizzata dall'elemento soggettivo della pluralità di creditori e/o debitori senza ulteriori precisazioni<sup>8</sup>.

Segnalata l'intrinseca diversità strutturale della solidarietà caratteristica del lavoro ripartito rispetto alla figura generale prevista dal codice civile<sup>9</sup>, ci si può interrogare circa la possibilità o meno per l'autonomia privata di strutturare l'obbligazione lavorativa in modo da riconoscere al datore di lavoro quella facoltà di scegliere da chi esigere l'intera prestazione che, come innanzi evidenziato, caratterizza le obbligazioni solidali di stampo civilistico.

La risposta negativa è preferibile per due ordini di ragioni. Innanzi tutto perché, riconoscendo tale facoltà di scelta in favore del datore di lavoro, verrebbe meno quella *ripartizione del lavoro* che — sebbene modificabile e “flessibile” — costituisce il dato caratterizzante lo schema negoziale (fino a darne il *nomen iuris*). In secondo luogo, perché l'attribuzione di tale facoltà introdurrebbe una flessibilità senza limiti nella distribuzione dell'orario di lavoro interamente gestita dal datore di lavoro riproponendo, con implicazioni e conseguenze anche più gravi, i problemi di legittimità costituzionale già affrontati dalla Suprema Corte nella nota sentenza n. 210/1992<sup>10</sup> in materia di clausole elastiche nel contratto a tempo parziale. Dubbi di legittimità costituzionale, come noto relativi agli articoli 36 e 38 della Costituzione, che certamente possono essere esclusi in relazione alle ipotesi di sostituzione o variazione della distribuzione di cui all'articolo 41, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003 (dal momento che la ripartizione della prestazione è modificata dai lavoratori coobbligati nell'interesse dell'uno o dell'altro e che essi assumono scientemente il rischio relativo alla programmabilità dei tempi *extra* lavorativi); e che, invece, possono essere riproposte con riferimento alla diversa ipotesi della responsabilità sussidiaria in caso di assenza per ragioni non riconducibili agli articoli 2110 e 2111 c.c. (poiché soltanto in queste situazioni è impossibile prevedere durata e collocazione dell'impegno lavorativo).

Resta da dire, infine, di alcune questioni che prescindono dalla struttura

<sup>8</sup> Busnelli, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc dir*, Giuffrè, Milano, 1979, XXIX, 329 ss., e qui 329.

<sup>9</sup> Specificità che, d'ora innanzi, sarà sempre data per presupposta allorché si tratterà del vincolo solidale proprio del tipo negoziale.

<sup>10</sup> In *DPL*, 1992, n. 24, 1625 ss.

dell'obbligazione lavorativa ma che, nonostante ciò, riguardano la ripartizione della prestazione lavorativa.

Il primo ordine di questioni attiene alla *necessaria ripartizione del lavoro* (e della precisa collocazione temporale dei singoli segmenti di essa). È la ripartizione del debito di lavoro tra più soggetti il vero tratto caratterizzante il nuovo tipo negoziale; e lo è a tal punto da giustificarne il *nomen iuris*.

Orbene, se così è, non potrà essere qualificato come tale (né essere assoggettato alla relativa disciplina) il contratto di lavoro subordinato in cui un lavoratore si obblighi all'intera prestazione e l'altro si impegni a sostituirlo in caso di impossibilità temporanea e/o comunque su richiesta del collega.

Altra questione è se entrambi i lavoratori possano essere contemporaneamente al lavoro, ad esempio, in periodi di punta e/o di più intensa attività.

Premesso che il datore di lavoro potrà sempre opporsi alla presenza contemporanea dei due lavoratori (essendo tenuto a rispettare soltanto le "sostituzioni" decise dai coobbligati) e non potrà mai imporla ai medesimi (essendo vincolato alla ripartizione della prestazione concordata nel contratto), non c'è dubbio che la circostanza non possa ritenersi vietata dal legislatore.

Quanto alle conseguenze giuridiche ed economiche di una simile evenienza, non c'è dubbio che occorrerà distinguere le diverse ipotesi in cui la presenza contemporanea dei due lavoratori sia resa possibile da una variazione temporanea (concordata con il datore di lavoro) della collocazione temporale della prestazione di lavoro di uno dei due coobbligati; oppure dal prolungamento della durata della prestazione per uno o l'altro (e, se del caso, per entrambi) i lavoratori.

Tuttavia, le medesime conseguenze giuridiche potranno essere precisate solo dopo avere accertato la disciplina materialmente applicabile al prolungamento dell'orario di lavoro; accertamento necessario perché, come si mostrerà nel prosieguo, l'applicazione della "normativa generale del lavoro subordinato" — e dunque anche del decreto legislativo n. 66/2003 in materia di orario di lavoro — al contratto di lavoro ripartito è possibile solo "in assenza di contratti collettivi" (arg. ex articolo 43, comma 1).

Infine, e passando ad un ordine di questioni distinto, non c'è dubbio che il rapporto di lavoro resti unico e che come tale deve essere considerato in riferimento agli istituti legali e contrattuali la cui applicabilità dipende dal numero dei lavoratori occupati dal datore di lavoro.

**3.** Il legislatore dispone che il contratto di lavoro ripartito sia stipulato in forma scritta precisando, analogamente a quanto previsto dal medesimo decreto legislativo n. 276/2003 per il contratto di lavoro intermittente o di lavoro a progetto, che essa è necessaria non ai fini della validità del negozio, bensì ai soli fini della prova di alcuni elementi (espressamente indicati nell'articolo 42, comma 1).

La rilevanza del requisito formale è, pertanto, circoscritta alle sole vicende processuali (ai fini della esclusione della prova testimoniale, salvo il caso di smarrimento incolpevole del documento da parte del contraente: arg. ex

articoli 2725, comma 1, e 2724, comma 3, c.c.; nonché dell'ammissibilità di presunzioni: arg. ex articolo 2729, comma 2, c.c.).

Tra gli elementi per i quali il legislatore prescrive la forma scritta, l'articolo 42 del decreto legislativo menziona anzitutto "la misura percentuale e la collocazione temporale del lavoro giornaliero, settimanale, mensile o annuale che si prevede venga svolto da ciascuno dei lavoratori coobbligati, secondo le intese tra loro intercorse". La stessa norma, comunque, precisa che resta ferma "la possibilità per gli stessi lavoratori di determinare discrezionalmente, in qualsiasi momento, la sostituzione tra di loro ovvero la modificazione consensuale della distribuzione dell'orario di lavoro".

Gli altri elementi che il legislatore richiede siano provati in forma scritta sono costituiti dal luogo in cui deve essere eseguita la prestazione lavorativa, dal "trattamento economico e normativo spettante a ciascun lavoratore" e dalle "eventuali misure di sicurezza specifiche necessarie in relazione al tipo di attività dedotta in contratto". Ciascuna di queste indicazioni ha diverse implicazioni sulle quali non è possibile in questa sede soffermarsi.

Può essere, tuttavia, opportuno fare alcune osservazioni circa la prescrizione normativa della forma scritta per il trattamento economico e normativo spettante. È evidente, infatti, che tutte le volte in cui ci si riferisce ad un trattamento spettante in forza di legge, lo stesso non può essere oggetto di prova (dal momento che oggetto della prova è sempre un fatto). Analoga considerazione può essere estesa alle "misure di sicurezza" se si interpreta l'attributo "necessarie" nel senso di "imposte dalla legge".

Tuttavia, l'indicazione legislativa è destinata ad assumere ben altro significato se riferita al trattamento economico e normativo spettante in ragione dell'applicazione di un contratto collettivo: in questa ipotesi, infatti, la preclusione in tema di prova potrebbe essere riferita al "fatto" costituito dalla applicazione di un dato contratto collettivo. Si potrebbe ritenere, in altri termini, che i lavoratori non possano provare l'applicabilità al caso concreto di una data disciplina collettiva se non mediante la produzione in giudizio del contratto di lavoro ripartito in cui sia indicato l'atto negoziale collettivo applicabile. Si tratterebbe, se così fosse, di una limitazione probatoria irragionevole e penalizzante per il lavoratore.

Peraltro, e in linea generale, è possibile sostenere che, in materia di rapporti di lavoro subordinato, raramente il datore di lavoro ha interesse alla stipulazione in forma scritta del contratto, allorché questa abbia fini meramente probatori: se non altro perché egli riveste, nella maggioranza dei casi, la posizione di convenuto e l'onere della prova è imposto a chi voglia far valere un diritto. L'interesse sorgerà, invece, se l'indicazione sarà necessaria ai fini della validità di alcuni elementi accidentali, come nel caso della apposizione del termine o del patto di prova.

**4.** La specificità del contratto in discorso, nel quale un'unica obbligazione lavorativa è suddivisa in due distinte prestazioni di fare rese da due soggetti diversi, impone di chiarire se, in seguito all'esecuzione della prestazione, sorga sinallagmaticamente in capo al datore di lavoro un'unica obbligazione (solidale



*ex parte creditoris*) retributiva oppure se le obbligazioni retributive siano due e distinte <sup>11</sup>.

La questione non è secondaria, dal momento che se si aderisce alla prima tesi è possibile ritenere che il datore di lavoro possa adempiere l'obbligazione retributiva pagando indifferentemente a uno dei due lavoratori l'intero importo della retribuzione, rimanendo così del tutto estraneo alla successiva vicenda della *ripartizione* del pagamento tra l'uno e l'altro.

Nel silenzio del legislatore, sembra certamente preferibile la seconda soluzione e per una serie di ragioni.

Anzitutto, la solidarietà così come innanzi ricostruita, ossia come forma di responsabilità sussidiaria per l'adempimento dell'obbligazione lavorativa, non impone di considerare l'obbligazione retributiva come unica. A ciò si aggiunga che, poiché nel rapporto di lavoro subordinato la prestazione pecuniaria è in funzione della prestazione lavorativa, allorché questa sia resa da due soggetti in attuazione di un unico vincolo contrattuale è coerente ritenere che sorgano due obbligazioni corrispettive perfettamente autonome e separate.

In linea di principio, infine, il rilievo costituzionale proprio del diritto alla retribuzione e la funzione alimentare al medesimo riconosciuta da diverse norme dell'attuale ordinamento giuridico suggeriscono l'opportunità di non affidare ai rapporti interni tra concreditori l'effettività di questo diritto personalissimo <sup>12</sup>. E ciò, anche in considerazione del fatto che tale soluzione non pone problemi neppure sotto il profilo pratico: la regola della c.d. *post-numerazione* (in forza della quale — ex articolo 2099, comma 1, c.c. — il pagamento della retribuzione è posticipato rispetto all'erogazione della prestazione lavorativa), infatti, consente di retribuire ciascuno dei lavoratori coobbligati in modo proporzionale alla prestazione lavorativa *effettivamente* svolta (in tal senso, del resto, si pronunciava già la circolare ministeriale del 7 aprile 1998, n. 43). Peraltro, e sia detto incidentalmente, solo la tesi qui sostenuta consente il rispetto — nei confronti di entrambi i lavoratori — dell'obbligo di accompagnare la corresponsione della retribuzione con la consegna di un prospetto paga analitico delle diverse voci che la compongono (v. articolo 1, legge 5 gennaio 1953, n. 4).

Chi condivida questa prospettazione, e in particolare non ritenga costituzionalmente legittimo imporre a carico di uno dei lavoratori il rischio del mancato pagamento della retribuzione dovuto a comportamento illegittimo del creditore solidale, deve concludere che l'autonomia privata individuale non possa stabilire — ex articolo 1322, comma 1, c.c. — la regola della solidarietà *ex latere creditoris*.

<sup>11</sup> La prima tesi è sostenuta da M.G. Garofalo, *op. cit.*, 374; per la seconda v. già Ichino, *op. cit.*, 407; ma anche Vedani, *Osservazioni in materia di job sharing*, in *DPL*, 1999, n. 45, 3137 ss., e qui, 3138; Basenghi, *Co.co.co, lavoro a chiamata, occasionale, job sharing*, in *GLav*, 2003, n. 10, 33 ss., e qui, 45; Bellocchi, *Commento all'art. 4 (sez. I), Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 188 ss., e qui, 222-223; Enrico, *op. cit.*, 12; Vallebona, *op. cit.*, 64.

<sup>12</sup> Manna, *op. cit.*, 512.

Uno degli aspetti più delicati della fase di attuazione del rapporto obbligatorio resta, comunque, quello della disciplina delle assenze di uno o di entrambi i lavoratori.

Il punto è delicato perché proprio sotto questo profilo la normativa attuale induce a conclusioni opposte rispetto al passato (e talvolta riprese anche nel nuovo contesto).

Infatti, se dal vincolo di solidarietà descritto nei primi due commi dell'articolo 41 si fa discendere la conseguenza che ciascuno dei lavoratori sia obbligato a rendere la prestazione al posto dell'altro<sup>13</sup>, qualunque sia la causa dell'assenza di quest'ultimo, occorrerebbe anche concludere che al lavoratore che presti la propria attività non sia dovuta — pur ricorrendone i presupposti — la maggiorazione per lavoro straordinario<sup>14</sup>.

Nel medesimo ordine di idee, e sempre per l'operare del vincolo solidale, il protrarsi dell'impedimento di uno dei due coobbligati oltre il termine del periodo di comporta previsto dal contratto collettivo non consentirebbe al datore di lavoro di recedere legittimamente dal rapporto di lavoro né nei confronti del solo lavoratore impedito, né nei confronti di entrambi<sup>15</sup>. Il licenziamento del lavoratore malato per superamento del periodo di comporta, infatti, diventerebbe possibile — ossia giustificato — solo nell'ipotesi di invalidità totale e definitiva; o nel caso in cui l'altro lavoratore rifiutasse la sostituzione.

Il dato normativo, però, non pare porti a concludere che il contenuto del vincolo solidale consenta — di fatto — al datore di lavoro di arginare sempre e comunque le conseguenze negative derivanti dal verificarsi di cause legali di inesigibilità della prestazione nella sfera di uno dei coobbligati. Ragione per cui ogni conclusione deve tenere conto che un simile assetto si verifica, secondo l'interpretazione qui proposta, solo nelle ipotesi di cui all'articolo 41, comma 3. Nel periodo di comporta, ad esempio, dovrebbero essere computate soltanto quelle giornate in cui sia effettivamente mancata ogni prestazione lavorativa (perché inesigibile da un coobbligato e non dovuta dall'altro).

Una volta chiarito che il rischio dell'impossibilità della prestazione lavorativa da parte di uno dei lavoratori non sempre ricade sull'altro coobbligato, occorre altresì stabilire se al lavoratore infortunato o ammalato — e, quindi, sostituito dal lavoratore coobbligato — spetti comunque l'indennità prevista dall'articolo

---

<sup>13</sup> Così facendo, però, si priva di qualsiasi significato normativo il terzo comma del medesimo art. 41 (dal momento che il particolare effetto ivi previsto discenderebbe, secondo l'opinione qui criticata, già dal normale operare del vincolo così come strutturato nei primi due commi del medesimo articolo); e si aumentano, anziché ridurre, i profili di illegittimità costituzionale legati all'impossibilità, per ciascuno dei lavoratori, di programmare il tempo non lavorato. *Contra* gli autori citati alla precedente nota n. 5.

<sup>14</sup> *Contra*, Ichino, *op. cit.*, 411; l'argomento è ripreso da De Simone, *Job sharing: dalla progettualità dell'inizio del decennio al silenzio del legislatore, passando attraverso l'intervento spot del ministero*, in *ILLeJ*, 2000, in *www.labourlaw.it.*, § 3.

<sup>15</sup> In termini, v. già Ichino, *op. cit.*, 412.

2110 c.c.<sup>16</sup>. La risposta affermativa pare suffragata innanzi tutto dall'articolo 44, comma 2, del decreto legislativo ai sensi del quale "il trattamento economico e normativo dei lavoratori coobbligati è riproporzionato, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e", appunto, "dei trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, congedi parentali". Ma è altresì vero, come è stato evidenziato, che una diversa conclusione si esporrebbe a fondati dubbi di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 35 e 38 della Costituzione<sup>17</sup> (oltre che, a parere di chi scrive, dell'articolo 3<sup>18</sup>).

Questione particolare è quella relativa all'assenza per sciopero di uno dei due lavoratori. Anche in questa ipotesi, infatti, deve escludersi la operatività del principio dell'automatica sostituzione, pur nel silenzio del legislatore ordinario<sup>19</sup>. Se, invero, si sostenesse il contrario, si ammetterebbe la possibilità giuridica di vanificare l'esercizio di un diritto costituzionale quale è il diritto di sciopero. Se, infatti, l'astensione dal lavoro costituisce una "prova di forza" mediante la quale i lavoratori tentano di infliggere un danno economico al datore di lavoro per costringere lui o altri ad accogliere le proprie rivendicazioni, l'operare del vincolo di solidarietà costituirebbe uno strumento a disposizione del datore di lavoro per ridurre il danno da mancata produzione e per alleggerire la pressione economica esercitata dagli scioperanti. Del resto, anche in altre ipotesi (si pensi alla disciplina del lavoro temporaneo, ormai abrogata, ed oggi alla somministrazione di manodopera, al contratto a tempo determinato e al lavoro intermittente), il legislatore ha chiaramente dimostrato di sacrificare l'interesse del datore di lavoro a tutela del diritto costituzionalmente garantito allo sciopero, vietando espressamente il ricorso all'una o all'altra tipologia contrattuale per la sostituzione dei lavoratori in sciopero.

Molto delicata è l'ipotesi in cui entrambi i lavoratori siano impossibilitati a prestare l'attività promessa. Per il vero, non vi sarebbe stato alcun impedimento a ritenere applicabile anche in questa ipotesi e ad entrambi i lavoratori l'articolo 2110, comma 2, c.c. La scelta del legislatore delegato, però, è stata diversa (ed assai dubbia sotto il profilo della compatibilità con il principio costituzionale di parità di trattamento<sup>20</sup>).

Il decreto legislativo, infatti, dispone che "salvo diversa intesa tra le parti, l'impedimento di entrambi i lavoratori coobbligati è disciplinato ai sensi dell'articolo

<sup>16</sup> In tal senso, Ichino, *op. cit.*, 411; Bellocchi, *op. cit.*, 224; e, a quanto pare, Alleva, *op. cit.*, 906; *contra* Vallebona, *op. cit.*, 64, salvo che per l'ipotesi in cui "sia stata esclusa o limitata la facoltà dei coobbligati di modificare la distribuzione dell'orario di ciascuno e di sostituirsi a vicenda".

<sup>17</sup> Vedani, *op. cit.*, 3138; Allamprese, *op. cit.*, 88.

<sup>18</sup> In termini, M.G. Garofalo, *op. cit.*, 375.

<sup>19</sup> *Contra*, a quanto pare, M.G. Garofalo, *op. cit.*, 375.

<sup>20</sup> Il dubbio circa la legittimità costituzionale della previsione, tuttavia, non si pone se il termine "impedimento" di cui all'art. 41, comma 6, fosse riferito esclusivamente a (1) fatti non imputabili ai lavoratori per i quali (2) la legge non preveda un trattamento giuridico particolare (come, ad esempio, la carcerazione). Tuttavia, così interpretata, la norma regolerebbe eventi che, in concreto, sono estremamente rari.

1256 del codice civile” (articolo 41, comma 6): norma che prevede, come è noto, l’estinzione dell’obbligazione allorché questa diventi definitivamente impossibile per causa non imputabile al debitore (comma 1); nonché per la diversa ipotesi in cui l’impossibilità della prestazione sia solo temporanea ma perduri “fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non [possa] più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non [abbia] più interesse a conseguirla” (comma 2).

Orbene, le particolari caratteristiche dell’obbligazione di lavoro subordinato rendono di eccezionale configurazione pratica la prima delle due fattispecie estintive regolate dall’articolo 1256, comma 2, ma non la seconda.

Il mantenimento di un’occupazione per i lavoratori coobbligati, infatti, dipenderà ai sensi di quest’ultima norma dalla persistenza o meno dell’interesse del datore di lavoro ad ottenere un adempimento tardivo dell’obbligazione lavorativa. In altri termini, i lavoratori coobbligati non avranno diritto alla conservazione del posto di lavoro in occasione di eventi quali infortunio, malattia, gravidanza e puerperio; e, in tali ipotesi, essi rischieranno di perdere il lavoro qualora l’imprenditore dimostri di non avere alcun interesse a ricevere la prestazione successivamente al venire meno dell’impedimento.

L’utilità della prestazione, e conseguentemente l’interesse del datore di lavoro a riceverla, dovranno in ogni caso essere valutati in concreto tenendo conto delle mansioni svolte dai lavoratori assenti, dell’organizzazione di lavoro e dell’eventuale rigida predeterminazione dei tempi di esecuzione della prestazione (per cui l’attività non eseguita a tempo debito potrebbe non avere l’attitudine a realizzare il risultato materiale atteso dal creditore, come accade nell’ambito di alcune attività lavorative inserite nelle produzioni su commessa), della prevedibile durata dell’assenza di entrambi i lavoratori e così via.

Sul piano sistematico, comunque, non c’è dubbio che la norma in commento riproponga alla riflessione il tema dell’applicabilità o meno del diritto comune delle obbligazioni al rapporto di lavoro subordinato (spesso, a ragione, esclusa in ragione delle particolari caratteristiche della prestazione lavorativa).

Sotto altro profilo, occorre considerare anche che il legislatore considera possibili — con l’accordo del datore di lavoro — “sostituzioni da parte di terzi” sia in caso di assenza di uno dei coobbligati, sia in caso di assenza di entrambi. La sostituzione di uno o di entrambi i lavoratori da parte di un terzo, in termini più rigorosi, costituisce una modificazione soggettiva del/dei debitore/debitori della prestazione (di lavoro) e, all’esito di una prima riflessione, pare possa essere qualificata in termini di cessione temporanea del contratto di lavoro subordinato piuttosto che di surroga temporanea *ex lege*. Secondo questa ipotesi, il/i lavoratore/lavoratori, il terzo ed il datore di lavoro stipulano un contratto plurilaterale con il quale si determina una temporanea successione a titolo particolare nel rapporto di lavoro da parte del terzo cessionario in luogo del/i lavoratore/lavoratori cedente/cedenti. Data la temporaneità della modificazione soggettiva, potrebbe ritenersi che il contratto di cessione sia in questo caso accompagnato da una condizione risolutiva espressa che si riferisce alla cessazione dell’impedimento del lavoratore cedente. In questo modo, all’avveramento della condizione, il rapporto prosegue *ipso iure* con i contraenti originari.

La preferibilità di questa ipotesi interpretativa è avvalorata anche dall'opportunità di tutelare l'interesse degli originari contraenti a conservare e proseguire il vincolo contrattuale costituito.

Potrebbe accadere, infatti, che il datore di lavoro per varie ragioni ritenga impossibile la prosecuzione anche solo temporanea del rapporto con il terzo. Orbene, sarebbe irragionevole ritenere che il recesso del datore di lavoro abbia ad oggetto il rapporto di lavoro, perché, in questa ipotesi, i due lavoratori gemellati finirebbero per subire le conseguenze negative del comportamento inadempiente e/o dannoso del "terzo". In relazione a tale eventualità, la tesi che qualifica la vicenda del terzo in termini di cessione temporanea del contratto pare possa offrire una soluzione più equa, nel senso che il recesso del datore di lavoro riguarderebbe l'accordo di cessione (e non il contratto di lavoro), conservando impregiudicato il rapporto di lavoro.

Quanto all'adempimento dell'obbligazione retributiva, valga quanto già precisato. Le stesse argomentazioni che giustificano la tesi dell'esistenza di due distinte obbligazioni retributive sinallagmaticamente legate all'esecuzione della prestazione lavorativa da parte di due lavoratori, consentono di sostenere che — in caso di cessione temporanea del contratto ad un terzo — questi divenga titolare di un'autonoma obbligazione retributiva (mentre, quanto all'ammontare, sarà necessario distinguere l'ipotesi in cui il terzo sostituisca un solo coobbligato oppure entrambi).

**5.** Passando ora a considerare le vicende patologiche del rapporto di lavoro, va innanzi tutto segnalato che il decreto legislativo n. 276/2003 innova la disciplina dell'estinzione del rapporto per recesso del creditore e/o del debitore della prestazione non solo con riferimento all'ipotesi, già descritta, di impedimento di entrambi i lavoratori *ex* articolo 1256 c.c., ma anche in altro senso. Sul punto è bene procedere con ordine.

Il vincolo di solidarietà, così come innanzi ricostruito, dovrebbe comportare che l'estinzione del rapporto con uno dei due lavoratori lasci impregiudicata la posizione dell'altro, salvo che questi non abbia alcun interesse a rimanere l'unico titolare del rapporto di lavoro e, conseguentemente, receda. In altri termini, le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori dovrebbe determinare l'estinzione del vincolo di "solidarietà" e la concentrazione del rapporto sul lavoratore superstite (il quale, però, sarebbe tenuto all'impegno lavorativo così come definito all'instaurazione del rapporto, ossia *pro quota*). Soltanto nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per riduzione del personale, l'attinenza della causale all'organizzazione del datore di lavoro (ossia, l'estraneità della stessa rispetto alle persone dei lavoratori) giustificerebbe — meglio, imporrebbe — l'intimazione del licenziamento nei confronti di entrambi i lavoratori<sup>21</sup>.

Orbene, l'articolo 41, comma 5, pur facendo salva una diversa intesa tra le

---

<sup>21</sup> Ichino, *op. cit.*, 412; Brignone, *Spunti critici sul contratto di lavoro ripartito o job sharing*, in *MGL*, 1998, 771 ss., e qui, 774.

parti, pone il principio per cui “le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comportano l’estinzione dell’intero vincolo contrattuale”<sup>22</sup>.

La restante parte della norma, invece, è — a ben vedere — priva di reale valore precettivo: essa, infatti, dispone che la regola appena enunciata non trovi applicazione se, “su richiesta del datore di lavoro, l’altro prestatore di lavoro si renda disponibile ad adempiere l’obbligazione lavorativa, integralmente o parzialmente, nel qual caso il contratto di lavoro ripartito si trasforma in un normale contratto di lavoro subordinato di cui all’articolo 2094 del codice civile”. Il che equivale a dire che il legislatore non vieta un nuovo accordo tra datore di lavoro e lavoratore avente ad oggetto la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro subordinato.

L’articolo 41, comma 5, insomma, tipizza un nuovo giustificato motivo oggettivo di licenziamento che sarebbe rappresentato dal venire meno del vincolo di solidarietà tra lavoratori. Peraltro, la norma parla genericamente di licenziamento, senza ulteriori precisazioni, di modo che sembrerebbe che qualsiasi tipo di licenziamento (anche quello intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, e non solo, come è ovvio, quello per giustificato motivo oggettivo o per riduzione di personale) sia destinato a dispiegare i suoi effetti comunque ed in ogni caso nei confronti di entrambi i coobbligati. L’unica eccezione al principio è connessa all’eventualità che le parti abbiano disposto diversamente in contratto, limitatamente, però, al solo licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo<sup>23</sup>.

Nel nuovo assetto normativo, peraltro, non si pone un’altra questione di cui pure si era occupata la dottrina precedentemente all’entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003. In passato, infatti, ci si era chiesti se — nell’ipotesi in cui il rapporto fosse proseguito con uno dei coobbligati — la prestazione lavorativa avesse dovuto essere resa ad orario ridotto (così come concordato all’inizio del rapporto<sup>24</sup>) oppure a tempo pieno e con corrispondente retribuzione<sup>25</sup>.

Oggi, il problema appare risolto perché — almeno in linea generale — è stata eliminata alla radice la possibilità stessa che il rapporto prosegua con uno dei coobbligati<sup>26</sup>.

L’eccezione è rappresentata dall’ipotesi in cui i due lavoratori coobbligati ottengano una sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro, ma uno soltanto di essi abbia interesse ad occupare nuovamente il precedente posto di lavoro. Orbene, fermo restando il diritto del lavoratore che opti per non essere reintegrato ad ottenere l’indennità risarcitoria prevista dall’articolo 18, comma 5, della legge n. 300/1970, l’ordine di reintegrazione dovrebbe comportare per l’altro lavoratore il diritto di prestare l’attività lavorativa per la durata e

<sup>22</sup> Già, in tal senso, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 1409.

<sup>23</sup> Enrico, *op. cit.*, 15.

<sup>24</sup> Alessi, *Part time e job sharing*, in *QDRI*, 1995, n. 17, 128 ss., e qui, 130; Brignone, *op. cit.*, 774.

<sup>25</sup> In tal senso, Ichino, *op. cit.*, 412.

<sup>26</sup> Di Nunzio, *op. cit.*, 2355; Voza, *op. cit.*, 268, nt. 78.

secondo le modalità temporali alle quali si era obbligato al momento dell'instaurazione del rapporto (e salva la possibilità di convenire la successione di un terzo nel contratto di lavoro ripartito oppure di incrementare l'orario di lavoro del lavoratore reintegrato).

Occorre rilevare, infine, che la previsione contenuta nell'articolo 41, comma 5, che riconosce effetto espansivo alle dimissioni e al licenziamento di uno dei due coobbligati nei confronti dell'altro, dovrebbe valere anche con riferimento al recesso dovuto all'esito negativo conseguito da uno dei lavoratori nel periodo di prova oggetto del patto di cui all'articolo 2096 c.c.

**6.** Fino a questo punto l'indagine ha avuto ad oggetto la disciplina legale "speciale" del contratto e del rapporto di lavoro ripartito dettata direttamente dal Capo II del titolo V del decreto legislativo n. 276/2003.

Per il resto, ossia per tutti gli aspetti non espressamente regolati dal decreto legislativo, vale quanto previsto dall'articolo 43, comma 1, ai sensi del quale "la regolamentazione del lavoro ripartito è demandata alla contrattazione collettiva nel rispetto delle previsioni contenute" nel decreto legislativo medesimo. La stessa disposizione prosegue precisando che "in assenza di contratti collettivi, e fatto salvo quanto stabilito nel presente capo, trova applicazione [...] la normativa generale del lavoro subordinato in quanto compatibile con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito" (comma 2).

La norma pone una serie di questioni di non poco momento, tutte relative al rapporto (di integrazione e/o di sostituzione) tra disciplina legale speciale, disciplina legale generale del lavoro subordinato, clausole negoziali di natura collettiva e previsioni dettate dall'autonomia privata individuale.

L'importanza degli effetti pratici derivanti dalla norma, peraltro, rende necessarie alcune precisazioni.

Anzitutto, l'articolo 43 del decreto legislativo conferma i principi generali in materia di rapporto tra legge e contratto collettivo. L'autonomia privata, anche collettiva, rimane subordinata alle disposizioni di cui al decreto legislativo n. 276/2003 e le uniche norme legali derogabili sono quelle che, per espressa volontà del legislatore del 2003, sono individuate come tali.

In proposito, peraltro, occorre anche rilevare che la disciplina legale speciale del lavoro ripartito, per quanto minima, contiene in una pluralità di casi l'espressa clausola di salvezza in favore degli accordi raggiunti tra le parti del rapporto (cfr. articolo 41, comma 3, 4, 5 e 6). Ed è appena il caso di notare che se la norma legale è derogabile dall'autonomia privata individuale, a maggior ragione lo potrà essere dall'autonomia collettiva.

Il contratto collettivo potrà anche, e sempre secondo i principi generali, regolare le posizioni giuridiche attive di cui sia titolare il datore di lavoro, limitandone l'esercizio. In questo caso, saranno corrispondentemente ristretti gli spazi di regolazione disponibili per l'autonomia individuale.

Questioni molto delicate, invece, si pongono in relazione al rapporto tra "normativa generale del lavoro subordinato" e disciplina contrattuale collettiva, posto che incontestabilmente il decreto legislativo n. 276/2003 intende

assegnare alla prima una funzione meramente *suppletiva* rispetto alle discipline negoziali eventualmente applicabili <sup>27</sup>.

Molto generico è il primo dei presupposti per l'applicazione della normativa legale generale: il decreto legislativo n. 276/2003, infatti, prevede che ciò avvenga "in assenza di contratti collettivi" (espressione da interpretare in combinato disposto con la funzione regolativa espressamente attribuita all'autonomia collettiva dall'articolo 43, comma 1).

In effetti, posto che il legislatore certamente impone l'applicazione della disciplina legale generale del lavoro subordinato a tutti i datori di lavoro che scelgano di non applicare alcun contratto collettivo, resta da capire se — nella diversa ipotesi in cui il datore di lavoro sia vincolato da una data disciplina collettiva — sia sufficiente ad escludere l'applicabilità della disciplina legale la circostanza che il contratto collettivo applicato contenga una qualsiasi regolamentazione — anche minima — dei rapporti di lavoro ripartito; ovvero, come pare preferibile, se la disciplina legale *di un dato istituto* divenga inapplicabile a seguito dell'avvenuta disciplina, in sede collettiva, solo ed esclusivamente *di quel determinato istituto*.

Sotto altro profilo, e sul piano delle opzioni di politica del diritto, occorre evidenziare altresì l'ampiezza del rinvio legale alla contrattazione collettiva, a fronte di una "delega" legislativa pressoché "in bianco" e del ruolo primario assegnato alla disciplina negoziale.

L'articolo 43, infatti, contiene un generico riferimento ai contratti collettivi *tout court*, senza precisare, dal punto di vista oggettivo, l'eventuale livello di stipulazione e senza introdurre, dal punto di vista soggettivo, criteri di selezione degli agenti negoziali <sup>28</sup>.

Nel caso del lavoro ripartito, pertanto, deve ritenersi che qualsiasi contratto, di qualsiasi livello ed ivi compreso quello aziendale, possa regolare il rapporto di lavoro, determinando una differenziazione forse eccessiva della disciplina applicabile; e che, inoltre, la funzione di "fonte" regolatrice primaria del lavoro ripartito dovrà essere riconosciuta a qualsiasi contratto collettivo, da qualunque organizzazione stipulato, indipendentemente dalla capacità rappresentativa del soggetto negoziale.

Peraltro, la genericità del testo normativo impone di verificare se il rinvio alla contrattazione collettiva debba essere riferito soltanto agli atti negoziali *stipulati successivamente* all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 o se, invece, possa anche essere riferito alle (non poche) discipline collettive preesistenti. Nel silenzio del legislatore, e in considerazione della sopra richiamata genericità del rinvio, non vi sono motivi perché si neghi valore giuridico alle

---

<sup>27</sup> Allamprese, *op. cit.*, 99; v. anche Voza, *op. cit.*, 263.

<sup>28</sup> Per un'analisi dei diversi problemi connessi ai rinvii legali all'autonomia collettiva e alla selezione degli agenti negoziali legittimati a contrattare, sia consentito il rinvio a Pinto, *Il lavoro part-time e la mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo nel d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 e le prospettive di riforma*, in *DLRI*, 2002, n. 94, 275 ss.; e, con riferimento al d.lgs. n. 276/2003, a Pinto, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., 166 ss.



pattuizioni collettive preesistenti. Salvo, evidentemente, il limite generale delle materie disciplinate da norme legali inderogabili (si pensi al principio di non discriminazione e/o al valore probatorio della forma del contratto).

In questo contesto deve essere inquadrato, ed ovviamente interpretato, il principio di parità di trattamento di cui all'articolo 44, comma 1, del decreto legislativo. Questa norma, infatti, prevede testualmente che “fermi restando i divieti di discriminazione diretta e indiretta previsti dalla legislazione vigente, il lavoratore coobbligato non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte”.

Il principio è chiaro nella sua formulazione: l'acquisizione di prestazioni di lavoro ripartito deve avvenire per i lavoratori a condizioni non inferiori a quelle che ciascuno di essi maturerebbe se fosse titolare esclusivo di un rapporto di lavoro subordinato (deve intendersi, a tempo parziale). In prima battuta, non può trascurarsi la circostanza che il legislatore ritenga sufficiente che *complessivamente* il trattamento economico e normativo non sia meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, utilizzando un avverbio che peraltro ricorre, nella medesima circostanza e con corrispondente valenza, anche nei confronti del lavoratore somministrato (articolo 3) e del lavoratore intermittente (articolo 38). L'utilizzazione dell'avverbio *complessivamente* consente di concludere che la comparazione non debba essere fatta tra i singoli istituti, ma tra i trattamenti complessivamente considerati.

L'affermazione di principio, però, resta priva di valore precettivo se non è riferita, dinamicamente, alla particolare combinazione di “fonti” realizzata dal decreto legislativo e, in particolare, alla funzione sussidiaria assegnata alla disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato.

Il principio di parità di trattamento, infatti, ha senso se riferito a lavoratori, che in ragione della particolare situazione in cui versano, sono effettivamente esposti al rischio di *dumping*. Si ricordi la particolare situazione in cui vengono a trovarsi i lavoratori somministrati che, svolgendo di fatto l'attività lavorativa in favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro, sono concretamente esposti al rischio di vedersi applicato un trattamento economico e normativo meno favorevole rispetto a quello garantito ai lavoratori dipendenti dell'utilizzatore.

Il principio di parità di trattamento, invece, rischia di essere giudicato incostituzionale se riferito — dinamicamente — alla particolare combinazione di “fonti” di regolamentazione del lavoro ripartito individuata dall'articolo 43 decreto legislativo (e sulla quale si tornerà a breve). Se, infatti, il principio di parità di trattamento dovesse essere interpretato quale limite (permanente) all'autonomia collettiva — rispetto all'esercizio della quale il decreto legislativo relega la disciplina legale “generale” del rapporto di lavoro in una condizione meramente sussidiaria — si potrebbe prospettare la violazione dell'articolo 39, comma 1, della Costituzione; salvo, come preferibile ad una prima riflessione, ritenere che il principio legale di parità di trattamento non costituisca specificazione ed attuazione di altra norma costituzionale e, in particolare, dell'articolo 3, comma 2.

Qualora dovesse prevalere questa seconda ipotesi, il contratto collettivo non potrà introdurre regolamentazioni del lavoro ripartito tali da modificare in senso peggiorativo per i lavoratori ripartiti il trattamento economico e normativo complessivo loro riconosciuto rispetto a quello spettante agli altri lavoratori dipendenti che svolgano le medesime mansioni. Più esattamente, in questa prospettiva, alla contrattazione collettiva sarebbe consentito solo di differenziare le singole componenti del trattamento economico e normativo, comunque garantendo nel complesso la parità, peraltro difficilmente misurabile<sup>29</sup>.

Non richiede, invece, particolari argomentazioni la circostanza per la quale la variabilità temporale (in termini di durata) della prestazione effettuata da ciascuno dei coobbligati determina una serie di effetti sugli istituti legali e contrattuali in vario modo correlati con la quantità della prestazione lavorativa erogata.

Analogamente a quanto previsto per il *part-time*, il decreto legislativo sancisce — con elencazione che, stando anche all'uso dell'avverbio “in particolare”, non può ritenersi tassativa — che “il trattamento economico e normativo dei lavoratori coobbligati è riproporzionato, in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa, nonché delle ferie e dei trattamenti per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale, congedi parentali” (articolo 44, comma 2). Non sfugge, tuttavia, come detta elencazione sia piuttosto generica e scarna, rispetto a quella ben più dettagliata e specifica contenuta all'interno dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 61/2000.

Tuttavia, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro a tempo parziale, nel lavoro ripartito il suddetto riproporzionamento non può che essere *successivo* rispetto all'esecuzione della prestazione da parte di ciascuno dei lavoratori. Ragione per cui sarà necessaria un'attenta analisi delle diverse discipline al fine di stabilire modalità e limiti del riproporzionamento. Analisi che, però, eccede i limiti del presente lavoro.

Resta, infine, da verificare quale sia il ruolo che il decreto legislativo riconosce all'autonomia individuale nei confronti della disciplina legale speciale, della disciplina collettiva e, in ultima analisi, della disciplina legale generale. In più occasioni, come già anticipato, il legislatore fa salvi gli eventuali accordi raggiunti tra le parti, anche in relazione a profili tutt'altro che secondari. Il rinvio ad eventuali diverse previsioni dell'autonomia individuale è riportato con riferimento alla responsabilità diretta e solidale di ciascun lavoratore nell'adempimento della intera obbligazione (articolo 41, comma 2), alla facoltà di determinare sostituzioni e/o modificazioni nella collocazione temporale dell'orario di lavoro (articolo 41, comma 3), alla regola che estende anche all'altro coobbligato il licenziamento o le dimissioni del suo collega (articolo 41, comma 5), o alla possibilità di determinare discrezionalmente ed in qualsiasi momento sostituzioni e/o modificazioni nella collocazione temporale dell'orario di lavoro (articolo 41, comma 6).

---

<sup>29</sup> In tal senso, Allamprese, *op. cit.*, 103.

Sul punto, occorre ancora una volta procedere con ordine, considerando separatamente i rapporti tra autonomia individuale e ciascuna delle tre fonti che concorrono o possono concorrere alla regolamentazione del lavoro ripartito.

Per quanto concerne, innanzi tutto, il rapporto con la disciplina speciale, è evidente che l'autonomia individuale dovrà operare entro i limiti legali inderogabilmente fissati e non potrà spingersi fino al punto di alterare le caratteristiche strutturali della tipologia contrattuale in disamina. Non a caso, l'articolo 41, comma 2, nel fare salvo quanto previsto dai contraenti in ordine alla responsabilità diretta e personale di ciascun lavoratore nell'adempimento dell'intera obbligazione, richiama espressamente il vincolo di solidarietà, che rappresenta evidentemente un limite insuperabile per l'autonomia privata. I contraenti, cioè, non potranno regolare la posizione debitoria dei lavoratori in modo da neutralizzare il vincolo di solidarietà passiva, che, pur con i caratteri di specialità che si è cercato di evidenziare, connota il tipo negoziale.

Quanto al rapporto tra autonomia privata collettiva ed autonomia privata individuale, è possibile rinviare ai principi generali vigenti. I contraenti, pertanto, in linea di principio, non potranno derogare *in peius* al contratto collettivo, pena l'automatica sostituzione della clausola individuale peggiorativa con la previsione contenuta nel contratto collettivo. Viceversa, l'autonomia individuale potrà certamente fissare condizioni migliorative rispetto al contratto collettivo, fermo restando poi il problema di dover stabilire, nel caso in cui ci siano più divergenze tra le due fonti, in quali termini debba essere effettuata la comparazione (si tratta della nota opzione tra la tesi del c.d. cumulo, la tesi del c.d. conglobamento e le varie tesi intermedie).

Analogamente, i principi generali in materia di gerarchia delle fonti disciplineranno il rapporto tra autonomia individuale e disciplina legale generale, che dovrà essere, pertanto, ricostruito negli stessi termini innanzi esplicitati con riferimento al rapporto tra disciplina legale speciale ed autonomia individuale. Nessun condizionamento, infatti, può derivare dalla funzione suppletiva che il legislatore attribuisce alle norme generali che regolano il rapporto di lavoro subordinato di tipo codicistico rispetto alla contrattazione collettiva. L'autonomia individuale, pertanto, nel regolamentare il rapporto di lavoro ripartito, dovrà operare entro i limiti di derogabilità fissati dalla legge, esattamente nello stesso modo in cui è consentito ai contraenti di fare nel momento in cui regolamentano lo svolgimento del rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c.

7. Nel caso in cui sia necessario applicare la disciplina legale generale del contratto di lavoro subordinato, l'interprete è tenuto a verificare anche l'esistenza del secondo dei presupposti legali di cui all'articolo 43, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003; è tenuto a verificare, cioè, se — e, soprattutto, in che modo — i diversi istituti siano *compatibili* “con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito”.

È bene precisare subito che, tenuto conto che la specificità dello schema negoziale in discorso è rappresentata dalla ripartizione del lavoro tra due

soggetti e non attiene alla causa o ad altro elemento essenziale del contratto *ex* articolo 1325 c.c., né alle caratteristiche del datore di lavoro<sup>30</sup>, tale giudizio di “compatibilità” dovrebbe avere per lo più esito positivo.

Certo, rimane la difficoltà di adattare alcune discipline ed alcuni istituti ad un rapporto in cui la prestazione lavorativa è dovuta da due debitori.

In questa sede è possibile soltanto qualche esempio.

Le questioni più delicate riguardano certamente la disciplina dell’orario di lavoro e delle conseguenze giuridiche ed economiche del lavoratore la cui prestazione ecceda i limiti di durata fissati nel contratto individuale.

In questa sede è sufficiente notare come dal principio della necessaria ripartizione del lavoro tra i coobbligati discenda che ciascuno di essi, a ben vedere, lavori per un tempo inferiore a quello “normale” (oggi fissato dall’articolo 3, comma 1, decreto legislativo n. 66/2003, in quaranta ore settimanali). Ciò significa che la disciplina del lavoro straordinario di cui all’articolo 5, decreto legislativo n. 66/2003, con ogni conseguenza, sarà applicabile soltanto allorché la prestazione lavorativa sia resa da uno dei due lavoratori e si protragga oltre il suddetto limite settimanale. In altri termini, anche nell’ipotesi di ripartizione dell’attività, per “orario di lavoro” dovrà intendersi “qualsiasi periodo in cui il [singolo] lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell’esercizio della sua attività o delle sue funzioni” (arg. *ex* articolo 1, comma 2, lettera *a*), decreto legislativo n. 66/2003); senza alcuna possibilità di riferire il computo orario alla durata complessiva delle prestazioni lavorative rese dai due coobbligati.

Per quanto riguarda i poteri del datore di lavoro, significativa è la disciplina del mutamento di mansioni *ex* articolo 2103 c.c. La modificazione delle mansioni, in quanto giuridicamente qualificabile in termini di variazione dei compiti contrattualmente promessi dal datore, non può che avere effetto — pena il venire meno dell’unicità della prestazione lavorativa — nei confronti di entrambi i lavoratori. Non necessariamente alla medesima conclusione deve pervenirsi con riferimento al luogo di lavoro, dal momento che è pur sempre possibile — nel senso che non altera l’unicità della prestazione promessa — che una parte dell’attività lavorativa debba essere svolta in un luogo e l’altra in luogo diverso.

Per quanto attiene agli obblighi imposti ai lavoratori, è evidente che essi gravino su ciascuno di essi. Ciascuno dei debitori solidali, insomma, dovrà eseguire l’attività con la diligenza prevista dall’articolo 2104 c.c.; così come ciascuno dei lavoratori sarà tenuto a non esercitare attività in concorrenza con l’imprenditore e/o a non utilizzare o divulgare segreti aziendali ai sensi dell’articolo 2105 c.c.<sup>31</sup>. Al contrario, per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, la situazione dei lavoratori ben potrebbe diversificarsi se soltanto uno dei due abbia stipulato un patto di non concorrenza *ex* articolo 2125 c.c.

<sup>30</sup> Bellocchi, *op. cit.*, 218.

<sup>31</sup> Così già Alessi, *op. cit.*, 129-130.

Delicata, invece, appare la questione relativa all'applicazione dei criteri soggettivi legali o contrattuali di scelta del lavoratore nell'ipotesi di mobilità *ex* articolo 4 e di licenziamento collettivo *ex* articolo 25 della legge n. 223/1991 ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della medesima legge. Posto che l'estinzione del rapporto non potrà che riguardare entrambi i lavoratori per le ragioni innanzi esposte, la scelta potrebbe essere effettuata considerando soltanto la situazione del lavoratore con il carico familiare minore (e/o con una minore anzianità aziendale, nei casi in cui la posizione dei due lavoratori sia differente anche sotto questo profilo); con l'effetto di estinguere il rapporto anche con riferimento al coobbligato che, in ipotesi, avrebbe avuto titolo a conservare l'occupazione<sup>32</sup>.

La responsabilità disciplinare, invece, non potrà che essere *sempre* personale. In proposito, la distinzione — prospettata prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo<sup>33</sup> — fra responsabilità disciplinare (che ricorrerebbe, ad esempio, tutte le volte in cui uno dei lavoratori compia un atto di grave insubordinazione) e responsabilità contrattuale (conseguente a tutte quelle mancanze, quali ritardi e assenze ingiustificate e, più in generale, alla omessa prestazione a tempo debito), può risultare fuorviante.

A ben vedere, infatti, anche nelle ipotesi di cui all'articolo 41, comma 3, (le uniche che, secondo la tesi qui proposta, comportano l'obbligo per ciascuno dei lavoratori di farsi carico delle assenze del collega, sostituendolo), è sempre configurabile una duplice responsabilità giuridica: del lavoratore che si era impegnato alla sostituzione del collega, ad esempio per avere iniziato la prestazione con ritardo; e del sostituito, il quale resta "personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento dell'intera prestazione lavorativa" (arg. *ex* articolo 41, comma 2 e, appunto, comma 3.).

Il provvedimento disciplinare, insomma, dovrà essere sempre adottato nei confronti del solo lavoratore al quale sia imputabile il fatto contestato.

Né è possibile sostenere, in base al dettato normativo attualmente vigente, che — se ad uno dei lavoratori è applicata la sanzione della sospensione — l'altro debba eseguire la prestazione dovuta dal lavoratore sospeso<sup>34</sup>.

Nella prospettiva delineata in questa sede, infatti, soltanto il licenziamento disciplinare dispiega i suoi effetti nei confronti dell'altro lavoratore (pure non responsabile). Ciò in quanto, almeno ad una prima lettura, l'ampia formulazione dell'articolo 41, comma 5, non sembra autorizzare interpretazioni che delimitino l'ambito di applicazione della norma soltanto a talune ipotesi di recesso, escludendone altre (e ciò sempre che le parti non abbiano concordato diversamente).

Quanto ai diritti riconosciuti ai lavoratori, è doveroso distinguere tra quelli la cui titolarità spetta in ragione della *quantità della prestazione* (che saranno

<sup>32</sup> Alessi, *op. cit.*, 130.

<sup>33</sup> Ichino, *op. cit.*, 411; *contra*, Bellocchi, *op. cit.*, 223.

<sup>34</sup> In questi termini M. Tiraboschi, *op. cit.*, 1409, sulla base della duplice considerazione che, da un lato il datore non può sostenere i costi dell'inadempimento, e, dall'altra, che il vincolo fiduciario tra i coobbligati giustifica la ripartizione dei costi.

“riproporzionati” *ratione temporis*), dagli altri (che spetteranno integralmente a ciascuno dei coobbligati).

Esempi di quest’ultimo tipo sono il diritto di pretendere l’applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro; il diritto di accesso ai servizi sociali aziendali eventualmente previsto dal contratto collettivo; il diritto alla conservazione del posto per il caso di trasferimento dell’azienda.

Ma, soprattutto, appartengono al genere dei diritti indivisibili *ratione temporis* i diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori (almeno stando al chiaro disposto di cui all’articolo 4, comma 2, lettera *a*), decreto legislativo n. 61/2000 in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale).

Occorre, tuttavia, segnalare, proprio con riferimento alla titolarità dei diritti sindacali, che l’articolo 44, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, imputa il tetto di 10 ore annue previsto per l’esercizio del diritto di assemblea (dall’articolo 20 dello Statuto dei lavoratori) ad entrambi i lavoratori cumulativamente.

Valorizzando il dato della “indivisibilità”, non c’è dubbio che questa previsione si esponga a censure di legittimità costituzionale in relazione all’articolo 39 della Costituzione<sup>35</sup>; ma anche chi non concordi con questa conclusione deve ammettere, considerando la diversa disciplina prevista per il lavoratore a tempo parziale, la condivisibilità della tesi che ha prospettato una violazione del principio costituzionale di ragionevolezza<sup>36</sup>.

Naturalmente, ciascuno dei due lavoratori potrà esercitare i diritti a lui spettanti secondo convenienza; ed analogamente potrà disporre per rinuncia o transazione (nelle forme di cui all’articolo 2113 c.c.). Poiché la rinuncia o la transazione possono avere ad oggetto soltanto diritti e possono essere poste in essere dal titolare, l’eventuale transazione firmata da uno dei lavoratori con espressa rinuncia a qualsiasi altra pretesa derivante dal rapporto di lavoro ripartito non avrà alcun effetto nei confronti dell’altro lavoratore, il quale potrà a sua volta decidere di disporre o meno dei propri diritti.

Più delicate, infine, sono le questioni relative alla prescrizione ed alla decadenza e, in particolare, agli atti interruttivi dell’una e dell’altra. Si tratta, invero, di stabilire se l’atto compiuto da uno dei coobbligati — a seconda dei casi — interrompa e/o sospenda i termini di prescrizione e/o di decadenza con effetto anche nei confronti del lavoratore coobbligato, o se, viceversa, sia necessario che entrambi i coobbligati si attivino in tal senso.

La soluzione è tutt’altro che semplice<sup>37</sup> e, soprattutto, estremamente delicata in ragione delle sue implicazioni pratiche. Si pensi, a mero titolo di esempio, all’atto di impugnazione del licenziamento, di cui all’articolo 6 della legge n. 604/1966, con il quale il lavoratore interrompe il termine breve di decadenza (60 giorni a decorrere dalla comunicazione dell’atto di recesso da parte del datore di lavoro).

<sup>35</sup> Voza, *op. cit.*, 267.

<sup>36</sup> Allamprese, *op. cit.*, 105.

<sup>37</sup> Tenuto conto che, secondo la tesi qui proposta, non è applicabile al lavoro ripartito il regime civilistico delle obbligazioni solidali (e, quindi, anche l’art. 1310 c.c. in materia di prescrizione).

In proposito, l'unica soluzione giuridicamente soddisfacente pare sia quella di ritenere che l'inerzia di un lavoratore non comporti alcuna preclusione per il suo collega <sup>38</sup>.

La situazione più delicata può essere configurata considerando che l'articolo 41, comma 5, giustifica *oggettivamente* il licenziamento del lavoratore per il caso in cui l'altro si sia dimesso o sia stato licenziato; e presupponendo che dei due coobbligati, abbia interrotto il termine di decadenza soltanto il secondo, vale a dire proprio quello che sia stato licenziato in conseguenza del recesso intimato all'altro lavoratore.

Se si dovesse ritenere, infatti, che la mancata impugnazione del licenziamento da parte del primo lavoratore condizioni, precludendole, le iniziative giudiziarie dell'altro, si realizzerebbe una palese ed inammissibile violazione dell'articolo 24, comma 1, della Costituzione. La domanda esperita dal lavoratore, diretta per esempio ad ottenere l'annullamento del licenziamento ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori ed ogni conseguente provvedimento, sarebbe definitivamente preclusa a causa dell'inerzia dell'altro coobbligato; e al lavoratore non resterebbe, al limite, che esperire un'azione risarcitoria in base ai principi generali, sempre che ne sussistano i relativi presupposti <sup>39</sup>.

Secondo la tesi qui preferita, invece, sarà possibile per il lavoratore licenziato in conseguenza del licenziamento del collega (e rimasto successivamente inerte) chiedere al giudice un accertamento incidentale circa la giustificazione del primo recesso al fine di stabilire la giustificazione del proprio licenziamento ai sensi dell'articolo 41, comma 5, decreto legislativo n. 276/2003. In caso di esito positivo dell'azione, poi, egli avrà diritto — ricorrendone i presupposti — alla reintegrazione nel posto di lavoro e la conseguente attività lavorativa dovrà essere prestata per la durata e secondo le modalità temporali concordate al momento dell'instaurazione del rapporto (ossia, *proquota*) <sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Senza possibilità, però, che si verifichi il contrario: che, cioè, il lavoratore inerte possa avvantaggiarsi dell'attività dell'altro.

<sup>39</sup> Cass., 20 marzo 1999, n. 1757, in *LG*, 1999, 825, con nt. di Pizzoferrato.

<sup>40</sup> Come già chiarito *supra*, § 5.

## Prestazioni a tempo parziale e costo del lavoro

Stefano Malandrini

*Sommario:* **1.** Premessa: analisi del costo del lavoro e decisioni aziendali. — **2.** Il costo del lavoro a tempo parziale. — **3.** Valutazioni sul ricorso al lavoro a tempo parziale.

**1.** La possibilità di operare idonee scelte organizzative, in grado di valorizzare pienamente le potenzialità competitive di un'impresa, deriva anche dalla capacità di analizzare sistematicamente le molte opportunità/criticità che i nuovi istituti di fonte contrattuale o legale possono rappresentare, in termini di incidenza sul costo del lavoro per unità di prodotto.

Soprattutto nelle imprese manifatturiere, inevitabilmente caratterizzate da processi *labour intensive*, la scelta di ricorrere a rapporti di lavoro "atipici" si fonda infatti anche sull'attenta valutazione delle implicazioni prodotte da queste tipologie contrattuali in relazione ai costi sia diretti, sia indiretti posti a carico dell'azienda, anche in considerazione degli effetti sulla gestione finanziaria nel breve periodo, su quella economica nel medio e lungo periodo.

Non sempre si tratta di una disamina agevole, soprattutto in quanto le specifiche caratteristiche dell'organizzazione del lavoro presenti in ogni realtà produttiva impediscono spesso la generalizzazione delle valutazioni. L'analisi delle tipologie di rapporti in atto in un'azienda, dei ritmi produttivi, della disponibilità individuale e/o collettiva allo svolgimento di prestazioni straordinarie, unitamente alla valutazione del costo complessivo del lavoro, del tasso medio di assenteismo, degli orari praticati nei reparti connessi — in riferimento al ciclo produttivo — a quello su cui si intende operare un intervento riorganizzativo, può portare a valutazioni del tutto differenti in relazione al medesimo strumento operativo adottabile.

Si tratta di considerazioni estensibili anche ad uno degli istituti maggiormente riqualificati dai più recenti interventi legislativi e dai sopravvenuti rinnovi dei principali Ccnl di categoria, ovvero il rapporto di lavoro part-time. A tale proposito occorre premettere che i decreti legislativi n. 61/2000, n. 100/2001, n. 276/2003, unitamente alla riformulazione della parte normativa dei principali Ccnl industriali, hanno prodotto una regolamentazione-quadro particolarmente articolata, idonea a garantire una flessibilità d'impiego che può agevolmente soddisfare le esigenze operative aziendali, sia per la minore rigidità

---

\* Stefano Malandrini è dirigente dell'Area sindacale dell'Unione Industriali della Provincia di Bergamo.



introdotta nella gestione degli orari, sia per il rinvio alla definizione di numerosi aspetti operativi in sede di contrattazione collettiva od individuale. Questa valutazione preliminare deve tuttavia essere integrata da un'analisi di costo del lavoro che consenta la stima, il più possibile precisa, dell'incidenza sul costo complessivo di produzione di eventuali decisioni operative aziendali. Un esame da svolgere con particolare attenzione, per evitare possibili errori di valutazione, anche in considerazione della tendenza — nella prassi operativa delle amministrazioni del personale — a valutare con particolare prudenza il ricorso sistematico a prestazioni a tempo parziale, a motivo di presunte diseconomie gestionali.

2. A tale proposito, per consentire un esame del costo del lavoro a tempo parziale fondato non su valutazioni pregiudiziali ma su elementi di fatto, può risultare opportuna l'analisi di seguito riportata, incentrata sulla retribuzione di un operaio metalmeccanico con sette anni di anzianità, in riferimento — per maggiore chiarezza — ai soli minimi tabellari di paga non mensilizzata, come previsto dal vigente Ccnl di categoria.

Si consideri innanzitutto che l'analisi degli elementi retributivi diretti, indiretti e differiti, riferito ad una prestazione effettiva annua di 1565 ore <sup>1</sup> (considerato che per i lavoratori retribuiti a ore operano le stesse quote orarie di retribuzione contrattuale, calcolate in applicazione del divisore 173, sia per full-time che per part-time, pari a euro 7,08) comporta un costo contrattuale orario indifferenziato tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale, pari a euro 14,68, su cui la retribuzione indiretta interviene con un'incidenza del 53,51%, anch'essa indifferenziata. Opera infatti il riproporzionamento dei trattamenti normativi ed economici definito dal decreto legislativo n. 61/2000, articolo 4, comma 2, lettera a).

Per quanto attiene il trattamento contributivo, le aliquote a carico del lavoratore/datore di lavoro operano anch'esse in misura indifferenziata (9,19% — 33,88% per le imprese industriali con più di 50 dipendenti) e trova applicazione alle prestazioni part-time un minimale contributivo orario ricavato, *ex lege* n. 638/1983 ed articolo 9, decreto legislativo n. 61/2000, dal riproporzionamento diretto del minimale giornaliero dei lavoratori a tempo pieno: come precisato dalla circolare Inps, n. 21, del 3 febbraio 2004 il limite minimo di retribuzione a fini contributivi si determina infatti rapportando il minimale giornaliero di euro 39,16 decorrente dal 1 gennaio 2004 alle giornate di lavoro settimanale (pari a 6) e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore previsto dal Ccnl di categoria per il personale a tempo pieno. Nei settori in cui l'orario normale di lavoro è fissato in 40 ore settimanali è pari pertanto ad euro 5,87. Analogo criterio trova applicazione per i versamenti Inail. Inoltre si consideri che le tariffe per il calcolo dei premi assicurativi obbligatori, indiffe-

---

<sup>1</sup> Valutazione condotta dal Servizio sindacale dell'Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo, in base ai criteri di Ccnl ed al tasso di assenteismo medio provinciale, in riferimento ad un operaio di 3° categoria e di 7 anni di anzianità aziendale.

renziate per lavoratori full-time o part-time in base alle tabelle di cui al decreto ministeriale 12 dicembre 2000, trovano applicazione ai rapporti a tempo parziale in riferimento ad un valore retributivo convenzionale, costituito — in base all'articolo 9, comma 3, del decreto legislativo n. 61/2000 — dalla sola retribuzione tabellare prevista dalla contrattazione collettiva. In presenza di trattamenti retributivi aggiuntivi disposti a livello aziendale ne deriva pertanto una riduzione inversamente proporzionale del carico contributivo riferito ai lavoratori a tempo parziale. Si valuti poi che, per quanto riguarda le esigenze economiche del lavoratore a tempo parziale, gli assegni familiari spettano in misura piena per prestazioni non inferiori a 24 ore settimanali.

In relazione alla contrattazione aziendale di contenuto economico, le intese sindacali<sup>2</sup> prevedono in genere il riproporzionamento degli importi individualmente spettanti per le prestazioni rese dai lavoratori part-time, in base all'orario individualmente praticato, inoltre la percentuale di decontribuzione definita dall'articolo 43, comma 2, lettera b), della legge 29 dicembre 2001, n. 448, in riferimento al decreto legge, n. 67, del 25 marzo 1997, opera in relazione alla retribuzione annua individualmente percepita, trovando pertanto applicazione con incidenza percentuale indifferenziata — attualmente 3% — in relazione alle prestazioni rese dal personale a tempo parziale.

Es. di conteggio (approssimato<sup>3</sup>):

— Retribuzione annua 20.000 euro; premio 1000 euro; decontribuzione 600 euro; *quota decontribuita* 60%.

— Retribuzione annua 10.000 euro; premio 500 euro; decontribuzione 300 euro; *quota decontribuita* 60%.

Per quanto attiene le maggiorazioni per prestazioni eccedenti l'orario individuale di lavoro, a fronte di un incremento retributivo del 25% (30% dalla terza ora) previsto dall'articolo 8, disciplina speciale, parte prima, del Ccnl Metalmeccanico 7 maggio 2003 per il lavoro straordinario, le maggiorazioni definite per il lavoro supplementare nei part-time di durata inferiore a 40 ore settimanali sono indicate dall'articolo 1-bis, disciplina generale, sezione terza, lettera a), in misura del 10%, mentre per le prestazioni di lavoro rese nei periodi eccedenti l'orario a tempo pieno si applicano le stesse maggiorazioni previste per il lavoro straordinario.

Per quanto attiene il computo dei lavoratori a tempo parziale ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto, il riproporzionamento diretto previsto dall'articolo 6 del decreto legislativo n. 61/2000, con arrotondamento all'unità superiore delle sole frazioni eccedenti la metà del tempo pieno (precisato dal decreto legislativo n. 100/2001), non comporta alcun effettivo aggravio gestionale nell'ipotesi di ricorso a rapporti di lavoro a tempo parziale. Si consideri in particolare che il decreto legislativo n. 276/2003, abrogando il

<sup>2</sup> Valutazione riferita a 170 accordi di secondo livello sottoscritti, a decorrere dal 1999, presso aziende associate all'Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo.

<sup>3</sup> Il conteggio preciso deve avvenire, in base alle istruzioni diramate dall'Inps, considerando anche la parte annuale della erogazione non soggetta a decontribuzione, che nell'esempio non è stata valutata.

secondo comma del predetto articolo 6, ha soppresso l'unica eccezione in precedenza prevista, costituita dal titolo III della legge n. 300/1970 e riferita all'esercizio dei diritti sindacali.

In base alle indicazioni sopra riportate, dal semplice esame del costo orario teorico di una prestazione svolta da un lavoratore a tempo pieno e da un lavoratore a part-time non emergono quindi significativi scostamenti.

**3.** La valutazione dell'opportunità o meno di ampliare il ricorso alle prestazioni a tempo parziale in una specifica unità produttiva deve quindi dipendere necessariamente da valutazioni aziendali più ampie, che riguardano altri aspetti della prestazione lavorativa nonché la loro variazione disposta dai più recenti interventi legislativi e di Ccnl. Nell'elencazione di seguito riportata viene proposta una disamina dei fattori che possono influenzare tali valutazioni.

*Agevolazioni contributive ex articolo 5, comma 4, del decreto legislativo n. 61/2000, riformulato dal decreto legislativo n. 276/2003:*

le previgenti agevolazioni sono state esaurite nel triennio 2000-2002. Il decreto legislativo n. 276/2003 prevede tuttavia la prossima definizione di nuovi incentivi, che potranno comportare una riduzione immediata del costo del lavoro.

*Legittimazione attiva e passiva:*

il part-time è consentito per qualsiasi attività aziendale e per qualsiasi mansione, a differenza di altri rapporti di lavoro atipici di fonte legale/contrattuale.

*Compatibilità:*

già da alcuni anni è stata chiarita la compatibilità del part-time con i rapporti in CFL (ora in fase di esaurimento), apprendistato e contratti a termine (articolo 1, comma 4, decreto legislativo n. 61/2000 e circolari ministeriali n. 46/2001 e n. 102/1986).

*Rinvii alla contrattazione collettiva, anche aziendale:*

la normativa precedente la recente riforma prevedeva tale rinvio per la determinazione del numero massimo di ore supplementari effettuabili in ragione di anno e nella singola giornata, nonché per le causali legittimanti il lavoro supplementare e la percentuale di maggiorazione, obbligatoria per prestazioni eccedenti i limiti di legge/contratto collettivo, facoltativa se non eccedenti. Il decreto legislativo n. 276/2003, riducendo il regime vincolistico, ha invece escluso in linea generale il diritto alle maggiorazioni retributive per lavoro supplementare, disponendo inoltre la possibilità del consenso "collettivo" alle prestazioni medesime e non prevedendo più la ripartizione annua/giornaliera delle limitazioni al lavoro supplementare apportionabili dai contratti collettivi. Il decreto legislativo n. 276/2003 ha inoltre abrogato la possibilità per il lavoratore di chiedere, con le modalità definite dalla contrattazione collettiva, il consolidamento del lavoro supplementare svolto in via meramente non occasionale, previsto dall'articolo 3, comma 6, del decreto legislativo n. 61/2000.

*Rigidità di fatto ancora presenti ovvero ridotte dal decreto legislativo n. 276/2003:*

— è ancora necessario il consenso preventivo per lo svolgimento di lavoro supplementare, fatti salvi gli eventuali interventi della contrattazione collettiva di cui si è detto al precedente punto. Il decreto legislativo n. 276/2003 ha comunque consentito il lavoro supplementare anche nei rapporti part-time a tempo determinato, in precedenza — in linea generale — vietato;

— è necessario, in linea generale, il consenso preventivo del lavoratore per qualsiasi variazione della collocazione oraria ovvero della durata della prestazione part-time. Il decreto legislativo n. 276/2003 tuttavia ha introdotto particolari elementi di dinamicità, rendendo più agevole l’inserimento nei contratti individuali delle clausole “flessibili” (per consentire la variazione della collocazione oraria delle prestazioni — si tratta delle clausole in precedenza definite “elastiche”) ovvero “elastiche” (per consentire incrementi di attività — si tratta di clausole in precedenza non previste) per il rapporto part-time misto o verticale, riferendole entrambe anche al part-time a tempo determinato — ipotesi prima vietata — e consentendone l’esercizio anche in carenza di previsione contrattuale collettiva. A seguito delle modifiche disposte, l’acquisizione della disponibilità dei lavoratori all’adozione delle clausole è sottoposto ad alcuni vincoli, in quanto occorre la forma scritta e l’assistenza della rsa, ma il diritto al ripensamento (la possibilità di denunciare il patto, decorsi 5 mesi dalla sua stipulazione e con preavviso di 1 mese, *ex* articolo 3, commi 7-8-9, decreto legislativo n. 61/2000) è stato abrogato. Il diritto alla maggiorazione retributiva per le clausole flessibili (in precedenza definite “elastiche”) è inoltre stato sostituito da quello a specifiche “compensazioni”, con modalità che saranno determinate dalla contrattazione collettiva, analogamente a quanto previsto per le nuove clausole elastiche. Il decreto legislativo n. 276/2003 prevede inoltre che il preavviso minimo per l’esercizio del diritto di variazione sia di 2 giorni lavorativi (a fronte delle 48 ore precedentemente previste dall’articolo 7 del decreto legislativo n. 61/2000 in tema di clausole “elastiche”), ma è stata introdotta la possibilità di differenti “intese tra le parti”;

— la previgente normativa disponeva il divieto di ricorso a lavoro straordinario (oltre che supplementare) e di inserimento di clausole “elastiche” nei rapporti part-time a tempo determinato, tranne che in quelli costituiti per soddisfare esigenze sostitutive e fatta comunque salva una previsione contrattuale collettiva eventualmente differente, che consentisse il ricorso a lavoro straordinario-supplementare in altre ipotesi di assunzione a termine previste dalla legislazione vigente — articolo 3, comma 13, decreto legislativo n. 61/2000. Il decreto legislativo n. 276/2003 ha tuttavia abrogato entrambi i divieti, di fatto parificando il regime part-time a tempo determinato con quello a tempo indeterminato;

— il lavoro straordinario era inizialmente consentito solo nel part-time verticale a tempo indeterminato (articolo 3, commi 5 e 13, del decreto legislativo n. 61/2000). Il decreto legislativo n. 276/2003 ha previsto l’estensione della liceità delle prestazioni straordinarie anche al part-time misto e alle ipotesi di prestazioni a tempo determinato con part-time verticale o misto;

— sussiste ancora il divieto di licenziamento per rifiuto di trasformazione

dell'orario part-time/full-time e full-time/part-time, previsto dall'articolo 5, comma 1. È stato invece eliminato il riferimento al divieto di applicazione di sanzioni disciplinari per il rifiuto di svolgere lavoro supplementare di cui all'articolo 3, comma 3, del decreto legislativo n. 61/2000, ma è stato confermato dal decreto legislativo n. 276/2003 il divieto di licenziamento per giustificato motivo nella medesima ipotesi;

— sussiste ancora il diritto di precedenza dei lavoratori part-time per eventuali assunzioni a tempo pieno effettuate nella medesima azienda, ma il decreto legislativo n. 276/2003 lo ha ridotto disponendo, in particolare, la necessaria introduzione di una specifica clausola nel contratto di lavoro individuale, limitando inoltre l'ambito territoriale di applicazione al solo "comune" e confermando infine il riferimento alle stesse mansioni od a mansioni equivalenti;

— è prevista ancora una comunicazione informativa obbligatoria annuale alle rsa (articolo 2) ed ai lavoratori (articolo 5, comma 3, nell'ipotesi di assunzioni a part-time) sul ricorso a prestazioni a tempo parziale.

#### *Possibili costi aggiuntivi:*

— è ipotizzabile un incremento del tasso di assenteismo per infortuni e malattia (nell'ipotesi di part-time verticale o misto), assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio ed altro (incidenza complessiva sul costo orario stimabile tra 6,9% e 13,8% = max + 6,8% rispetto ad assenteismo di lavoro a tempo pieno);

— è inoltre possibile un generale incremento dei ritardi nelle fasi di sostituzione del personale in reparto, per il raddoppio degli effetti del c.d. "tempo tuta".

#### *Possibili risparmi:*

— potrebbe verificarsi la riduzione di eventuali pause retribuite intermedie (legali, contrattuali, regolamentari o fisiologiche);

— potrebbe altresì verificarsi la riduzione tendenziale delle richieste di permessi aggiuntivi, a motivo della maggiore disponibilità di tempo libero a disposizione dei lavoratori.

Dalla complessità degli elementi di valutazione sopra richiamati consegue pertanto che solo l'analisi della situazione aziendale in atto in una specifica realtà produttiva può consentire di valutare l'opportunità o meno di procedere all'ampliamento del ricorso a prestazioni a tempo parziale, attraverso la verifica della prevalenza delle opportunità racchiuse in questo istituto ovvero dell'eccessiva incidenza delle criticità che ne possono impedire la piena fruizione. Nell'esempio di seguito riportato si evidenzia un'ipotesi in cui la copertura giornaliera di 9 ore di prestazione, realizzata da due lavoratori a part-time, comporta un costo complessivo addirittura inferiore a quello di una prestazione a tempo pieno di analoga durata. La medesima analisi, contestualizzata in riferimento ad un differente ambiente di lavoro (con diverso Ccnl e contratto aziendale, diverso tasso di assenteismo, diversi ritmi produttivi, ecc.), potrebbe tuttavia produrre esiti del tutto opposti.

*Raffronto tra il costo contrattuale giornaliero di un lavoratore a tempo pieno e di due lavoratori part-time al 50%, in riferimento a operai di 3° categoria, Ccnl metalmeccanico, con 7 anni di anzianità aziendale. Viene considerata anche la prestazione di 1 ora di lavoro straordinario/supplementare*

1 lavoratore a tempo pieno	2 lavoratori a tempo parziale
9 quote orarie di retribuzione diretta: 7,08*9 = 63,72 euro	4 + 5 quote orarie di retribuzione diretta: 7,08*9 = 63,72 euro
applicazione retribuzione indiretta: + 53,51% = 97,81 euro	applicazione retribuzione indiretta con <i>raddoppio</i> delle assenze (da 6,9% a 13,8%) per malattia, infortunio, assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, ritardi e altro, ma con <i>detrazione</i> di mezz'ora di riposo retribuita (legale, contrattuale, regolamentare o fisiologica): 53,51% + 6,8% (calcolato su 108 ore annue) - 6,26% (calcolata su 98 ore annue) = 54,05% = 98,16 euro
applicazione contributi e premi: + 53,69% = 97,81 + 34,21 = 132,02 euro	applicazione contributi e premi: + 53,69% = 98,16 + 34,21 = 132,37 euro
magg. lavoro straordinario (magg. retributiva 25% + magg. contributiva minima del 5%): + 2,12 = 134,14 euro	magg. lavoro supplementare (magg. retributiva 10%): + 0,71 = 133,08 euro

Solo un'attenta analisi dell'ambiente di lavoro, delle esigenze aziendali, delle caratteristiche soggettive dei lavoratori, può quindi consentire una valutazione corretta degli effetti indotti in una specifica unità produttiva dal ricorso a prestazioni di lavoro a tempo parziale, in termini di costi diretti-indiretti. Occorre pertanto, da parte degli operatori d'impresa o di chi li assiste, una competenza amministrativa e gestionale in grado di identificare gli "spunti" presenti nelle disposizioni di legge/Ccnl più utili in relazione alle proprie specificità aziendali, confrontarli alle eventuali diseconomie producibili, farne derivare infine — eventualmente attivando il confronto sindacale — le necessarie regolamentazioni operative, per valorizzare pienamente i molteplici fattori di competitività previsti dalle disposizioni che compongono la normativa di riforma.

## I lavoratori giornalieri nel settore del turismo

Alessandro Massimo Nucara

*Sommario:* **1.** Introduzione. — **2.** Le finalità. — **3.** L'evoluzione storica. — **4.** Le condizioni di ammissibilità. — **5.** La natura del rapporto di lavoro. — **6.** Il campo di applicazione. — **7.** Il rinvio alla contrattazione collettiva. — **8.** L'individuazione degli speciali servizi. — **9.** Le mansioni. — **10.** La durata del servizio. — **11.** La comunicazione al centro per l'impiego. — **12.** La comunicazione al lavoratore. — **13.** L'esclusione dalla disciplina generale del rapporto a termine. — **14.** Dal lavoro extra al lavoro intermittente.

**1.** Ai sensi del comma 3 dell'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368<sup>1</sup>, “nei settori del turismo e dei pubblici esercizi è ammessa l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale”. La stessa disposizione precisa, inoltre, che “dell'avvenuta assunzione deve essere data comunicazione al centro per l'impiego entro cinque giorni” e che tali rapporti di lavoro “sono esclusi dal campo di applicazione” della disciplina generale del lavoro a termine.

La legge non detta, quindi, una analitica disciplina di tali rapporti di lavoro, limitandosi a definire gli ambiti di manovra entro i quali la contrattazione collettiva può provvedere alla individuazione degli speciali servizi.

Questo intervento si propone di sintetizzare il contenuto delle diverse disposizioni che nel tempo sono intervenute sulla materia, fornendo anche indicazioni in merito alle interpretazioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>2</sup>.

**2.** L'istituto del lavoro extra è diretto a facilitare particolari esigenze organizzative dell'azienda e, simmetricamente, ad evitare abusi da parte del datore di lavoro<sup>3</sup>.

È stato inoltre osservato che l'istituto, “nell'intenzione del legislatore, è volto a porre un freno a pratiche diffuse di lavoro irregolare”<sup>4</sup> e che “forse la

---

\* Alessandro Massimo Nucara è Caposervizio Sindacale di Federalberghi.

<sup>1</sup> In *GU*, 9 ottobre 2001, n. 235.

<sup>2</sup> Per un più approfondito esame della materia, si veda: Nucara, *La nuova disciplina del lavoro extra*, Ista, Roma, 2004.

<sup>3</sup> Cass., sentenza 5 ottobre 1998, n. 9892, in *RFI*, 1998.

<sup>4</sup> Bartalotta, *Il contratto a termine “a giornata”*, in *RIDL*, 2001, parte II, 320.

principale ragione della riproposizione di tale tipologia si ritrova nel fatto che questo tipo di lavoro a giornata ha consentito di soddisfare le particolari esigenze di taluni settori, consentendo nel contempo di regolarizzare rapporti altrimenti destinati a rimanere nel sommerso”<sup>5</sup>.

In precedenza, non era mancato peraltro chi manifestava un certo scetticismo in relazione alla capacità della norma di realizzare l’obiettivo di favorire la regolarizzazione, “in assenza di specifiche disposizioni incentivanti”, quanto meno con riguardo alle imprese di dimensioni piccole e/o minime, mentre è stata diversamente considerata la condizione delle aziende di dimensioni maggiori, “nelle quali il maggior costo della manodopera saltuaria potrà essere più che assorbito dai margini di flessibilità organizzativa consentiti dalla possibilità di questa inedita figura di lavoratore intermittente”<sup>6</sup>.

**3.** Le origini dell’istituto risalgono ai tempi più antichi<sup>7</sup>, e sono tradizionalmente collegate all’assunzione di personale di sala e di cucina in occasione di banchetti e di altri eventi che rendono necessario un incremento dell’organico, spesso di entità rilevante, per periodi di brevissima durata, tale da meritarsi la definizione di lavoro “extra”.

L’attuale disciplina della materia trova origine in un accordo collettivo<sup>8</sup> stipulato diversi anni prima che le leggi sul collocamento, a quei tempi ben più rigide e restrittive rispetto ad oggi, iniziassero ad occuparsi della questione. Tale intesa fu seguita da una circolare ministeriale che, pur richiamando la necessità di applicare le procedure allora vigenti, invitava gli uffici ad una elastica interpretazione della normativa, escludendo “il dolo o la colpa nella violazione delle norme sul collocamento per il caso di assunzioni dirette che appaiono (...) determinate da un obiettivo stato di necessità e non già dal deliberato intento di evadere l’obbligo di legge”<sup>9</sup>.

Siglato l’accordo, dovettero passare diversi anni prima che le indicazioni formulate dalle parti sociali fossero compiutamente recepite dall’ordinamento giuridico, acquisendo forza di legge solo nel 1987, con una formulazione che ancor oggi costituisce la struttura portante della disciplina del lavoro extra, anche se, nel tempo, sono state introdotte alcune modifiche.

Si trattava del comma 3 dell’articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56<sup>10</sup>, ai sensi del quale “nei settori del turismo e dei pubblici esercizi è ammessa l’assunzione diretta di manodopera per l’esecuzione di speciali servizi di durata non superiore ad un giorno, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale”. La disposizione precisava, inoltre, che “dell’av-

<sup>5</sup> Papaleoni, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, n. 4, p. I, 377.

<sup>6</sup> Roccella, *Il contratto a termine*, in *NLCC*, 1987, n. 4, 758.

<sup>7</sup> Una prima regolamentazione della materia era dettata dall’art. 33 del contratto collettivo nazionale per i lavoratori d’albergo del 31 ottobre 1937.

<sup>8</sup> Accordo del 10 giugno 1983, tra Federalberghi, Fipe, Asap, Faita e Filcams, Fiscascat, Uiltucs.

<sup>9</sup> Ministero del lavoro, circolare 17 giugno 1983, n. 79.

<sup>10</sup> In *GU*, 3 marzo 1987, n. 51, supplemento ordinario.



venuta assunzione deve essere data comunicazione all'ufficio di collocamento entro il primo giorno non festivo successivo”.

Anche dopo l'approvazione della legge non mancarono le difficoltà applicative, tant'è che il Ministero del lavoro e della previdenza sociale ritenne opportuno precisare che “la disposizione di cui all'articolo 23, comma 3 della legge n. 56 del 1987 è pienamente operante, consentendo l'esercizio della facoltà di assunzione diretta dei lavoratori per servizi speciali di durata non superiore ad un giorno nei settori del turismo e dei pubblici esercizi”. Puntualizzava inoltre il Ministero che “sarebbe incomprensibile considerare ancora oggi inapplicabile una norma prevista appositamente per consentire agli operatori del settore di assumere con urgenza personale occasionale in particolari ed imprevedibili situazioni produttive ed organizzative, atteso, oltretutto, che il legislatore ha rimesso all'autonomia delle parti contrattuali la definizione e la delimitazione delle speciali circostanze connesse a tale tipo di assunzioni”<sup>11</sup>.

Nel 1995, con la generalizzazione della possibilità di assunzione diretta, venne elevato a cinque giorni il termine entro il quale comunicare ai servizi competenti l'assunzione di tutti i lavoratori (e, quindi anche dei lavoratori extra)<sup>12</sup>. Nel 1998, il legislatore intervenne nuovamente sulla materia, elevando a tre giorni la durata dei servizi per i quali veniva ammessa la possibilità di ricorrere a questi speciali rapporti<sup>13</sup>.

Da ultimo, nel 2001, il legislatore delegato, recependo un avviso comune sottoscritto dalle parti sociali, ha reiterato le precedenti disposizioni, introducendo una precisazione in merito al termine entro il quale il datore di lavoro deve comunicare ai centri per l'impiego l'avvenuta assunzione e chiarendo in via definitiva che ai rapporti di lavoro in argomento non si applica la disciplina generale prevista per i contratti a tempo determinato<sup>14</sup>.

**4.** Dovendosi procedere all'analisi di un istituto che, in termini formali, è disciplinato da una norma di recente emanazione, appare utile evidenziare la coincidenza sostanziale, ancorché parziale, tra le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 23 della legge n. 56 del 1987 e la nuova disciplina dettata dal comma 3 dell'articolo 10 del decreto legislativo n. 368 del 2001 che, oltre a risultare evidente dalla lettura comparata dei due testi, è stata affermata esplicitamente dalla giurisprudenza di legittimità<sup>15</sup>.

Il parametro di riferimento per la individuazione delle condizioni di ammissi-

<sup>11</sup> Ministero del lavoro, nota 24 luglio 1991, n. 5715.

<sup>12</sup> Art. 2, comma 2, d.l. 14 giugno 1995, n. 232 (in *GU*, 14 giugno 1995, n. 137), più volte reiterato nello stesso contenuto sino alla versione definitiva di cui all'art. 9-bis, comma 2, d.l. 1 ottobre 1996, n. 510 (in *GU*, 2 ottobre 1996, n. 231), convertito, con modificazioni, nella l. 28 novembre 1996, n. 608 (in *GU*, 30 novembre 1996, n. 281, supplemento ordinario); Ministero del lavoro, circolare 10 luglio 1995, n. 84; Ministero del lavoro, nota 11 aprile 1996, n. 1724.

<sup>13</sup> Art. 54, comma 4, l. 23 dicembre 1998, n. 448 (in *GU*, 29 dicembre 1998, n. 302, supplemento ordinario).

<sup>14</sup> Art. 10, comma 3, d.lgs. n. 368 del 2001.

<sup>15</sup> Cass., sentenza 21 maggio 2002, n. 7468, in *GLav*, 2002, n. 23, 12.

bilità del lavoro extra è costituito, ovviamente, dalla legge che, pur non dettando una analitica regolamentazione, fornisce criteri utili (settori, individuazione dei servizi mediante la contrattazione collettiva, durata massima dei servizi) alla individuazione della disciplina applicabile alla materia <sup>16</sup>.

**5.** Dottrina e giurisprudenza hanno dedicato più di una riflessione alla natura (subordinata o autonoma) dei rapporti di lavoro extra <sup>17</sup>. La Cassazione ha risolto la questione affermando che il vincolo della subordinazione non ha tra i suoi tratti caratteristici indefettibili la permanenza nel tempo dell'obbligo del lavoratore di tenersi a disposizione del datore di lavoro. Ne consegue "che la saltuarietà delle prestazioni rese dal lavoratore, così come il fatto che sia lo stesso ad offrire la propria opera, della quale il datore di lavoro può o meno avvalersi, non costituiscono elementi idonei a qualificare come autonomo il rapporto di lavoro intercorso tra le parti". Nella giornata o nella parte di giornata in cui si svolge la prestazione, il lavoratore viene infatti "inserito nella struttura organizzativa dell'impresa e deve sottostare alle direttive del datore di lavoro", essendosi instaurato un rapporto di lavoro subordinato <sup>18</sup>.

**6.** Le disposizioni in argomento sono applicabili unicamente nei settori del *turismo* ed ai *pubblici esercizi*. Per brevità, ci limitiamo a ricordare che rientrano in tali settori, tra le altre, le attività ricettive (alberghi, villaggi, campeggi, etc.), di somministrazione di alimenti e bevande (bar e ristoranti), dell'intermediazione (agenzie viaggi) e rinviando, per una elencazione esaustiva, alla definizione legale dei suddetti settori <sup>19</sup>.

**7.** È attribuito alla contrattazione collettiva il compito di individuare i casi in cui è ammesso il ricorso al lavoro extra. La legge non si limita a un generico rinvio ai contratti collettivi, bensì precisa che tale funzione non può essere assolta da qualsivoglia parte stipulante, essendo invece richiesto l'intervento dei "sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale". Il Ccnl Turismo, nel dettare la disciplina della materia, ha previsto che la normativa dallo stesso definita possa essere ulteriormente implementata, a livello territoriale e/o aziendale.

**8.** All'interno dei settori indicati, il ricorso al lavoro extra è consentito unicamente per "l'esecuzione di speciali servizi", in conformità a quanto previsto dalla contrattazione collettiva.

---

<sup>16</sup> Vallebona, Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, n. 2, 59.

<sup>17</sup> Per approfondimenti sulla materia, si rinvia a: Ficari, *Le prestazioni occasionali: contratto d'opera o rapporto di lavoro subordinato?*, in *DL*, 1980, II, 450; Bellini, *Brevi riflessioni sulla natura del rapporto di lavoro dei camerieri saltuari*, in *GI*, giugno 2000, n. 6, 1171.

<sup>18</sup> Cass., sentenza 10 luglio 1999, n. 7304, in *GI*, giugno 2000, n. 6, 1171.

<sup>19</sup> Art. 7, comma 1, l. 29 marzo 2001, n. 135 (in *GU*, 20 aprile 2001, n. 92); art. 86, R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (in *GU*, 26 giugno 1931, n. 146), come modificato dall'art. 4, comma 2, d.P.R. 19 dicembre 2001, n. 480.

Inizialmente, la giurisprudenza di merito ha affermato che la contrattazione collettiva, nell'individuazione delle situazioni nelle quali è ammesso il ricorso al lavoro extra, non può prescindere dal fondamentale requisito della presenza di un'occasione di lavoro solo provvisoria, eccezionale e imprevedibile, che non rientri nell'ordinario ciclo organizzativo produttivo dell'impresa datrice di lavoro<sup>20</sup>.

In senso analogo, è stato precisato che, ove gli speciali servizi individuati dalla contrattazione collettiva, rientrino nell'ordinaria ed abituale attività aziendale, sarà necessario che si presentino con caratteristiche quantitative e qualitative particolari e tali da generare esigenze non suscettibili di essere soddisfatte con l'organico stabile<sup>21</sup>.

Gli orientamenti restrittivi sopra riassunti hanno riscosso alcuni apprezzamenti per aver "tracciato in maniera ferma e condivisibile un confine sufficientemente chiaro e riconoscibile tra flessibilità e arbitrio"<sup>22</sup>, ma non sono rimasti esenti da critiche ad opera di quanti, pur apprezzando l'intento antifraudolento perseguito, hanno sottolineato l'esigenza di cogliere "il reale significato in termini di maggiore flessibilità che la norma rappresenta"<sup>23</sup>.

Ad esempio, è stato evidenziato come l'ambito di applicazione dell'istituto sia stato "fortemente limitato dalla giurisprudenza, che ha alquanto enfatizzato i requisiti di specialità dei servizi quale presupposto applicativo della norma" e come anche gli Ispettorati del lavoro abbiano propugnato "applicazioni rigide e formalistiche"<sup>24</sup>.

Una interpretazione meno rigida rispetto a quelle sopra richiamate ha individuato la specialità del servizio "non tanto nella non prevedibilità dell'evento quanto nella non prevedibilità dell'entità del fabbisogno di personale per ogni singola manifestazione", ritenendo che il legislatore abbia inteso "consentire all'impresa di gestire alcuni speciali servizi — che non sono straordinari — rispetto alla normale attività avvalendosi di manodopera 'volante' e non a disposizione permanente"<sup>25</sup>. Era stato altresì escluso che il lavoro extra potesse essere utilizzato per soddisfare "esigenze aziendali normali", quali la sostituzione di lavoratori in malattia o in permesso o del tutto prevedibili e rientranti nell'attività continuativa e propria dell'impresa<sup>26</sup>.

La Cassazione ha poi chiarito che la legge "non solo non specifica la natura ed i caratteri del servizio, bensì non fissa neanche le linee generali del concetto di servizio: si limita a delegare alla norma collettiva l'integrale definizione del servizio stesso. In tal modo, la definizione legislativa del servizio è formulata *per relationem*, attraverso un'esterna disciplina cui la disposizione rinvia". È stato infatti precisato che "il concetto di 'specialità' non ha una natura negativa

<sup>20</sup> Pret. Roma, sentenza 19 novembre 1996, in *D&L*, 1997, n. 3, 562.

<sup>21</sup> Trib. Roma, sentenza 24 marzo 2000, in *RIDL*, 2001, n. 2, 320.

<sup>22</sup> Muggia, *Flessibilità e arbitrio: un confine non impossibile da tracciare*, in *D&L*, 1997, n. 3, 562.

<sup>23</sup> Casamento, *Il lavoro extra*, in *RGL*, 2001, n. 1, 97.

<sup>24</sup> Bartalotta, *op. cit.*

<sup>25</sup> Pret. Milano, sentenza 11 marzo 1999, in *LG*, 1999, n. 7, 678.

<sup>26</sup> Trib. Milano, sentenza 2 luglio 1999, in *D&L*, 1999, n. 4, 850.

(assenza del carattere generale, connesso alla generale funzione dell'azienda ed all'ordinaria natura, dei relativi servizi), né oggettiva (la disposizione non indica quali sono i caratteri oggettivi del servizio speciale), bensì relativa, in quanto il servizio è definito attraverso la normativa collettiva". In tal modo, "il servizio è speciale solo in quanto appartiene ad una particolare 'specie': la specie 'determinata' dalla normativa collettiva (conduce a questa interpretazione anche la particolare collocazione dell'aggettivo 'speciali', il quale precede, non segue, il sostantivo 'servizi')"<sup>27</sup>.

In termini operativi, il Ccnl Turismo ha previsto la possibilità di assumere lavoratori extra nelle seguenti ipotesi:

- *banqueting*;
- esigenze per le quali non sia possibile sopperire con il normale organico, quali *meeting*, convegni, fiere, congressi, manifestazioni, presenze straordinarie e non prevedibili di gruppi nonché eventi simili;
- attività di assistenza e ricevimento agli arrivi e alle partenze in porti, aeroporti, stazioni ed altri luoghi simili;
- ulteriori casi individuati dalla contrattazione integrativa, territoriale e/o aziendale.

Come si è detto in apertura, il *banqueting* ha costituito, storicamente, il primo e principale motivo di ricorso al lavoro extra. Non è un caso, dunque, se la contrattazione collettiva conferisce a tale fattispecie un autonomo rilievo, elencandola separatamente dalle altre ipotesi di legittimo ricorso all'istituto e senza subordinarne l'operatività al verificarsi di condizione alcuna.

Merita rilevare, inoltre, il carattere di generalità che contraddistingue la definizione, destinata a comprendere tutte le attività di gestione dei banchetti, indipendentemente dal comparto in cui opera l'azienda (ristorazione, tradizionale o moderna, ristorazione d'albergo o di altra attività ricettiva, *catering*, bar, etc.) e dalla relativa specializzazione. La norma si rivolge, cioè, sia alle organizzazioni aziendali specializzate nell'attività di *banqueting*, sia a quelle che svolgono tale attività in via non esclusiva.

In relazione alle "esigenze per le quali non sia possibile sopperire con il normale organico", la Cassazione ha chiarito che non si tratta di singole concrete contingenti esigenze in quanto eccedenti la singola concreta contingente dimensione dell'organico aziendale, bensì di un tipo di esigenza che per la sua stessa natura determina un'eccedenza in relazione all'organico normalmente presente nel tipo di azienda. Non si tratta quindi di un parametro concreto, ma di un parametro astratto, costituito dal rapporto fra tipo di esigenze e tipo di azienda (a questa lettura conduce la stessa astratta esemplificazione contenuta nella disposizione). "Ogni evento esemplificativamente indicato dalla disposizione contrattuale", poiché rientra, per definizione, nello spazio normativo delle "esigenze per le quali non sia possibile sopperire con il normale organico", "reca in se stesso, per la sua stessa natura, l'esigenza del lavoro extra, che legittima il contratto giornaliero: poiché l'impossibilità, che la

<sup>27</sup> Cass., sentenza 21 maggio 2002, n. 7468, cit.

norma ipotizza, è immanente agli eventi indicati, non ne è necessaria la prova". Non è quindi necessario accertare specificamente l'impossibilità di sopperire con il normale organico alle esigenze (che avevano richiesto i singoli servizi), ed è pertanto irrilevante anche il numero dei lavoratori presenti ed il numero dei lavoratori necessari nella singola manifestazione<sup>28</sup>.

La sentenza si colloca nell'ambito di una linea interpretativa di adeguamento della normativa alla *ratio* ispiratrice della nuova disciplina del contratto a termine, che ha abbandonato, in linea di principio, il criterio della tassatività tipologica<sup>29</sup>.

I servizi di cui trattasi, "pur prevedibili e programmabili in quanto resi abitualmente soprattutto in certi periodi dell'anno e con particolare frequenza specie in aziende di grandi dimensioni, devono essere tuttavia non quotidiani né di caratteristiche sempre uguali, sì da richiedere personale aggiuntivo rispetto a quello impiegato ogni giorno per i servizi ordinari". Non si esclude che tali servizi richiedano un personale non necessario tutti i giorni per gli ordinari servizi dell'albergo: "escludere la legittimità di speciali e temporanei rapporti di lavoro per queste evenienze significa imporre inutili costi di gestione alle imprese oppure indurle a far fronte a quelle speciali necessità aggravando il lavoro del personale in organico e contemporaneamente privando dell'occupazione gli aspiranti al lavoro temporaneo"<sup>30</sup>.

Ancora, secondo la giurisprudenza di legittimità, "poiché il servizio speciale non è caratterizzato da imprevedibilità, né da straordinarietà, né da eccezionalità bensì solo dalla sua definizione attraverso la norma collettiva, è ipotizzabile anche la sua legittima preventiva programmazione da parte dell'azienda"<sup>31</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza di merito ha inoltre affermato che i caratteri di "non prevedibilità e straordinarietà", prescritti dalla contrattazione collettiva sono riferiti "solamente alla presenza di gruppi" e non anche alle altre fattispecie (*meeting*, convegni, fiere, congressi, manifestazioni) in relazione alle quali il Ccnl Turismo consente il ricorso al lavoro extra<sup>32</sup>.

È stato inoltre osservato che il legislatore ha inteso autorizzare l'utilizzo di lavoratori giornalieri anche con riferimento a servizi programmati i quali si ripetono sistematicamente<sup>33</sup> e dei quali non è richiesta la straordinarietà né l'occasionalità<sup>34</sup> e che la validità del contratto è subordinata "al solo rispetto delle previsioni della contrattazione collettiva, prescindendo del tutto dall'esistenza o meno di particolari o straordinarie esigenze produttive. Sarà, pertanto, consentito al datore di lavoro l'utilizzo (...) per servizi ampiamente program-

<sup>28</sup> Cass., sentenza 21 maggio 2002, n. 7468, cit.

<sup>29</sup> Papaleoni, *Contratto a tempo determinato e giustificazione del termine*, in *GLav*, 2002, n. 23, 19.

<sup>30</sup> Cass., sentenza 8 novembre 2001, n. 13837, inedita.

<sup>31</sup> Cass., sentenza 21 maggio 2002, n. 7468, cit.

<sup>32</sup> Trib. Roma, sentenza 17 dicembre 1999, in *RGL*, 2001, n. 1, 88.

<sup>33</sup> Vallebona, Pisani, *op. cit.*, 15.

<sup>34</sup> Brida, *Esclusioni e discipline specifiche*, in Meneghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, 181.

mati e ciclici (se del caso, tramite chiamate reiterate del medesimo prestatore), anche qualora l'azienda, con assunzioni a tempo indeterminato, non avrebbe incontrato alcuna difficoltà a servirsi del normale organico”<sup>35</sup>.

I contratti integrativi che si sono avvalsi della facoltà di introdurre nuove ipotesi di ricorso al lavoro extra hanno operato spesso riferimento alla sostituzione di lavoratori assenti. Ad esempio è stata prevista la possibilità di utilizzare i lavoratori extra “in caso di rinforzi temporanei dell'organico conseguenti ad un incremento rilevante dell'attività o di sostituzioni di malattie brevi di personale in organico, per periodi non superiori a tre giorni consecutivi”<sup>36</sup> così come “in sostituzione di assenze non previste o non programmabili di personale in organico (malattia, infortunio, congedi e permessi) per periodi non superiori ai primi tre giorni”<sup>37</sup>. Un accordo, nel prevedere la possibilità di far fronte alle esigenze di carattere sostitutivo mediante il ricorso al lavoro a tempo determinato o al lavoro interinale, ha previsto che, “in casi eccezionali, si possa ricorrere al lavoro extra per la sostituzione di lavoratori assenti per qualsiasi causa, ivi compresi le ferie, i riposi settimanali, i permessi per riduzione dell'orario di lavoro e altri casi simili”<sup>38</sup>. In altri termini, il ricorso al lavoro extra è stato ammesso in relazione a tutte le esigenze di carattere sostitutivo, ma non costituisce lo strumento normale per far fronte a tali evenienze.

Da ultimo, è opportuno evidenziare alcune interpretazioni, fondate anche sulle considerazioni espresse dalla giurisprudenza nel vigore della precedente normativa, secondo cui “l'autonomia collettiva nel suo potere para-legislativo non potrà nemmeno in futuro prescindere dal fondamentale requisito della presenza di un'occasione di lavoro solo provvisoria, eccezionale ed imprevedibile, che non rientri se non in minima parte nell'ordinario ciclo organizzativo produttivo dell'impresa datrice di lavoro. A titolo esemplificativo, si immagini una impresa alberghiera che si trovi ad affrontare un impegno imprevisto quale l'organizzazione di un banchetto. Per uno o più giorni (massimo tre, come detto) l'impresa potrà avvalersi di personale “volante” senza essere soggetta alle disposizioni del decreto legislativo n. 368 del 2001 soltanto se l'entità dell'evento sia tale da creare problemi organizzativi significativi e irrisolvibili senza l'aiuto di lavoratori extra. Si badi tuttavia che è necessario che si tratti di circostanze eccezionali che non possono quindi coprire situazioni di organici sottodimensionati. La rilevante incidenza del numero di lavoratori extra rispetto al totale dei dipendenti costituisce conseguentemente un primo chiaro

---

<sup>35</sup> Pozzaglia, *Esclusioni, discipline specifiche ed esenzioni nel decreto legislativo n. 368 del 2001*, in Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel decreto legislativo 6 settembre 2001*, n. 368, Giappichelli, Torino, 2002, 206.

<sup>36</sup> Contratto regionale di lavoro per i lavoratori dipendenti da aziende del settore turismo della Regione Lazio del 20 giugno 2001, art. 21.

<sup>37</sup> Contratto provinciale di lavoro per i lavoratori dipendenti da aziende alberghiere della Provincia di Milano del 18 luglio 2001.

<sup>38</sup> Contratto integrativo aziendale per i dipendenti dell'Associazione Italiana Alberghi per la Gioventù del 30 settembre 2003, art. 5.

sintomo (anche se non decisivo) di situazioni di abuso da parte del datore di lavoro”<sup>39</sup>.

**9.** Il verificarsi del servizio previsto dalla contrattazione collettiva non costituisce causa sufficiente per la legittima instaurazione dello speciale rapporto di lavoro, essendo necessario anche un ulteriore requisito e cioè che il lavoratore venga adibito allo svolgimento di tale servizio. Non si richiede, infatti, “né una mera coincidenza cronologica, né una generica occasionalità” fra situazione aziendale ed assunzione del lavoratore. Non viene ammessa quindi la possibilità che il lavoratore extra, in occasione dello speciale servizio, venga addetto a servizi diversi da questo, mentre a questo potrebbero essere addetti, attraverso scorrimento di mansioni, lavoratori non extra. “La disposizione delinea uno specifico rapporto causale fra assunzione ed esecuzione del servizio. Il rapporto investe in tal modo lo stesso contratto di lavoro: è necessario che il servizio speciale sia la causa e l’esecuzione del contratto. Nell’ambito di questa adibizione, non è sufficiente che al servizio speciale il lavoratore sia addetto in misura prevalente, nell’ambito d’un singolo contratto giornaliero, come nell’ambito d’una pluralità di contratti”<sup>40</sup>.

**10.** La legge prevede esplicitamente una durata “non superiore a tre giorni”. La giurisprudenza ha affermato che tale durata inerisce al servizio e non al contratto, con la conseguenza di non consentire la stipulazione di contratti extra per l’esecuzione d’un servizio che ecceda la durata suddetta<sup>41</sup>.

Sempre in tema di durata, merita segnalare un caso paradossale in cui l’Ispettorato del lavoro ha eccepito la violazione della norma perché lo speciale servizio non si era concluso entro la mezzanotte del medesimo giorno in cui era iniziato. Tale interpretazione è stata rifiutata dalla giurisprudenza, secondo cui la disposizione, nel consentire l’assunzione per servizi di durata non superiore ad un giorno (limite poi elevato a tre giorni), “si riferisce chiaramente al singolo giorno di lavoro il quale di per sé, tenuto conto della variabile organizzazione del lavoro nei vari settori di attività, ben può non coincidere con il giorno solare essendovi attività, che, per loro natura, si svolgono in orari serali e notturni a cavallo tra un giorno solare e un altro e non per questo implicano, ovviamente, una duplicazione delle effettive giornate di lavoro”<sup>42</sup>.

Il concetto è stato ribadito dalla dottrina, che ha sottolineato come “risulterebbe assurdo che il legislatore, proprio con riferimento al settore del turismo e dei pubblici esercizi e alla variabile organizzazione del lavoro ivi riscontrabile, avesse limitato intrinsecamente e a priori la fattispecie pur espressamente prevista, ritenendo possibili assunzioni di questo genere solo nell’ambito di una

<sup>39</sup> A. Russo, *Contratto a termine e lavoro nei settori del turismo e dei pubblici esercizi*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 317.

<sup>40</sup> Cass., sentenza 21 maggio 2002, n. 7468, cit.

<sup>41</sup> Cass., sentenza 21 maggio 2002, n. 7468, cit.; App. Milano, sentenza 10 ottobre 2000, in *LG*, 2001, n. 4, 386.

<sup>42</sup> Pret. Gorizia, sentenza 23 febbraio 1994, in *LG*, 1994, n. 10, 1034.

giornata solare. E ciò vale a maggior ragione se si pensa che i settori considerati presuppongono e constano normalmente di attività che vanno ben al di là della ‘fiabesca’ soglia della mezzanotte”<sup>43</sup>.

**11.** Ai sensi di una esplicita previsione del decreto n. 368 del 2001, l’assunzione dei lavoratori extra deve essere comunicata ai centri per l’impiego entro cinque giorni<sup>44</sup>. Già prima dell’entrata in vigore di tale disposizione, il Ministero del lavoro aveva chiarito che, anche per i lavoratori extra, la comunicazione agli organi del collocamento poteva avvenire entro cinque giorni dall’assunzione, al pari di quanto previsto per la generalità degli altri lavoratori<sup>45</sup>. È prossima l’attivazione di un nuovo sistema, ai sensi del quale le comunicazioni al centro per l’impiego dovranno essere effettuate contestualmente all’assunzione<sup>46</sup>. Qualora l’instaurazione del rapporto avvenga in giorno festivo, nelle ore serali o notturne, ovvero in caso di emergenza, la comunicazione potrà essere effettuata “entro il primo giorno utile successivo”. Tale possibilità, concernente la generalità dei rapporti di lavoro, risulta di particolare utilità in relazione all’assunzione dei lavoratori extra, spesso chiamati a prestare la propria attività in ore serali e/o festive, e non a caso richiama la disciplina originaria dell’istituto, che consentiva la comunicazione al collocamento “entro il primo giorno successivo non festivo”. Sul punto, il Ministero del lavoro ha chiarito che l’espressione “ore serali o notturne” designa la fascia oraria “dopo le ore 18 e dopo le ore 22”<sup>47</sup>, senza peraltro indicare sino a che ora del mattino successivo si protraga la notte.

Merita evidenziare come i provvedimenti che riformano la materia, nell’introdurre l’obbligo di comunicazione contestuale, pur avendo elencato espressamente e minuziosamente le disposizioni abrogate<sup>48</sup>, non abbiano operato alcun riferimento alla norma speciale concernente i lavoratori extra. Ne consegue la possibilità di ipotizzare che, anche dopo l’attivazione del nuovo sistema, l’assunzione dei lavoratori extra continui ad essere comunicata entro cinque giorni. Tale possibilità è stata peraltro ignorata dalle prime indicazioni amministrative sulla materia, che appaiono sistematicamente indirizzate a considerare l’obbligo di comunicazione contestuale applicabile alla generalità dei rapporti di lavoro subordinato<sup>49</sup>, con la sola eccezione delle assunzioni di

<sup>43</sup> Zillio Grandi, *Turismo e pubblici esercizi: speciali servizi di durata non superiore ad un giorno e assunzione diretta*, in *LG*, 1994, n. 10, 1036.

<sup>44</sup> Art. 10, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

<sup>45</sup> Ministero del lavoro, nota 11 aprile 1996, n. 1724 cit.

<sup>46</sup> Art. 9-bis, comma 2, d.l. 1 ottobre 1996, n. 510 (in *GU*, 2 ottobre 1996, n. 231), convertito, con modificazioni, nella l. 28 novembre 1996, n. 608 (in *GU*, 30 novembre 1996, n. 281, supplemento ordinario), come sostituito dall’art. 6, comma 2, del d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 (in *GU*, 15 gennaio 2003, n. 11).

<sup>47</sup> Ministero del lavoro, circolare 7 aprile 2003, n. 12, punto 2.

<sup>48</sup> Art. 8, d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 (in *GU*, 15 gennaio 2003, n. 11).

<sup>49</sup> Ministero del lavoro, circolare 7 aprile 2003, n. 12 cit.; Inps, circolare 30 giugno 2003, n. 117; Ministero del lavoro, circolare 24 novembre 2003, n. 37.



lavoratori extracomunitari e di lavoratori italiani da impiegare o trasferire all'estero.

Per quanto riguarda la cessazione del rapporto di lavoro, la disciplina del collocamento prevede, sin dalle origini, che i datori di lavoro soggetti alla disciplina dell'avviamento al lavoro debbano comunicare, entro cinque giorni, al competente ufficio, il nome e la qualifica dei lavoratori di cui per qualunque motivo sia cessato il rapporto di lavoro<sup>50</sup>.

Nei fatti, la norma non ha mai trovato applicazione in relazione al lavoro extra poiché, dovendosi procedere alla comunicazione dell'avvenuta assunzione dopo la conclusione del rapporto di lavoro (la cui durata, inizialmente, non poteva essere superiore ad un giorno) e, più precisamente, entro il primo giorno non festivo successivo all'assunzione<sup>51</sup>, tale adempimento veniva riassunto nell'unica comunicazione con la quale il datore di lavoro dava notizia della instaurazione di un rapporto di lavoro che, in virtù di un limite esplicitamente imposto dalla legge, si era risolto nel corso della stessa giornata.

La sostanza dei fatti non è mutata dopo l'elevazione della durata massima (da uno a tre giorni) del rapporto di lavoro, in quanto ancor prima era stato ampliato il termine (da uno a cinque giorni) assegnato al datore di lavoro per la comunicazione dell'assunzione. La prassi diffusa prevede ancora oggi l'invio di un'unica comunicazione, dopo la conclusione del rapporto, anche se si potrebbe verificare, in teoria, il caso del datore di lavoro che comunichi l'avvenuta assunzione prima della risoluzione del rapporto (cioè, prima del terzo giorno). Con riferimento a quest'ultima ipotesi, la data di cessazione, ove questa non sia stata indicata nella comunicazione iniziale, dovrebbe costituire oggetto di una successiva comunicazione.

La questione è di qualche rilevanza in quanto, se sarà confermata l'applicabilità delle nuove disposizioni concernenti la comunicazione contestuale anche alle assunzioni dei lavoratori extra, il rapporto di lavoro, a differenza da quanto avveniva in passato, si concluderà sempre dopo la comunicazione dell'assunzione.

Occorre peraltro sottolineare come la nuova disciplina della materia, di prossima entrata in vigore, stabilisce che l'obbligo di comunicare la cessazione dei rapporti di lavoro (entro i cinque giorni successivi) riguarda unicamente i rapporti a tempo indeterminato ovvero i casi in cui la cessazione sia avvenuta in data diversa da quella comunicata all'atto dell'assunzione<sup>52</sup>.

In altri termini, il legislatore ha chiarito esplicitamente che, per i contratti a tempo determinato, si possa provvedere ai due adempimenti (comunicazione dell'assunzione e della cessazione) con un unico atto, contestualmente all'as-

<sup>50</sup> Art. 21, comma 1, l. 29 aprile 1949, n. 264 (in *GU*, 1 giugno 1949, n. 125, supplemento ordinario).

<sup>51</sup> Art. 23, comma 3, l. n. 56 del 1987.

<sup>52</sup> Art. 21, comma 1, l. 29 aprile 1949, n. 264 (in *GU*, 1 giugno 1949, n. 125, supplemento ordinario), come modificato dall'art. 6, comma 3, d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 (in *GU*, 15 gennaio 2003, n. 11).

sunzione, salvo eventuali successive rettifiche relative alla variazione della data di cessazione inizialmente prevista.

**12.** In virtù di una disposizione di carattere generale, il datore di lavoro, all'atto dell'assunzione, deve informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro<sup>53</sup>.

La comunicazione non è dovuta in una pluralità di casi, tra cui rientrano i rapporti di lavoro "di durata complessiva non superiore ad un mese e il cui orario non superi le otto ore settimanali"<sup>54</sup>. In tale fattispecie possono rientrare, a seconda dei casi, anche le prestazioni di lavoro extra, a condizione che vengano rispettate le suddette condizioni. In proposito, si deve evidenziare come il legislatore italiano non abbia colto un'opportunità offerta dalla normativa comunitaria, che pure ammette la possibilità di deroghe anche nei casi in cui "il contratto o rapporto di lavoro abbia carattere occasionale e/o particolare purché, nel caso specifico, ragioni obiettive giustifichino la sua non applicazione"<sup>55</sup>. Tali ragioni obiettive sono certamente rilevabili nel caso dei rapporti di lavoro extra, in cui il sovraccarico amministrativo determinato dagli adempimenti in argomento è difficilmente compatibile con la brevissima durata della prestazione. Non a caso, in passato, lo stesso Ministero del lavoro, nell'esprimersi in merito alla registrazione sul libretto di lavoro dei singoli periodi di occupazione dei lavoratori extra, aveva condiviso i problemi di pratica attuazione derivanti dall'applicazione della norma di carattere generale<sup>56</sup>. Un ulteriore esempio dell'impostazione restrittiva adottata dal legislatore italiano sta nel fatto che la direttiva prevede che il datore di lavoro fornisca al lavoratore le informazioni in argomento "non oltre due mesi dall'inizio del suo lavoro"<sup>57</sup>. In risposta a tale prescrizione, l'Italia ha inizialmente fissato l'obbligo di fornire tali informazioni "entro trenta giorni dalla data dell'assunzione"<sup>58</sup>, per poi ridurre drasticamente tale termine, introducendo l'obbligo di comunicazione *contestuale*.

**13.** Prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 368 del 2001, la Cassazione aveva affermato che la violazione delle disposizioni di cui all'articolo 23 della legge n. 56 del 1987 non si sottraeva all'effetto di conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>59</sup>.

Inoltre, in relazione al caso di giornate lavorative numerose, ripetute, racchiuse

<sup>53</sup> Art. 4-bis, comma 2, d.lgs. 21 aprile 2000, n. 181 (in *GU*, 4 luglio 2000, n. 154), introdotto dall'art. 6 del d.lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 (in *GU*, 15 gennaio 2003, n. 11); direttiva n. 91/533/CEE, del Consiglio del 14 ottobre 1991 relativa all'obbligo di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (in *GUCE*, 18 ottobre 1991, n. L 288); d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, concernente l'attuazione della direttiva n. 91/533/CEE (in *GU*, 12 giugno 1997, n. 135).

<sup>54</sup> Art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 152 del 1997.

<sup>55</sup> Art. 1, comma 2, lett. b), direttiva n. 91/533/CEE.

<sup>56</sup> Ministero del lavoro, nota 6 maggio 1994, n. 5/25746.

<sup>57</sup> Art. 3, paragrafo 1, direttiva n. 91/533/CEE.

<sup>58</sup> Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 152 del 1997.

<sup>59</sup> Cass., sentenza 19 ottobre 1993, n. 10343, in *RFI*, 1993.

in un lungo arco di tempo e connotate da frequenza infrasettimanale (nel senso che i lavoratori venivano chiamati a lavorare più giorni nella medesima settimana) la giurisprudenza di merito aveva sentenziato “l’applicabilità del regime sanzionatorio previsto per i contratti a tempo determinato”, con conseguente trasformazione del rapporto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>60</sup>.

Sul punto, la Cassazione ha poi chiarito che, anche se le assunzioni giornaliera di uno stesso lavoratore sono reiterate nel tempo, deve escludersi la configurabilità di un rapporto a tempo indeterminato allorché nell’intervallo fra le singole e saltuarie prestazioni il lavoratore non abbia l’obbligo di tenersi a disposizione del datore ma anzi, chiamato per la singola prestazione giornaliera, abbia la facoltà di rifiutare<sup>61</sup>.

Come evidenziato in apertura, i rapporti di lavoro extra sono oggi esplicitamente esclusi dalla disciplina generale del rapporto a termine. Sicché, restano esclusi, tra gli altri, i vincoli relativi alla forma scritta, alle riassunzioni a termine del medesimo lavoratore, alla parità di trattamento e ai limiti quantitativi<sup>62</sup>. È tuttavia opportuno ricordare le indicazioni fornite dalla giurisprudenza in vigenza della precedente normativa, secondo cui l’applicazione della disposizione speciale, in deroga alla disciplina di carattere generale, “è consentita solo quando ricorrono congiuntamente tutti i presupposti e le condizioni tassativamente indicati dalla legge, ossia che si tratti dei settori del turismo e dei pubblici esercizi, che l’assunzione con tali modalità semplificate afferisca alla esecuzione di speciali (urgenti) servizi, che la loro durata non sia superiore ad un giorno (durata massima ora elevata a tre giorni), che venga data tempestivamente comunicazione all’ufficio competente”. In particolare, secondo la corte di Cassazione, “qualora la fattispecie non risulti configurabile in difetto di taluni degli elementi costitutivi descritti, la situazione che ne consegue deve necessariamente rientrare nell’ambito della previsione normativa generale, con i profili sanzionatori ivi previsti”<sup>63</sup>.

**14.** Come si è visto, sul ricorso al lavoro extra gravano difficoltà di carattere operativo connesse agli adempimenti burocratici e ai conseguenti oneri economici ed organizzativi, che possono scoraggiare il ricorso a tale istituto.

Una soluzione alternativa potrà essere costituita dalla possibilità di rispondere alle medesime esigenze mediante il ricorso ad un diverso istituto, recentemente introdotto nel nostro ordinamento. Si tratta del contratto di lavoro intermittente<sup>64</sup>, in forza del quale il lavoratore si rende disponibile a prestare la propria opera “a chiamata”, per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo.

---

<sup>60</sup> Pret. Sanremo, sentenza 4 luglio 1990, inedita; Trib. Roma, sentenza 17 dicembre 1999, e Trib. Roma, sentenza 19 gennaio 2000, in *RGL*, 2001, n. 1, 88.

<sup>61</sup> Cass., sentenza 8 novembre 2001, n. 13837, cit.

<sup>62</sup> Vallebona, Pisani, *op. cit.*, 30.

<sup>63</sup> Cass., sentenza 5 ottobre 1998, n. 9892, cit.

<sup>64</sup> Artt. 33 e ss. del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (in *GU*, 9 ottobre 2003, n. 235, supplemento ordinario).

Tale nuovo strumento sarà preferito dai datori di lavoro se il sistema si asterrà dal ripetere gli errori del passato e, in particolare, resisterà alla tentazione di far gravare sull'istituto un carico burocratico eccessivo.

Altrettanto importante sarà il ruolo delle parti sociali, alle quali il legislatore ha affidato il compito di individuare le esigenze a fronte delle quali sarà ammesso il ricorso al lavoro intermittente.

Una soluzione potrebbe consistere nel consentire la stipula di contratti di lavoro intermittente in tutti i casi in cui già oggi è possibile stipulare contratti di lavoro extra. In questo modo, i datori di lavoro disporrebbero di un istituto che, a parità di efficacia, dovrebbe essere caratterizzato da un diverso, minore, carico burocratico. Nel contempo, tra i lavoratori e l'impresa verrebbe ad instaurarsi un legame di carattere meno aleatorio e più facilmente suscettibile di stabilizzazione.

Va infine ricordato che, in caso di inerzia delle parti sociali, sarà il Ministro del lavoro a provvedere direttamente alla disciplina della materia, in via provvisoriamente sostitutiva.



## *Autonomia, subordinazione e lavoro economicamente dipendente*

### **Interpretare i contratti di lavoro: giudici, datori di lavoro, lavoratori**

*Simon Deakin*

*Sommario:* **1.** Introduzione. — **2.** Il ruolo dell'interpretazione contrattuale nella qualificazione del rapporto di lavoro e i diritti dei lavoratori: il criterio della mutualità. — **2.1.** Interpretare la 'mutualità' delle obbligazioni. — **2.2.** Oltre la mutualità? Il concetto di lavoratore e la regolamentazione del lavoro interinale. — **3.** L'evidenza empirica: l'indagine empirica. — **3.1.** Scelta: l'uso di contratti di lavoro standard per sviare dalla condizione di subordinazione. — **3.2.** Controllo: percezione del potere manageriale. — **3.3.** Rischio: lo scambio tra flessibilità e sicurezza e l'esperienza del lavoro non standard. — **4.** Conclusioni: conformare il diritto del lavoro alla prassi.

**1.** La finalità di questo articolo è la comparazione tra le prevalenti interpretazioni giudiziali dei contratti di lavoro con le interpretazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori. L'articolo è incentrato su un importante elemento di discussione dell'attuale diritto del lavoro, segnatamente l'interpretazione di documenti contrattuali e accordi di lavoro con lo scopo di determinare se un lavoratore è subordinato o autonomo. L'analisi giuridica ruota, formalmente, attorno al criterio della mutualità delle obbligazioni: hanno le parti coinvolte obblighi reciproci a rendere il lavoro disponibile (per quanto riguarda il datore di lavoro) e ad essere disponibili al lavoro (per quanto concerne il lavoratore)? Da questo punto di vista, si tratta di un approccio all'interpretazione che è basato sul diritto dei contratti e, in quanto tale, relativamente incontrovertito. In ogni caso, basta poco per capire che il criterio della mutualità è basato su presupposti quali scelta, controllo e rischio: *scelta*, perché il rapporto giuridico si assume sia determinato dalla libera volontà dei soggetti coinvolti; *controllo*, poiché i tribunali continuano a sostenere l'essenza del rapporto di lavoro privato in termini di potere di controllo del datore di lavoro rispetto al lavoratore subordinato; e *rischio*, perché la scelta delle parti di realizzare un accordo implica una particolare combinazione di tutele e responsabilità. Questi presupposti sono profondamente radicati nella letteratura giuridica e possono essere ricondotti ai primi criteri applicati dai tribunali per definire il rapporto di lavoro.

---

\* *Simon Deakin* è professore di Organizzazione Aziendale presso l'Università di Cambridge. Questo articolo è stato pubblicato in *Sarah Worthington (ed.), Commercial Law and Commercial Practice, Oxford - Hart Publishing, 2003.*  
Traduzione a cura di Rosa Altamura.

Una recente ricerca empirica offre una possibilità di comparazione del lavoro tra il punto di vista giudiziale comune e le percezioni che ne hanno i lavoratori e i datori di lavoro. La ricerca è stata realizzata per il *Department of Trade and Industry* (DTI) nel 1998-99 sulla misura in cui gli attuali criteri di qualificazione del rapporto di lavoro hanno dato luogo ad incertezze nella pratica<sup>1</sup>. Si è sviluppata una ricerca su larga scala finalizzata ad offrire una stima di coloro che sono potenzialmente esclusi da certe forme di protezione, e dei casi studio dell'attuale sistema contrattuale. I dati raccolti includono i modelli contrattuali più comuni e i contributi forniti dai lavoratori rispetto alla propria esperienza in merito a forme di lavoro flessibili e occasionali. Ne emergono due conclusioni. La prima, come risulta evidente, relativa al fatto che una larga fascia di popolazione attiva non rientra in maniera netta nelle categorie né di "lavoratori subordinati" né di "lavoratori autonomi", che il diritto utilizza per classificare il rapporto di lavoro. La seconda relativa ai casi che mettono in evidenza la presenza di una notevole disgiunzione tra i presupposti di scelta, controllo e rischio che sottendono i criteri e la percezione che ne hanno i lavoratori il cui rapporto di lavoro risulta spesso incerto.

Questo lavoro si sviluppa come segue. Il secondo paragrafo discute i criteri utilizzati per qualificare il rapporto di lavoro e il ruolo al loro interno dell'interpretazione contrattuale. Il terzo paragrafo descrive le informazioni derivanti dalla realtà empirica. Il quarto afferma, sulla base delle due precedenti sezioni, che il diritto opera attualmente in maniera disfunzionale, e prende in esame due possibili riforme finalizzate al rafforzamento della sua efficacia: l'uso di diversi indici di valutazione, basati sul concetto di "lavoratore", e l'applicazione ai modelli contrattuali tradizionali di tecniche di regolamentazione giuridica adottate nei *consumer contracts*. Si conclude che sebbene ciascuna di queste riforme possa rivelarsi utile nella pratica, esiste il pericolo, nonostante la riforma legislativa, che i presupposti che sottendono all'attuale approccio dei tribunali all'interpretazione potrebbero ripresentarsi sotto nuova veste.

2. Attualmente, la maggior parte del *corpus* legislativo in materia di diritto del lavoro — l'*Employment Rights Act*, 1996 (ERA) e il *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*, 1992 (TULRCA) — fa riferimento esclusivamente ai lavoratori subordinati. A tal proposito, per lavoratore subordinato si intende "un soggetto che sia stato assunto o che svolga un'attività (o, laddove il rapporto di lavoro sia terminato, svolgeva un'attività) oggetto di un contratto di lavoro subordinato"<sup>2</sup>, e per "un contratto di lavoro subordinato si intende un contratto di dipendenza o di apprendistato, espresso o implicito, e (laddove esplicito) sia stipulato sia in forma scritta che verbale"<sup>3</sup>. Il significato sostanziale di tale contratto di lavoro non è giuridicamente chiarito; si lascia

<sup>1</sup> Cfr. Burchell, Deakin, Honey, *The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment*, DTI, Londra, 1999, EMAR paper no. 6, in [www.dti.gov.uk/er/emar/emar6.pdf](http://www.dti.gov.uk/er/emar/emar6.pdf).

<sup>2</sup> Cfr. *Employment Rights Act* (ERA), 1996, s. 230(1).

<sup>3</sup> Cfr. *Employment Rights Act* (ERA) 1996, s. 230(3).

che siano i tribunali a decidere in merito, attraverso una serie di criteri propri della *common law*. I quattro criteri maggiormente conosciuti sono “controllo” (*control*), “integrazione” (*integration*), “realtà economica” (*business reality*), “mutualità delle obbligazioni” (*mutuality of obligation*)<sup>4</sup>. Questi criteri fanno a loro volta capo ad una serie di fattori come il metodo di pagamento della retribuzione scelto dalle parti, la durata e la stabilità del rapporto di lavoro, e il grado di copertura delle procedure disciplinari (vedi *Tabella 1*). L’importanza accordata dai tribunali ad ognuno di questi fattori è un fatto discrezionale, in parte perché le corti minori sono soggette a revisione nel caso in cui commettano errori nell’identificazione dei criteri relativi o nella loro applicazione<sup>5</sup>.

Tabella 1. — *Il rapporto tra fattori e criteri nella classificazione del rapporto di lavoro*

<i>Controllo</i>	il dovere di osservare le istruzioni impartite discrezionalità negli orari di lavoro supervisione delle modalità di lavoro
<i>Integrazione</i>	procedure disciplinari inclusione nei programmi di sostegno all’occupazione
<i>Realtà economica</i>	modalità di pagamento della retribuzione libertà di assumere altri lavoratori fornitura delle attrezzature di lavoro investimento nella propria attività commerciale modalità di prelievo fiscale copertura della retribuzione per malattia e ferie
<i>Mutualità delle obbligazioni</i>	durata del rapporto di lavoro disciplina del rapporto diritto di astenersi dal lavoro usi

Fonte: *Burchell, Deakin e Honey, The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment, 1999.*

Benché gli altri tre criteri siano presi in riferimento e non siano affatto irrilevanti, il criterio centrale nella *common law* è stato fin dalla fine degli anni Settanta il criterio della mutualità delle obbligazioni. Laddove l’esistenza di obblighi reciproci rispetto alla disponibilità del lavoro (nel caso del datore di lavoro) e alla possibilità di accettare il lavoro offerto (nel caso del lavoratore) sia incerta, il rapporto potrebbe essere classificato come lavoro autonomo, o comunque come qualcosa al di fuori dall’ambito del concetto di “subordinazione”. Gli aspetti esclusori del criterio di mutualità colpiscono sfavorevol-

<sup>4</sup> Cfr. in generale Deakin, Morris, *Labour Law*, Butterworths, Londra, 2001, 3<sup>a</sup> ed., 146-168.

<sup>5</sup> Cfr. *O’Kelly v. Trusthouse Forte plc*, 1983, IRLR 396.



mente gli *homeworkers*<sup>6</sup>, i lavoratori interinali<sup>7</sup>, gli *zero-hours' contract workers*<sup>8</sup>, e i lavoratori occasionali<sup>9</sup>.

Inoltre, a causa della modalità con cui operano le norme relative alla continuità del rapporto di lavoro<sup>10</sup>, è talvolta necessario per un individuo stabilire non solo se è stato stipulato un contratto di lavoro subordinato, ma anche che il contratto è rimasto in vigore per un lasso di tempo sufficiente ad acquisire la necessaria continuità giuridica. Benché le norme relative alla continuità abbiano una più diretta applicabilità nelle cause, a seguito dell'abolizione del limite delle otto ore e poi sedici ore a metà degli anni Novanta<sup>11</sup>, resta complesso stabilire la subordinazione tra periodi separati di lavoro. La legge consente solo poche eccezioni per ristretti ed eccezionali periodi di non-occupazione che possono rientrare nella nozioni di continuità; altrimenti il contratto si intende implicito.

Per i lavoratori con contratti a zero ore e per altri che abbiano contratti di lavoro irregolari o interrotti questo è un problema ancor più grande. In *Carmichael v. National Power plc*<sup>12</sup>, la questione era se i ricorrenti, che lavoravano periodicamente come guide turistiche in una centrale elettrica, avessero contratti di lavoro tra le assunzioni *ad hoc*; la Camera dei Lord, reintroducendo l'autorità del tribunale del lavoro, stabilì che non li avevano. Ciò significava che non potevano rivendicare il diritto a ricevere una dichiarazione scritta delle informazioni relative all'impiego da parte del proprio datore di lavoro, per il quale era richiesto un mese di lavoro continuo.

Non è generalmente semplice stabilire quanto le parti coinvolte in un rapporto di lavoro siano libere di stabilire lo *status* del prestatore di lavoro. Da un lato, i giudici hanno spesso affermato di non prendere in considerazione una "etichetta" utilizzata dalle parti. Quindi, se considerazioni differenti (tra quelle precedentemente considerate) puntano chiaramente a definire la condizione di subordinazione del lavoratore, un accordo tra le parti che stabilisca che l'individuo è un lavoratore autonomo non avrà alcun valore legale. La clausola derogatoria potrà valere solo se altri fattori non danno una chiara indicazione in un senso o nell'altro<sup>13</sup>.

La legislazione in materia di clausole derogatorie è peraltro piuttosto rilevante. Ogni accordo secondo cui un individuo rinuncia ai suoi diritti di tutela, ai sensi

---

<sup>6</sup> *Airfix Footwear Ltd v. Cope*, 1978, ICR 1210; *Nethemere (St Neots) Ltd v. Taverna and Gardiner*, 1984, IRLR 240.

<sup>7</sup> *Wickens v. Champion Employment Agency*, 1984, ICR 365; *Ironmonger v. Movefield Ltd*, 1988, IRLR 461; *Pertemps Group plc v. Nixon*, 1 luglio 1993, non riportato, EAT/496/91.

<sup>8</sup> *Clark v. Oxfordshire Health Authority*, 1998, IRLR 125.

<sup>9</sup> *O'Kelly v. Trusthouse Forte plc*, 1983, IRLR 369; *Carmichael v. National Power plc*, 1998, IRLR 301, 2000, IRLR 43.

<sup>10</sup> Per la fonte delle norme che regolano la continuità del lavoro, vedi ERA, 1996, part XIV, cap. 1; e per una discussione sul rapporto tra contratto e continuità, Deakin, Morris, *op. cit.*, 203-208.

<sup>11</sup> Dal 1995/1, vedi in generale Deakin, Morris, *op. cit.*, 193-198.

<sup>12</sup> 2000, IRLR 46.

<sup>13</sup> Cfr. *Cataraman Cruisers Ltd v. Williams*, 1994, IRLR 386.

dell'ERA (1996) o TULRCA (1992), viene invalidato<sup>14</sup>. Si crea una sorta di circolo vizioso sulle motivazioni relative al divieto di apporre clausole derogatorie — la legge anti-rinuncia è effettiva solo se l'individuo è tutelato giuridicamente, ma questo è il vero elemento in discussione quando il giudice deve stabilire la natura del rapporto di lavoro<sup>15</sup>.

Un problema ancor più ostico è dato dal fatto che, nonostante parlino di non tenere in considerazione le definizioni sommarie, i tribunali hanno continuato a sostenere che nulla impedisce alle parti contraenti di accettare *volontariamente* un accordo che, *obiettivamente parlando*, è di lavoro autonomo: “[un] uomo [sic] è senza dubbio libero ai sensi della legge di impegnarsi contrattualmente ad eseguire una determinata prestazione lavorativa per un altro individuo senza per questa ragione rientrare in un contratto di lavoro subordinato. L'ordine pubblico non si esprime in merito”<sup>16</sup>. In teoria, spetta alle parti contraenti, e non alla legge, stabilire il rapporto contrattuale che regola la prestazione di lavoro. In pratica questo significa che la questione sarà stabilita secondo l'approccio di una corte o un tribunale in particolare nell'interpretazione degli accordi contrattuali in questione, senza peraltro tenere in considerazione la propensione dell'ordine pubblico ad assicurare una applicazione lineare e uniforme della tutela giuridica. Questi pochi casi in cui le corti affermano di voler prendere in osservazione il punto di vista dell'ordine pubblico sono legati all'interpretazione delle leggi stesse di tutela — non all'interpretazione di accordi contrattuali “privati”<sup>17</sup>.

**2.1.** Le clausole derogatorie e di esclusione finalizzate a negare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato o, in situazioni dove questa sussistenza non sia in dubbio, a creare ostacoli nell'ottenimento per i dipendenti della continuità lavorativa necessaria per i diritti di protezione, possono avere efficacia laddove i giudici abbiano un determinato approccio nell'interpretazione dei contratti di lavoro. Questo perché i contratti stipulati tra lavoratori e datori di lavoro sono frutto di accordi presi tra le parti e finiscono per essere interpretati alla luce dei normali canoni contrattuali. Che questo sia l'approccio prevalente delle corti si evince dalle numerose decisioni. Non è difficile intuire che molte delle clausole inserite nei contratti standard di lavoro sono state apposte dai datori di lavoro per sviare dall'effettiva sussistenza di subordinazione. È questo il caso, ad esempio, di clausole che consentono al lavoratore il

<sup>14</sup> Cfr. ERA, 1996, s. 203; TULRCA, 1992, s. 288.

<sup>15</sup> Cfr. Deakin, Morris, *op. cit.*, 152-154.

<sup>16</sup> *Calder v. H. Kitson Vickers & Sons (Engineers) Ltd*, 1988, ICR 232, 250 (Ralph Gibson LJ).

<sup>17</sup> Cfr. *Jones v. Tower Boot*, 1997, IRLR 168, 171-172; *Harrods Ltd. v. Remick*, 1997, IRLR 583; *MHC Consulting Ltd. v. Tansell*, 1999, IRLR 677, 679, e in appello, *Abbey Life Assurance Co. v. Tansell*, 2000, IRLR 387, 390. Queste sentenze ai sensi delle leggi contro la discriminazione, sembrano lasciare intendere che la considerazione dei diritti umani sul lavoro sembra essere più nelle intenzioni che non nelle cause in cui i giudici si esprimevano in merito a questioni di diritto alla tutela.

diritto di designare un lavoratore in sua sostituzione qualora assente (che potremmo chiamare “clausola di sostituzione”). Se interpretato alla lettera, ciò equivarrebbe ad una negazione non propriamente dello *status* di subordinazione (poiché verrebbe a mancare la mutualità delle obbligazioni) ma, andando più a fondo, dell’elemento essenziale dell’impegno personale alla prestazione di lavoro che è anche presente nei contratti di lavoro subordinato. Un altro mezzo è quello di stabilire che il datore di lavoro non è vincolato ad alcun obbligo a consentire l’accesso ad un’attività lavorativa né il lavoratore ad accettarlo (potremmo definire questa condizione quale “clausola di non mutualità”). Se, in pratica, emergesse una prova della continuità della prestazione di lavoro, e se il lavoratore in questione non si considerasse libero rispetto ai giorni liberi o in merito alla possibilità di scegliere un sostituto, allora per la corte si chiarirebbe il valore di ripiego della clausola.

Ma in molte sentenze recenti, le corti hanno dato a queste clausole un valore apparente (nominale). Questa tendenza si è palesata a partire da una “clausola di sostituzione” in *Express and Echo Publications Ltd. v. Tanton*<sup>18</sup> ed è continuata con una “clausola di non mutualità” in *Stevedoring & Haulage Services Ltd. v. Fuller*<sup>19</sup>. Il tribunale del lavoro ha, dunque, valutato che si poteva analizzare il lavoro praticamente svolto per stabilire cosa le parti coinvolte avessero concordato in termini contrattuali. Su questa base, ciò implicava un accordo tra le parti che avrebbe soddisfatto il criterio della mutualità. Questo approccio, benché chiaramente eterodosso dal punto di vista della generale strutturazione del contratto di lavoro, ha dei precedenti importanti nel diritto del lavoro<sup>20</sup>. Persino la decisione del tribunale venne ribaltata: l’*Employment Appeal Tribunal* dichiarava che non era possibile tenere in considerazione lo *status* effettivo del rapporto di lavoro laddove l’espressa formulazione contrattuale era chiara. Dietro il criterio della mutualità, dunque, si profila il *consenso*: i giudici prendono in considerazione il fatto che un esplicito accordo, anche uno che sia completamente basato su un modello profferito dal datore di lavoro, rappresenta un *consensus ad idem* tra le parti. Ci sono delle accettazioni più o meno esplicite in questo caso. Nel caso di lavoratori occasionali, i tribunali utilizzano il linguaggio contrattuale della reciprocità per ridare nuova luce al test del *controllo*. Come abbiamo visto, finché il lavoratore non concorda la sua disponibilità a lavorare su base continua, e in senso esteso alle disposizioni del datore di lavoro, il contratto manca della necessaria mutualità delle obbligazioni. Ciò che qui conta non è la reciprocità nello scambio in sé, ma una particolare forma di mutualità secondo la quale il lavoratore cede la propria autonomia al datore di lavoro in merito all’orario e alla collocazione fisica del lavoro in modo da poter essere classificato come lavoratore subordinato.

<sup>18</sup> 1999, IRLR 367; cfr. *McFarlane v. Glasgow City Council*, 2001, IRLR 7, e *Byrne Bros. v. Baird*, 2002, IRLR 96, vedi *infra*, § 2.3.

<sup>19</sup> 2001, IRLR 627.

<sup>20</sup> Cfr. in particolare le sentenze di Browne-Wilkinson J. in *Jones v. Associated Tunnelling Ltd.*, 1981, IRLR 477, e Lord Hoffmann in *Carmichael v. National Power plc*, 2000, IRLR 43.

Nel mondo del lavoro, dunque, la mutualità delle obbligazioni non è investita del suo normale significato del contratto di lavoro. Un contratto di lavoro in cambio di retribuzione non mancherà della mutualità nel senso di promesse di impegno reciproco necessarie in quanto elemento base per la formulazione di un contratto. Tuttavia, se le sentenze in *O'Kelly v. Trusthouse Forte plc*<sup>21</sup> sono da prendersi in considerazione, un tale contratto non sarà un contratto di lavoro subordinato. Il criterio di mutualità delle obbligazioni ha un legame solo apparente con la tradizione del diritto dei contratti. In verità, si tratta di un indice che emerge in un determinato contesto del diritto del lavoro, e le cui funzioni sono quelle di escludere le forme di lavoro occasionale dalla copertura delle tutele giuridiche. Benché possa essere ricondotto alle decisioni del diciannovesimo secolo sull'applicazione del *master and servant law* (definizione successiva rispetto a quella di provenienza)<sup>22</sup>, questo criterio non è citato nelle decisioni significative del ventesimo secolo fino agli ultimi anni Settanta. La sua apparizione è datata in un momento<sup>23</sup> in cui la moderna legislazione lavoristica in materia di protezione dei lavoratori cominciava ad occupare un posto rilevante nella pratica delle relazioni industriali, e la difficoltà di inserire i diritti di tutela nel quadro del lavoro occasionale stava diventando una questione vitale.

Il terzo complesso di presupposti incorporati nel criterio della mutualità è relativo al *rischio*. Le parti contraenti — indipendentemente dal fatto che vi sia un contratto di lavoro subordinato o un contratto di lavoro autonomo — sono intese quali aventi possibilità di stabilire un quadro di responsabilità e tutele, che le vede coinvolte in un processo di scambio. In questo senso, stipulando un contratto di lavoro, il lavoratore subordinato cede la “subordinazione” o l'accettazione del diritto del datore di lavoro di fornirgli direttive per il corretto espletamento della sua mansione in cambio di determinate tutele: in primo luogo una retribuzione regolare che un lavoratore autonomo non avrebbe; e in secondo luogo, una serie di diritti di stabilità del reddito e dell'occupazione continuamente attivi secondo le vigenti disposizioni della legislazione lavoristica. Per contro, un lavoratore assunto con un contratto di lavoro autonomo non può richiedere al datore di lavoro di garantirgli quei diritti, ma può accedere ad un sistema fiscale agevolato e ad un programma pensionistico (nel senso che l'imposta sul reddito è pagata al netto delle spese lavorative e i contributi previdenziali sono pagati ad un tasso inferiore), oltre al fatto di poter decidere autonomamente quando, dove e come lavorare.

La prospettiva del rischio può essere vista sia positivamente che negativamente. Nei primi tempi, i tribunali erano piuttosto scettici dinanzi agli scambi in situazioni di lavoro, in quanto giudicavano inopportuna la perdita implicita di autonomia per i lavoratori che espletavano a propria discrezione la man-

<sup>21</sup> 1983, IRLR 369.

<sup>22</sup> Cfr. Deakin, *The contract of employment: a study in legal evolution*, Historical Studies, in *Industrial Relations*, 2001, 1, 20-21, per una discussione in merito alla giurisprudenza.

<sup>23</sup> Cfr. in particolare *Airfix Footwear Ltd. v. Cope*, 1978, ICR 1210.

sione. Così in *Simpson v. Ebbw Vale Steel, Iron & Coal Co.*, deciso nel 1905, all'alba della moderna legislazione in materia di tutele, dalla Corte d'Appello, che stabilì che il *Workmen's Compensation Act* del 1897 non trovava applicazione nel caso di un dirigente di una miniera di carbone che era rimasto ucciso in un incidente in miniera:

“esso presuppone una posizione di dipendenza; tratta la classe del lavoratore come se fosse nel senso di *inopes consilii*, e il Legislatore fa per loro ciò che essi non possono fare per se stessi: concede loro una sorta di assicurazione statale, dando per assunto che essi non sono sufficientemente intelligenti o non siano sufficientemente nelle possibilità di assicurarsi da se. Questo principio non può essere esteso a coloro che hanno una retribuzione elevata”<sup>24</sup>.

Quasi un secolo dopo, l'*Employment Appeal Tribunal* torna ad affrontare il tema della dipendenza in *Byrne Bros. v. Baird* nel tentativo di stabilire l'applicabilità del *Working Time Regulations* del 1998 che impone dei limiti massimi di ore di lavoro settimanali:

“la ragione per cui si ritiene che i lavoratori abbiano bisogno di tali tutele è che sono in una posizione di subordinazione o dipendenza rispetto ai propri datori di lavoro: lo scopo delle disposizioni è di estendere la protezione ai lavoratori che, sostanzialmente o economicamente, sono in una tale posizione. La distinzione deve essere dunque tra lavoratori il cui grado di dipendenza è sostanzialmente lo stesso dei lavoratori dipendenti, da una parte, e gli autonomi con sufficiente potere contrattuale e una posizione indipendente tale da essere considerati quali aventi capacità di gestire autonomamente questi aspetti dall'altra”<sup>25</sup>.

In *Byrne Bros.*, in contrasto con i precedenti del 1905, la corte del 2002 riprese in considerazione la legislazione precedente ampliandone il campo di applicazione<sup>26</sup>. In questo senso, l'atteggiamento giudiziale verso la legislazione sociale è nettamente mutato nel corso degli ultimi cento anni. Tuttavia le due sentenze hanno un elemento importante in comune: l'idea che sia possibile distinguere in maniera netta le due categorie, da una parte coloro che sono soggetti a regime di coordinamento manageriale in cambio di protezione dai rischi del lavoro, e dall'altro coloro la cui autonomia (in senso personale ed economico) li esclude dalla copertura delle tutele. In questo senso, gli indici attuali dello *status* lavorativo continuano a riflettere la nozione di una distinzione binaria<sup>27</sup> tra lavoro subordinato e lavoro autonomo che è alla base della moderna legislazione sulla protezione del lavoratore, sull'assicurazione sociale e l'imposta sul reddito.

## 2.2 Il malcontento espresso nei riguardi del criterio di mutualità è stato uno

<sup>24</sup> 1905, 1 KB 453, 458 (Collins MR).

<sup>25</sup> 2002, IRLR 96.

<sup>26</sup> La causa puntò sul significato del concetto di “lavoratore”: vedi il successivo paragrafo del testo.

<sup>27</sup> Cfr. Freedland, *The role of the contract of employment in modern labour law*, in Betten (ed.) *The Employment Contract in Transforming Labour Relations*, Kluwer, Deventer, 1995.

dei fattori più significativi nel recente tentativo di estendere il campo di applicazione della legislazione lavoristica attraverso l'uso del concetto di lavoratore. Secondo l'*Employment Rights Act* del 1996, § 230(3), un lavoratore viene definito come “un soggetto che abbia stipulato o che lavori ai termini di (o, laddove il rapporto di lavoro sia terminato, abbia lavorato ai termini di) (a) un contratto di lavoro subordinato, o (b) un altro contratto, sia esplicito che implicito e (laddove sia esplicito) sia in forma scritta che verbale, per mezzo del quale l'individuo si impegna a prestare opera o servizio per l'altra parte contraente del contratto il cui *status* è in base al contratto non quello di un utente o di un cliente dell'attività professionale o commerciale svolta dalla controparte”<sup>28</sup>. Simili definizioni sono state utilizzate nel contesto della recente legislazione sul salario minimo nazionale<sup>29</sup> e sull'organizzazione dell'orario di lavoro<sup>30</sup>.

In *Byrne Bros. v. Baird*<sup>31</sup>, la causa finora principale sulla definizione di “lavoratore”, l'*Employment Appeal Tribunal* (EAT) ha dato un'interpretazione del concetto legislativo influenzata dagli obiettivi programmatici, ritenendo che si intendeva “creare una classe intermedia di lavoratore protetto, che se da un lato non è classificabile come lavoratore subordinato, d'altro canto non può essere visto come un soggetto che esercita un'attività economica commerciale in senso stretto”. Allo stesso tempo, la corte riconosceva che “la dicitura della clausola (b) [vale a dire la definizione estesa di lavoratore] non dà un aiuto effettivo nel definire i criteri per lo svolgimento di un'attività commerciale nel senso inteso dal Regolamento — dato che non possono essere utilizzati gli stessi criteri utilizzati per distinguere il lavoro subordinato da quello autonomo”. L'EAT ha poi fatto la stessa distinzione tra lavoratore e lavoratore autonomo andando oltre l'ambito delle tutele:

“definire tale distinzione in una particolare causa significherà fare riferimento a tutte o alla maggior parte delle considerazioni che sono alla base della distinzione tra contratto di lavoro subordinato e contratto di lavoro autonomo — ma con una linea di confine spostata ulteriormente in favore del lavoratore putativo. Potrebbe, per esempio, essere rilevante valutare il grado di controllo esercitato dal putativo datore di lavoro, l'esclusività dell'impegno e la sua durata, il metodo di pagamento, l'eventuale fornitura delle attrezzature di lavoro e il livello di rischio a cui è sottoposto ecc. L'effetto della clausola (b) è di abbassare il limite, per cui le cause che non sono riuscite a raggiungere la soglia necessaria per aver diritto alle tutele in quanto lavoratori subordinati, potrebbero comunque farlo in qualità di lavoratori parasubordinati”.

Questo è un chiaro riconoscimento del fatto che il criterio per determinare lo *status* del lavoratore parasubordinato potrebbe non essere fondamentale diverso da quello utilizzato per i lavoratori subordinati — se una differenza

---

<sup>28</sup> Cfr. anche TULRCA, 1992, s. 296(1).

<sup>29</sup> *National Minimum Wage Act*, 1998, s. 54.

<sup>30</sup> *Working Time Regulations*, 1998, reg. 2.

<sup>31</sup> 2002, IRLR 96.

esiste è di grado e non di tipo. Il risultato in questa causa, per cui la corte giudicò i ricorrenti quali lavoratori parasubordinati e rifiutò l'argomentazione secondo cui la presenza della clausola di sostituzione nei loro contratti impediva questo risultato, suggerisce che l'introduzione del concetto di parasubordinazione può fare la differenza solo in certi casi. Ma se il *dictum* appena nominato può fare da linea guida, è altamente probabile che gli stessi presupposti di scelta, controllo e rischio che sottendono l'approccio della corte rispetto alla questione della subordinazione continueranno ad essere rilevanti nel mutato contesto legislativo del criterio del "lavoratore".

I lavoratori interinali sono anch'essi al centro di uno specifico intervento legislativo. Secondo la legislazione che regola le agenzie di lavoro e le attività commerciali, essi sono considerati affini ai lavoratori subordinati per ciò che concerne la tassazione e i contributi assicurativi<sup>32</sup>. Tale normativa, comunque, non chiarisce quale dovrebbe essere il loro *status* per altri ambiti, ivi inclusa la protezione. Per la *common law*, la loro posizione contrattuale è considerata unica e cade al di fuori della normale classificazione<sup>33</sup>, ma questo inevitabilmente impedisce che siano subordinati all'agenzia di lavoro o a qualunque altro utilizzatore. L'atteggiamento solito è di considerarli subordinati all'agenzia. Una serie di decisioni, comunque, evidenzia che finché non viene loro garantita la continuità del lavoro presso l'agenzia (cosa improbabile) mancherà per loro la mutualità delle obbligazioni e quindi saranno assunti con un contratto di lavoro autonomo<sup>34</sup>. In rapporto all'utilizzatore, la mera presenza del controllo, nel senso di coordinamento direttivo, non è sufficiente per dar vita ad un contratto di lavoro subordinato, in assenza di evidenti dati aggiuntivi del rapporto contrattuale<sup>35</sup>. Comunque, sia all'utilizzatore che all'agenzia potrebbe essere richiesta la parità di trattamento per i lavoratori interinali per ciò che riguarda la discriminazione in base al sesso, etnia di appartenenza e disabilità<sup>36</sup>. Inoltre, i lavoratori interinali sono stati inseriti nell'ambito della legislazione del minimo salariale e dell'orario di lavoro, imponendo obblighi o all'agenzia o all'utilizzatore a seconda, innanzitutto, di chi dei due abbia il contratto con i lavoratori e, poi, a seconda di chi li attribuisce<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> *Employment Agencies Act*, 1973 e *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations*, 1976, SI 1976/715.

<sup>33</sup> *Construction Industry Training Board v. Labour Force Ltd.*, 1970, 3, All ER 220.

<sup>34</sup> *Wickens v. Champion Employment Agency Ltd.*, 1984, ICR 365; *Ironmonger v. Movefield Ltd.*, 1988, IRLR 461; *Montgomery v. Johnson Underwood*, 2001, ICR 819.

<sup>35</sup> *Hewlett Packard Ltd. v. O'Murphy*, 2002, IRLR 4.

<sup>36</sup> Cfr., nel caso dell'utilizzatore o "principal", *Sex Discrimination Act*, 1976, s. 5, *Race Relations Act*, 1976, s. 7, *Disability Discrimination Act*, 1995, s. 12, e *Abbey Life Assurance Co. Ltd. v. Tansell*, 2000, IRLR 387; per le agenzie, cfr. *Sex Discrimination Act*, 1975, s. 15, *Race Relations Act*, 1976, s. 14, e *Disability Discrimination Act*, 1995, s. 68(1). Non è chiaro se l'utilizzatore deve rispettare il principio di parità di trattamento del lavoratore interinale in considerazione dei lavoratori direttamente impiegati in quella unità produttiva: cfr. *Allonby v. Accrington and Rossendale College*, 2001, IRLR 364.

<sup>37</sup> *National Minimum Wage Act*, 1998, s. 34; *Working Time Regulations*, 1998, reg. 36.

Il problema che si pone per le agenzie è quello della possibilità di scambio della “subordinazione” per la “sicurezza” che viene scardinato dalla forma del rapporto contrattuale: l'utilizzatore è investito della funzione di “coordinamento” mentre una funzione di “rischio” è lasciata all'agenzia. I problemi che possono risultarne rispetto alla distribuzione di responsabilità possono essere superati solo attraverso un intervento legislativo, ma resta un'operazione complessa che non può essere chiarita in precedenza in ogni sua sfaccettatura. In verità, l'atteggiamento legislativo britannico nei confronti delle agenzie di lavoro interinale è piuttosto ambiguo. Non è sufficiente determinare il sistema di tutele che si vuole assicurare attraverso una combinazione di responsabilità indipendenti che siano o dell'agenzia o dell'utilizzatore, o di entrambi come normalmente accade per un singolo datore di lavoro. Un'operazione di questo tipo farebbe da deterrente nell'utilizzo del lavoro interinale in alcuni casi. Comunque, la questione è se è legittimo fare uso delle agenzie sostanzialmente in ragione delle possibilità maggiori che esse offrono, rispetto all'assunzione diretta, per scaricare i rischi sul lavoratore individuale piuttosto che una maggiore flessibilità nell'organizzazione del lavoro.

**3.** Spostiamo l'attenzione verso i risultati empirici. Le finalità principali della ricerca realizzata per il DTI erano di stimare il numero di persone che potrebbero rientrare in un più ampio concetto di “lavoratore” nel diritto del lavoro e identificare le cause che sono alla base dell'incerta applicazione degli attuali criteri per la qualificazione del rapporto di lavoro. Affrontare queste questioni vuol dire far leva su un approccio multi-metodologico, che coinvolge un campione vario e rappresentativo e su studi qualitativi e dettagliati di rapporti di lavoro in un ristretto numero di casi di lavoro flessibile e atipico. La prima parte di dati è stata raccolta da un campione rappresentativo di 4.006 lavoratori britannici, intervistati a gennaio e febbraio 1998. Dopo una scrematura iniziale finalizzata ad escludere coloro che erano chiaramente o lavoratori subordinati o lavoratori autonomi, ai restanti 1.182 sono state sottoposte domande relative alla natura del proprio rapporto di lavoro. Lo scopo era quello di andare oltre il *self reporting method*, metodo di autorappresentazione usato per avere una valutazione del numero di lavoratori subordinati e autonomi nel trimestrale *Labour Force Survey* (LFS). Il LFS fa fede sulle percezioni dei singoli intervistati rispetto al proprio *status*. In pratica, come le cause che vanno in tribunale molto chiaramente dimostrano, la percezione che un individuo ha del proprio rapporto di lavoro potrebbe discostarsi in maniera significativa dal giudizio della corte o del tribunale.

Per superare questo problema, il questionario è stato abbozzato in maniera tale da riprodurre, attraverso specifiche domande, le stesse questioni prese ad esame dal tribunale. Le risposte individuali sono state poi analizzate per verificare quanto gli intervistati potessero essere categorizzati come *indubbi* lavoratori subordinati o autonomi. Gli intervistati venivano definiti come “lavoratori subordinati” quando si autodefinivano tali; percepivano una retribuzione; consideravano il proprio un lavoro stabile; e non avevano contratti di lavoro flessibile (come lavoro occasionale, part-time o a tempo determinato).



Per contro, venivano classificati “lavoratori autonomi” coloro identificati come gestori o soci della propria attività, e/o erano datori di lavoro per altri. Sulla base di questi dati il 64 per cento di tutti gli intervistati sono stati classificati come lavoratori subordinati, e il 5 per cento come lavoratori autonomi. Si confronti con l’86 per cento del campione che percepiva il proprio rapporto di lavoro come subordinato e il 13 per cento come autonomo (un risultato che coincide con quello del LFS dello stesso periodo). Il primo risultato della ricerca, dunque, aveva messo in luce una grande porzione della forza lavoro nazionale, stimato intorno al 30 per cento, che era impiegato secondo condizioni di lavoro che creavano una condizione di indeterminatezza in merito alla qualificazione del rapporto di lavoro.

Il passo successivo è stato quello di cercare di arrivare a quantificare quanti soggetti potessero essere inclusi sotto la voce “lavoratori” nel senso esteso del termine. Per questa ragione, lo studio si è incentrato sul gruppo di soggetti estranei al concetto stesso di “lavoratori”, vale a dire, gli *independent self-employed*. Essi sono stati identificati negli intervistati che avevano lavorato per più di un datore di lavoro nei sei mesi precedenti l’intervista e che avevano “superato” i test sui rischi economici per il lavoro autonomo: in altre parole, potevano subappaltare, non ricevevano una retribuzione, pagavano le tasse sul reddito e i propri contributi assicurativi, e non avevano diritto a ferie o malattia retribuiti. Questo gruppo costituiva l’8 per cento del totale del campione, lasciando un 92 per cento di forza lavoro definibile con il termine generico di “lavoratore”. Ma di questo 92 per cento, molti non erano certi del proprio *status* lavorativo, perché a rotazione “non supererebbero” uno o due dei criteri di qualificazione. Quando questo fattore venne preso in considerazione, la proporzione della forza lavoro totale che poteva essere classificata chiaramente nella categoria di lavoratore scese al solo 80 per cento<sup>38</sup>.

Ciò che emerge dalla fase qualitativa di questo studio è quanto segue: quale che sia il concetto utilizzato, lavoratore subordinato o parasubordinato, la natura dei moderni rapporti di lavoro è tale che ci sarà inevitabilmente un gruppo di individui di incerta classificazione che si posiziona in una “zona grigia” tra lavoro subordinato e lavoro autonomo. Il concetto di parasubordinato come può essere concepito unitamente al criterio di rischio economico può limitare la grandezza della zona grigia ma non eliminarla.

La seconda parte dei dati raccolti è relativa ad un riesame di una piccola percentuale di quella parte del campione intervistato il cui rapporto di lavoro era incerto o ambiguo in modo da approfondire le informazioni e analizzare la scrittura dei loro contratti o i termini e le condizioni di lavoro. Questi studi sono basati sulla combinazione di determinati gruppi di persone con interviste semi-strutturate, che coinvolgevano insieme 36 intervistati. Le interviste sono state somministrate nella primavera-estate del 1998. Ne è risultata la prova

---

<sup>38</sup> Per un calcolo preciso e una spiegazione del metodo d’indagine utilizzato, cfr. Burchell, Deakin, Honey, *op. cit.*, 43-46.

documentale, ivi inclusi i contratti di lavoro e le condizioni di svolgimento previste della prestazione lavorative.

L'analisi completa di tutti i casi di incerta qualificazione del rapporto di lavoro è stata sviluppata in altro contesto<sup>39</sup>. Ciò che segue ora è un'analisi di come i criteri di scelta, controllo e rischio venivano visti dagli intervistati.

**3.2.** I casi che sono stati oggetto di studio offrono un numero copioso di esempi di datori di lavoro che utilizzano contratti di lavoro standard come artificio per inserire condizioni che alterano la condizione di subordinazione. Non di rado capitava di esaminare contratti stipulati tra lavoratori interinali e la loro agenzia di riferimento che citavano al loro interno sia clausole derogatorie che clausole di non mutualità. In uno di questi casi, la clausola derogatoria affermava che:

“Onde evitare dubbi, queste condizioni non danno vita ad un contratto di lavoro subordinato [...] e inoltre [il lavoratore] non gode dei diritti giuridici accordati ai lavoratori subordinati”.

È improbabile che questo rappresenti di per sé una negazione della condizione di subordinazione del lavoratore dal momento che semplicemente rappresenta il punto di vista di una delle parti contraenti rispetto all'accordo legale. La clausola di non mutualità afferma che:

“[Il lavoratore] riconosce che è nella natura stessa del lavoro interinale che ci possano essere periodi in cui non sia disponibile il lavoro e concorda (a) che l'accesso al lavoro dovrebbe essere esclusivamente stabilito da [l'agenzia o l'utilizzatore] e (b) che [l'agenzia o l'utilizzatore] non hanno alcuna responsabilità nei confronti [del lavoratore] qualora non fossero in grado di offrire possibilità di impiego [...]”.

Questi termini hanno maggiori probabilità di escludere la condizione di subordinazione, a condizione che il tribunale ne consideri il valore apparente, e non permetta che al contrario le prove di un impiego regolare vengano prese ad esame.

In un altro caso, si sono riusciti ad avere diversi tipi di contratti stipulati con le agenzie. Tutti questi contratti contenevano clausole che sembravano finalizzate all'esclusione dalla condizione di subordinazione attraverso diversi strumenti. Uno consisteva nel negare che l'accordo costituiva un contratto di lavoro giuridicamente vincolante tra il lavoratore e l'agenzia o, in suo luogo, l'utilizzatore (al contrario si affermava che l'accordo era un contratto di lavoro autonomo); un altro consisteva nell'affermare che al lavoratore non doveva essere assegnata alcuna mansione specifica; l'agenzia doveva trovare una mansione per il lavoratore (punto relativo alla mutualità delle obbligazioni). Simili tecniche sono riscontrabili nella documentazione contrattuale analizzata dall'*Employment Appeal Tribunal* nella causa *Pertemps*<sup>40</sup>. In quella causa,

<sup>39</sup> Burchell, Deakin, Honey, *op. cit.*, cap. 5 e 6.

<sup>40</sup> Non riportato, 1 luglio 1993, *Appeal No.* EAT/496/91.

l'EAT considerava i termini del contratto quali indicatori importanti del fatto che il lavoratore interinale in questione non fosse un lavoratore subordinato. La documentazione contrattuale dei lavoratori interinali indicava anche che una volta accettata una determinata mansione da parte del lavoratore, questo ultimo era sottoposto ad una serie di obblighi come, per esempio, collaborare con il gruppo di lavoro dell'utilizzatore e seguire le regole di lavoro dell'utilizzatore. Ci sono dei *dicta* che suggeriscono che di esplicitare tali obblighi potrebbe rendere evidente che il rapporto di lavoro con le agenzie interinali non sia basato su un contratto di lavoro subordinato, per il motivo stesso che tali obblighi sono normalmente impliciti a tali contratti; se il lavoratore fosse davvero subordinato, si potrebbe argomentare, non ci sarebbe bisogno di specificarli<sup>41</sup>. Un punto di vista diverso è dato dal fatto che nulla vieta ad un datore di lavoro (o chi per lui) di rendere esplicito ciò che altrimenti sarebbe implicito. Su questi presupposti si potrebbe dire che specificare gli obblighi di obbedienza e protezione non aiuta a definire la questione del rapporto di lavoro nell'altro senso<sup>42</sup>. Nell'attuale stato di confusione dal punto di vista giuridico, comunque, non stupisce che i datori di lavoro tentino di trarre vantaggio dai *dicta* giudiziali che portano a stabilire che il lavoratore è autonomo.

In un altro caso, l'intervistato lavorava come un redattore *freelance* per una casa editrice. Ai sensi di un contratto molto dettagliato stipulato dalla casa editrice, emergeva una chiara distinzione tra i *freelance* e i lavoratori subordinati: la documentazione faceva riferimento all'importanza di tale distinzione a seguito di un accordo con la *Inland Revenue* e la *Contributions Agency* in merito alla fiscalità e ai contributi assicurativi. La documentazione specificava che l'intento del datore di lavoro era di chiarire la differenza tra *freelance* e lavoratore subordinato in maniera tale da evidenziare cosa rendeva il lavoro di *freelance* attraente per entrambe le parti e specificava le ragioni per cui l'intervistato non era in condizione di subordinazione: in quanto *freelance*, il soggetto non avrebbe lavorato presso gli uffici del datore di lavoro; il lavoro era gestito in proprio, all'interno di un accordo in merito ai tempi di realizzazione; il rapporto contrattuale aveva inizio con lo svolgimento dell'attività pattuita e terminava quando il datore di lavoro effettuava il pagamento a lavoro completato; questi, inoltre, non aveva un'e-mail aziendale, un recapito di telefono né un ufficio adibito presso la struttura del datore di lavoro; veniva retribuito solo sulla base della presentazione di una fattura per il lavoro svolto. Il resoconto dell'intervistato in questione in merito al proprio rapporto di lavoro mette in evidenza un elemento di incertezza rispetto alle conseguenze che ne sono scaturite. Se le si chiedeva se il datore di lavoro aveva il dovere di procacciarle il lavoro, lei rispondeva "assolutamente", mostrando che percepiva la propria posizione secondo quello che un avvocato chiamerebbe "mu-

<sup>41</sup> Così si espresse l'EAT nella causa *Pertemps, ibidem*.

<sup>42</sup> Questo fu l'approccio della Corte d'Appello in *McMeechan v. Secretary of State for Employment*, 1997, IRLR 353.

tualità delle obbligazioni”. Aveva anche affermato nell’intervista iniziale, che poteva se necessario assumere altre persone che lavorassero con lei, cosa che andrebbe in favore del suo essere un lavoratore autonomo.

In linea generale, questi casi evidenziano che i datori di lavoro fanno spesso uso di modelli contrattuali standardizzati realizzati tenendo conto in teoria della giurisprudenza relativa al lavoro dipendente. Questi documenti sono intesi come aventi un valore protettivo per i datori di lavoro che si fanno scudo rispetto alla responsabilità giuridica fornendo la prova diversa che non esiste un rapporto di subordinazione. Questo tipo di documentazione è anche un segno evidente per i lavoratori del loro essere autonomi. Ciò che è contenuto in questi documenti potrebbe dire poco su come si traduce in pratica un rapporto di lavoro; anzi potrebbero essere in contraddizione con esso. È molto differente il modo di valutare questi contratti dei datori di lavoro o dei lavoratori rispetto ai tribunali, in particolare per quanto riguarda il loro essere espressione contrattuale dell’incontro tra due volontà.

**3.3.** Lo spartiacque giuridico tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è basato sull’assunto che i lavoratori subordinati sono soggetti ad un determinato grado di coordinamento o controllo direttivo a cui il lavoratore autonomo non è sottoposto. Tuttavia, la casistica mostra che, in pratica, la percezione che si ha del controllo e della responsabilità è molto più complessa di quanto la semplice distinzione binaria tra subordinazione e autonomia implichi. I lavoratori autonomi che hanno partecipato alle interviste hanno commentato che ricevevano forti pressioni per accettare il lavoro da particolari clienti o che dovevano lavorare con tempi di scadenza molto ristretti. Allo stesso modo, gli intervistati con contratti a zero ore ovvero contratti a chiamata si vedevano obbligati a rispondere alle richieste del datore di lavoro, benché i loro contratti evidenziassero la possibilità di non accettare i lavori eventualmente offerti. Un *freelance* che non aveva un impegno formale verso un cliente fisso e che non aveva alcuna garanzia contrattuale di continuità commentava che in pratica era molto difficile non accettare il lavoro offerto:

*“Quindi ciò che sta sostanzialmente dicendo è che è libero di decidere quando lavorare e per chi o che è solo libero di decidere quando lavorare? Bene, sono libero poiché sono libero — per dirla tutta, non lo sono — di decidere quando lavorare ma non per chi per il momento, perché devo prendere quello che posso. Prendo sempre il lavoro che posso. Ecco perché non sono libero di decidere per chi lavorare”.*

A loro volta, orari di lavoro prolungati o orari impossibili erano problemi sia dei lavoratori, subordinati che degli autonomi. Per alcuni subordinati, ivi inclusi i profili manageriali e professionali, l’orario di lavoro era considerato flessibile ma solo a favore del datore di lavoro. Una *charity manager* affermava che mentre l’orario settimanale era fissato per contratto a 37 ore, lei lavorava normalmente per 60 ore a settimana, con inevitabili conseguenze sul suo stato di salute:

*“Sì, le 37 ore erano teoriche e flessibili. Se lavoravo la sera o durante il fine settimana, in teoria avevo tempo libero in sostituzione. Una delle ragioni per*

cui ora non sto bene è che l'ho fatto per oltre due anni e ho visto molta gente in questo settore decisamente stressata e ammalarsi nel tentativo di sviluppare il lavoro con risorse limitate tanto da finire per lavorare per un numero spropositato di ore”.

Alcuni lavoratori interinali ritenevano che il loro rapporto di lavoro fosse flessibile e tale da avere la possibilità di rifiutare il lavoro offerto. Comunque si sono presentati casi di intervistati che hanno lavorato per un lasso di tempo piuttosto lungo a fianco dei lavoratori dipendenti e facendo praticamente lo stesso lavoro. In questo caso, non avrebbe senso che l'agenzia esercitasse un maggior controllo sul lavoratore rispetto alle sue prestazioni lavorative:

*“Ritieni di essere il datore di lavoro di te stesso, così da poter decidere se vuoi stare con loro o no? No, non direi datore di lavoro di me stesso perché sai che lavori per un'impresa — o un'altra agenzia. Vorresti avere un lavoro in un'impresa o sei abbastanza soddisfatto di lavorare per un'agenzia? Preferirei un lavoro stabile, sí, se [il cliente] mi proponesse un lavoro a tempo indeterminato, accetterei. Quali vantaggi trarresti? Ci sarebbe un ambiente più stabile e un regime pensionistico e i vantaggi che ci sono a lavorare con un'impresa [...]”.*

In breve, la percezione comune a questi intervistati è che anche alla luce del lavoro parasubordinato, il potere di controllo sui tempi e le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, conferito al datore di lavoro o all'utilizzatore, non teneva conto del rapporto di lavoro così come espresso in forma giuridica.

**3.4.** Abbiamo visto come l'approccio dei giudici sia basato sull'assunto che gli individui scambiano la sicurezza con l'autonomia e la flessibilità quando optano per forme di lavoro atipiche o lavoro autonomo in luogo di un lavoro subordinato. Questo ha trovato delle eco nei commenti fatti da alcuni intervistati. Alcuni si identificavano esplicitamente con l'idea di uno scambio tra stabilità e sicurezza della condizione di subordinazione, da un lato, e una maggiore autonomia del lavoro autonomo, dall'altro. I lavoratori *freelance* e gli autonomi contrapponevano al controllo al quale si erano dovuti sottomettere quando erano subordinati, una maggiore libertà ma anche una maggiore responsabilità derivante dall'essere lavoratori autonomi:

*“I vantaggi dell'essere lavoratori subordinati sono ovvi nella misura in cui si percepisce una retribuzione regolare. Benché abbia sempre avuto delle posizioni di rilievo, c'era sempre qualcuno a cui, volendo, potevo scaricare responsabilità. Vi erano dunque dei vantaggi in questo. Sono stato licenziato per esubero quando l'impresa fallì [...] non avevo alcun controllo su quello che stava accadendo e questo non mi piace. Preferisco poter avere il controllo della situazione e il vantaggio dell'essere autonomi consiste in questo, nel controllo. Certamente ho lavorato per grandi e piccole imprese” (assistente all'infanzia).*  
*“L'unico aspetto positivo del lavoro subordinato è che non hai alcuno stress, cominci a lavorare alle 8.30 e finisci alle 17.30 — e non devi preoccuparti di quello che potrebbe accadere la notte. Qui tendo a pensare 'Allora chi ha le chiavi per il prossimo posto', dal momento che tendiamo a darci il cambio, e*

oggi mi sono preoccupata per il fatto che [una dipendente] era molto silenziosa questa mattina e pensavo di averla offesa” (operatore dei servizi sanitari).

La contropartita dell’essere lavoratori autonomi era, secondo il punto di vista di un intervistato, “essere poveri” ma tra i vantaggi era compreso il fatto di “poter lavorare quanto vuoi, di sapere che la gente non si preoccupa di quello che stai facendo in un determinato momento quando passa davanti alla tua scrivania”.

I lavoratori *freelance* sembravano valutare l’autonomia di decidere le modalità di lavoro secondo le proprie necessità:

“Ho sviluppato un modo di lavorare che mi piace, dopo una cinquantina di contratti. Non mi è stato affidato un coordinamento, ma questo non ha rappresentato un problema. Decido il modo migliore di lavorare e interagisco con l’ufficio. Non devo neanche parlare direttamente con loro [i clienti]. Loro mi consegnano il prodotto che io restituisco al termine del mio lavoro, sperando che sia come loro si aspettano, e questo è tutto” (redattore *freelance*).

“Mi piace essere datore di lavoro di me stesso. Per certi aspetti, tu gestisci le tue ore perché se ti chiedono di cominciare a lavorare alle sei di mattina, nel caso di infermieri o di lavori a turni, puoi sempre non accettare perché non lavori in quegli orari. Mi piace stare a casa d’estate. Mi piace poter decidere, sostanzialmente” (assistente all’infanzia).

Allo stesso tempo, i casi in questione rivelano che la scelta è condizionata da fattori come la necessità di combinare impegni familiari; il costo della riqualificazione a seguito del tempo dedicato per il lavoro a tempo pieno; il tempo e la complessità che deriva dall’avviare un’attività commerciale; la discriminazione verso i lavoratori più anziani; la mancanza di lavoro regolare. La necessità di conciliare le ore di lavoro con l’assistenza ai figli è stato uno dei motivi per cui hanno intrapreso questo lavoro:

“Prima avevo un buon lavoro! Ho cominciato questo quando ho avuto i miei figli e, sai, è difficile quando hai dei figli. Non volevo affidarli ad una babysitter così ho preso un altro bambino in casa e quando i tuoi figli sono a scuola, hai bisogno di un lavoro che ti permetta di stare in casa durante le vacanze scolastiche”.

La discriminazione per età è tra gli altri fattori che incidono nel reimpiego a tempo pieno dopo la maternità. La difficoltà di ottenere un lavoro regolare rende l’agenzia particolarmente attraente per soggetti in queste condizioni.

“Inizialmente speravo di trovare un altro lavoro stabile, o a tempo pieno o a tempo parziale, ma sapevo che l’età era una discriminante. Penso che le pari opportunità lo siano solo di nome... quando si tratta di età, disabilità. Sì, ti chiamano per un colloquio per il principio di pari opportunità. Ma sai bene che non puoi ottenere quel lavoro. Così adesso sono soddisfatta per il modo di lavorare e di gestire la mia vita e, ovviamente, per la retribuzione” (lavoratrice interinale).

Questa donna intervistata aveva quasi 60 anni ed era tornata al lavoro dopo una pausa di quasi 20 anni in cui ha cresciuto i suoi figli. Era anche riconosciuta come disabile.

Inoltre, molti degli intervistati consideravano il lavoro a termine come inferiore

a quello stabile. In alcuni casi, i lavoratori interinali e quelli con contratto a tempo determinato accettano questo tipo di lavoro perché per loro non sono disponibili forme stabili di occupazione. Un intervistato era stato licenziato dal suo datore di lavoro e reimpiegato come lavoratore autonomo. Una volta che si è presentata questa situazione, il lavoratore in questione si è messo in proprio con l'attività pur non avendola prima presa in considerazione.

Inoltre, considerando gli intervistati, non vi era una netta divisione tra le percezioni dei lavoratori dipendenti, che dovrebbero percepire una certa sicurezza dal proprio lavoro, e quelle dei lavoratori autonomi, che accetterebbero un certo grado di incertezza in cambio di un maggiore guadagno in termini economici. Molti lavoratori percepivano il proprio lavoro come avente un'instabilità insita nella sua natura, instabilità che non era sotto il loro controllo. Questo era particolarmente evidente tra i lavoratori con contratto a tempo determinato. Il manager di un ente di beneficenza commentava "lo stato di ansia e insicurezza che deriva dal lavoro. Devo dire che nel settore commerciale questo è un dato di fatto, se non vendi sul mercato quello che fai non puoi sopravvivere [...] dobbiamo vendere la nostra professionalità per avere autonomia economica e se non riusciamo a farlo al meglio, allora non siamo in grado di andare avanti".

Un medico impiegato in un ospedale con un contratto a tempo determinato come parte della sua formazione faceva riferimento ad una crescente mancanza di sicurezza del lavoro:

"La professione medica è sempre caratterizzata da un alto livello di sicurezza del lavoro, ma ritengo che le cose stiano cambiando e le realtà del mercato stanno facendo strada".

Questo intervistato aveva stipulato un contratto di tre anni, a proposito del quale aveva detto:

"Ti offre un po' di stabilità, ma anche tre anni non sono un periodo di tempo così lungo. Potrei anche non essere in grado di trovare un lavoro. Non accade sovente, ma accade".

Un ulteriore problema connesso ai contratti a tempo determinato era la mancanza di chiarezza in merito alla posizione giuridica<sup>43</sup>. Un impiegato del settore pubblico ci aveva detto:

"Ne ero un po' preoccupato ma non ne parlai, perché non sapevo se il mio capo di allora sapesse o meno del vincolo dei due anni e speravo mi tenesse lì più a lungo, quindi non lo dico! Ma lui lo sapeva, certo che lo sapeva, perché vidi un appunto in cui chiedeva all'amministrazione quando sarebbe stato il secondo anniversario [di X]".

I lavoratori interinali erano ugualmente preoccupati dell'insicurezza e delle

---

<sup>43</sup> Al tempo dell'indagine, un lavoratore impiegato con contratto a tempo determinato poteva legittimamente rinunciare al suo diritto di ricorso in caso di licenziamento senza giusta causa o indennità di licenziamento al momento della scadenza del contratto (ERA, 1996, s. 197); inoltre, un lavoratore, con o senza un contratto a tempo determinato, non poteva acquisire la generale protezione contro i licenziamenti senza giusta causa, o il diritto alla cassa integrazione, finché non aveva acquisito due anni di lavoro continuato.

difficoltà nel lavorare a fianco del personale permanente retribuito più di loro: “Queste persone — intendo coloro a cui non piacciono i lavoratori interinali — hanno anche spiegato perché?” “Io penso che sia solo perché si sentono innanzitutto minacciati perché si trovano a fare affiancamento a persone che imparano a fare quello che fanno loro e, dato che è nella natura umana, si trovano a pensare — Sto facendo formazione a persone che hanno una retribuzione inferiore alla mia, quindi mi licenzieranno — hanno avuto problemi di esubero, ma i licenziamenti sono stati solo su base volontaria, chi voleva andar via andava, gli altri sono ancora lì. Ed io penso che, da quando sono lì, i loro timori sono andati scemando”.

Per alcuni interinali il rapporto difficile con lo staff permanente era stemperato da sentimenti del tipo “se non facessi questo, percepirei il sussidio per disoccupazione”. Anche in questo caso, c’era la possibilità che il rapporto di lavoro terminasse con un preavviso di breve durata; lo stesso intervistato descriveva come:

“Un lunedì mattina stavamo lavorando e appena arrivammo trovammo due responsabili dell’agenzia con un elenco di chi entrava [...] fermavano letteralmente le persone all’ingresso e li mandavano via e credo che si siano liberati di circa 150 persone quella mattina”.

Gli intervistati di entrambe le categorie subordinati/autonomi hanno espresso preoccupazione per la salute e la sicurezza. Un lavoratore interinale ha raccontato di aver avuto difficoltà nell’ottenere un risarcimento per un infortunio sul lavoro di cui né l’agenzia né l’utilizzatore volevano assumersi la responsabilità. Un lavoratore edile autonomo affermava in merito agli alti rischi di sicurezza e salute che affrontavano gli appaltatori nei cantieri edili:

“Molte aziende ora lo fanno. Montano dei ponteggi per il lavoro di muratura o per coloro che si occupano della costruzione del tetto e tu magari dopo hai necessità di utilizzare quel ponteggio per montare una finestra, non appena hanno terminato il tetto... dal momento che hanno sistemato il ponteggio per gli addetti ai tetti, mettono un cartello che dice “non utilizzare per altre mansioni”. Così in caso di infortunio per caduta dal ponteggio stesso loro sono sollevati da responsabilità di risarcimento. Cosa che accade sovente oggi”.

Una gran parte degli intervistati associava il proprio impiego all’assenza di una sicurezza economica di lunga durata. Molti lavoratori interinali, occasionali, con contratto a zero ore, con contratto a tempo determinato e autonomi del settore edile non avevano accesso a regimi pensionistici né avevano provveduto privatamente. Il rovescio della medaglia dell’essere subordinati, comunque, non era solo un segno di mancanza di flessibilità in merito all’organizzazione del lavoro, ma anche la mancanza di indennità integrativa:

“Come lavoratore subordinato, tu hai un tempo fisso stabilito e sei vincolato a quel lavoro e onestamente i datori di lavoro ne approfittano perché sanno di poter trovare qualcun altro che faccia il tuo stesso lavoro. Così non si preoccupano del lavoratore come dovrebbero perché sanno che c’è sempre qualcun altro che lo sostituisce ed è questa la ragione per cui sto per conto mio. Venivo sempre sospeso durante il periodo natalizio” (lavoratore autonomo edile).

Riassumendo, i dati qualitativi offrono un quadro chiaro delle motivazioni



individuali che spingono alla scelta di particolari forme di lavoro e la percezione che si ha della flessibilità e dell'autonomia, da una parte, e dell'insicurezza e del rischio, dall'altra. Alcuni intervistati vedevano i vantaggi e gli svantaggi di determinate forme di lavoro in termini di scambio tra flessibilità e sicurezza, affermando che avevano esercitato un potere di scelta nel ponderare quale forma di lavoro adottare. In numerosi casi, comunque, la scelta di lavori atipici era vista come il prodotto di pressioni esterne, tra cui le più importanti erano gli impegni familiari, costi di riqualificazione professionale, discriminazione dovuta all'età o alla disabilità, la mancanza di disponibilità di lavoro alternativo. In particolare, per coloro che avevano obblighi familiari era una necessità trovare un lavoro che fosse in grado di conciliare gli impegni domestici. Coloro i quali erano in cerca di lavoro dopo periodi di disoccupazione o di impegni familiari sceglievano forme di lavoro atipiche a causa dei costi di riqualificazione professionale, necessaria per accedere a forme stabili di occupazione. Vi era la sensazione che fosse più facile per un lavoratore più anziano trovare lavoro con un'agenzia di somministrazione di lavoro temporaneo, piuttosto che con un datore di lavoro in cerca di un lavoratore in grado di impegnarsi per periodi di lunga durata.

Benché molti dei soggetti intervistati identificassero particolari vantaggi e svantaggi a seconda delle forme di lavoro che li vedeva occupati, c'era una confusa idea di base rispetto alla divisione tra forme di lavoro tradizionale e atipiche, e tra subordinazione e autonomia.

Dunque il lavoro autonomo poteva essere considerato restrittivo dell'autonomia del lavoratore a causa dei lunghi ed estenuanti orari di lavoro, necessari per portare a termine l'incarico in tempi contenuti e mantenere un buon livello di credibilità con i clienti. I lavoratori parasubordinati al contrario lamentavano una crescente instabilità e condizione di stress dovuto all'incertezza del proprio lavoro.

Sia i lavoratori dipendenti che gli autonomi soffrono in modi differenti dell'instabilità economica. I lavoratori interinali e gli autonomi spesso non hanno accesso ai regimi pensionistici, e questo è un problema anche per i lavoratori con contratto a tempo determinato o a cottimo. Molti dei rischi sociali ed economici sui quali interviene la legislazione lavoristica sono stati percepiti come problemi comuni sia del lavoro subordinato che di quello autonomo; questi includono bassi livelli retributivi, insicurezza del lavoro, mancanza di tutele per la salute e la sicurezza e mancanza di sicurezza economica a lungo termine.

**4.** L'esperienza del lavoro atipico mette in evidenza il fatto che una distinzione giuridica tra lavoro subordinato e lavoro autonomo non corrisponde ad una percezione sociale di una chiara e netta divisione binaria tra queste diverse forme di lavoro. Nel contesto di queste forme di lavoro parasubordinato, dunque, le nozioni di scelta, controllo e rischio che sottendono l'approccio dei giudici non sono in sintonia con la visione che si ha del rapporto nei luoghi di lavoro. Questo non equivale a dire che l'approccio delle corti non è legittimo. Gli indici utilizzati dai tribunali sono il risultato di un lungo processo di

emersione che è ampiamente interno alla dottrina giuridica<sup>44</sup>. Ma comunque lascia trasparire il fatto che il diritto del lavoro, a livello sia economico che sociale, sta operando in maniera disfunzionale.

Una possibile soluzione, che il legislatore ha adottato negli ultimi anni, consiste, come abbiamo visto, nel modificare i criteri definitori di base per il lavoro dipendente, sostituendo il termine *worker* con *employee*. Bisognerà vedere poi se questo avrà dei riscontri positivi; al momento non ci sono abbastanza sentenze in merito. Esiste il pericolo che gli stessi presupposti che plasmano le attitudini giudiziali rispetto al contratto di lavoro subordinato non faranno altro che riemergere sotto nuova veste. Ci saranno così alcuni rapporti di lavoro che i giudici saranno riluttanti ad interpretare come all'origine di uno *status* di protezione, qualunque sia il modo in cui quello *status* è chiamato. Se, invece, i tribunali fossero pronti ad utilizzare il criterio della realtà economica per modellare il concetto di lavoratore, l'evidenza empirica che emerge dai dati quantitativi dello studio del DTI indicherebbe che una parte significativamente minore di coloro che si giudicano subordinati sarebbero incerti rispetto alla classificazione giuridica del proprio impiego. Questo segnerebbe un cambiamento importante.

L'ostacolo più grande per conformare l'interpretazione dei tribunali dei contratti di lavoro con quelli delle parti stesse è dato dalla rigidità e artificiosità del criterio della mutualità delle parti. In queste circostanze, la progressiva funzionalità del diritto del lavoro dipende da un diverso approccio delle corti rispetto all'interpretazione dei contratti e degli accordi contrattuali. Un primo passo (ma solo il primo) sarebbe di smettere di valutare i contratti standard di lavoro per il loro valore nominale, considerando la possibilità di applicarne la stessa analisi scettica che viene applicata ad accordi simili nella protezione del consumatore. Le corti non possono applicare direttamente ai contratti di lavoro subordinato le clausole delle *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations*, 1999, né sembra che l'*Unfair Contract Terms Act*, 1977, possa essere di largo utilizzo nella sfera del lavoro<sup>45</sup>. Ma spetta ai tribunali del lavoro, in quanto inerenti l'interpretazione dei contratti, prendere in considerazione la prassi come elemento guida per interpretare i termini dei contratti. Sorprende che non lo facciano, ancor più alla luce dei recenti *dicta* della Camera de Lord che incoraggiano questa linea<sup>46</sup>.

Alcuni cambiamenti legislativi potrebbero essere da supporto ai tribunali del lavoro arrivando ad un approccio più effettivo nell'interpretazione. Nel rapporto tra lavoratore subordinato e datore di lavoro, l'effetto del provvedimento sul documento di lavoro nell'*Employment Rights Act*, S. 1, del 1996, è che la documentazione rilasciata dal datore di lavoro non è valutata come unico documento contrattuale; è solo il punto di vista del datore di lavoro dei termini

<sup>44</sup> Cfr. Deakin, *op. cit.*

<sup>45</sup> Per una discussione della limitata applicabilità della legge del 1977 in questo contesto seguendo la sentenza High Court in *Brigden v. American Express Bank Ltd.*, 2000, IRLR 94, cfr. Deakin, Morris, *op. cit.*, 269.

<sup>46</sup> Nella sentenza di Lord Hoffmann in *Carmichael v. National Power plc*, 2000, IRLR 43.

contrattuali, e può essere in contraddizione con altre fonti contrattuali, come i contratti collettivi e consuetudine e prassi<sup>47</sup>. Questa S. 1 è l'equivalente in termini funzionali, nel diritto del lavoro, del principio, nel diritto di tutela del consumatore, del contratto giudiziale degli accordi standard.

La S. 1, comunque, non ha efficacia se il documento in questione è interpretato in maniera tale da dar vita a un rapporto di lavoro autonomo. Non ha senso lasciare intervenire i tribunali quando la natura del rapporto di lavoro è stata stabilita, ma bisognerebbe dare al datore di lavoro più o meno libertà di determinare lo *status* giuridico del rapporto di lavoro in primo luogo. Pertanto vi sono buoni motivi per estendere il potere delle corti ad esaminare e revisionare i contratti di lavoro standard in modo da comprendere un controllo dei documenti che pretendono, direttamente o indirettamente, di stabilire lo *status* di lavoratore dipendente.

---

<sup>47</sup> *System Floors (UK) Ltd. v. Daniel*, 1982, ICR 54; *Robertson v. British Gas Corp.*, 1983, ICR 351; Deakin, Morris, *op. cit.*, 256-258.

## Lavoratore subordinato o lavoratore autonomo? Una ricognizione della rilevanza giuridica della distinzione in Canada.

Judy Fudge, Eric Tucker, Leah F. Vosko

*Sommario:* **1.** Introduzione. — **2.** L'ambito di applicazione del diritto e della normativa in materia di rapporto di lavoro subordinato: *common law*. — **2.1.** Quebec *civil law*. — **2.2.** La normativa in materia di contrattazione collettiva. — **2.3.** La normativa in materia di tutela del lavoro subordinato (*Employment Standards Legislation*). — **2.4.** Diritti umani e provvedimenti di parità. — **2.5.** Normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro. — **2.6.** La tutela in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali (*Workers' Compensation Legislation*). — **2.7.** Programmi pensione in Canada e in Quebec (*Canada and Quebec Pension Plan*). — **2.8.** Assicurazione contro la disoccupazione (*Employment Insurance*). — **2.9.** Disciplina delle imposte sul reddito. — **3.** Conclusione: abolire la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi.

**1.** La nozione di rapporto di subordinato è un concetto legale essenziale per la determinazione del livello di tutela apprestato dall'ordinamento, per il riconoscimento del ruolo sociale e per l'individuazione delle forme di garanzia economica relative alle diverse tipologie di lavoro. La definizione legale del termine « lavoratore subordinato » (*employee*) determina l'ambito di applicazione soggettivo della tutela in materia di lavoro; esso individua i confini fra la « area economica nella quale ci si aspetta che gli imprenditori competano » e la « area economica in cui i lavoratori saranno garantiti con le tutele abbastanza consolidate garantite dalla disciplina in materia di tutela del lavoro subordinato (*labour standards*) ... e dal *common law* »<sup>1</sup>. Le persone che lavorano per un corrispettivo, ma come lavoratori autonomi, sono trattate per la maggior parte dei profili giuridici come imprenditori, i quali, diversamente dai lavoratori subordinati, non necessitano della tutela garantita dall'ordinamento in materia di lavoro. Non solo. I lavoratori autonomi (*independent contractors*) sono

---

\* Judy Fudge è professore alla Osgoode Hall Law School, York University.

Eric Tucker è professore alla Osgoode Hall Law School, York University.

Leah F. Vosko è Canada Research Chair, School of Social Sciences, Joseph E. Atkinson Faculty of Liberal and Professional Studies, York University.

Traduzione a cura di Chiara Bizzarro.

Il testo originale con il titolo *Employee or Independent Contractor? Charting the legal significance of the distinction in Canada* è stato pubblicato nel *Canada Labour and Employment Law Journal*, 2003, n. 10, 193.

<sup>1</sup> England, I. Christie, M. Christie, *Employment law in Canada*, Butterworths, Markham, Ontario, 1998, terza ed., vol. I, 21.

soggetti alle stringenti regole della concorrenza sul mercato nonché ai principi e all'intero sistema giuridico che regola il diritto commerciale. I lavoratori che agiscono in giudizio per ottenere un termine di preavviso ragionevole, l'applicazione dei minimi retributivi, il diritto di rifiutarsi di svolgere la prestazione in assenza delle necessarie garanzie di sicurezza, il periodo di ferie obbligatorio o il congedo di maternità devono, al fine di poter godere di questi diritti previsti per legge, fornire al giudice piena prova di essere lavoratori subordinati. La qualificazione come lavoratore subordinato costituisce inoltre, nella stragrande maggioranza dei casi, un requisito indispensabile per l'applicazione della disciplina relativa alla contrattazione collettiva. Inoltre è essenziale per l'applicazione di una serie di altre tutele previste nella nostra società, dalla assicurazione contro la disoccupazione alla previdenza pubblica e privata. Infine, tenendo conto del nostro sistema di riscossione delle imposte sulla retribuzione, nonché del sistema di tassazione dei redditi alla fonte, il rapporto di lavoro subordinato costituisce anche un'importante voce del gettito dello stato.

La definizione legale o i diversi criteri di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato sono stati per lungo tempo al centro dell'attenzione della dottrina. Come ogni concetto giuridico, la nozione di rapporto di lavoro subordinato è generica; le sue origini storiche sono intricate e variano notevolmente la stessa organizzazione del lavoro e le forme legali che esso assume. Sin dagli anni Cinquanta autorevoli studiosi di diritto del lavoro hanno concluso che il *common law* inglese non ha elaborato un concetto unificato di lavoro subordinato o un metodo univoco per distinguere fra lavoratori subordinati e autonomi <sup>2</sup>.

Negli anni Novanta la definizione giuridica di lavoro subordinato ha iniziato a riscuotere una grande attenzione sia a livello internazionale che in Canada. La mutevole natura dei rapporti di lavoro ha sottoposto ad una notevole pressione le tradizionali tecniche giuridiche di qualificazione. Le imprese tentano di scaricare il rischio dell'attività produttiva e del rapporto di lavoro subordinato sui lavoratori, ricostruendo le relazioni lavorative come accordi commerciali piuttosto che come rapporti di lavoro <sup>3</sup>. Conseguentemente, la distinzione giuridica fra lavoratori subordinati ed autonomi risulta ora persino più difficile da ricostruire rispetto a quanto non fosse precedentemente.

La considerevole crescita del lavoro autonomo a partire dai primi anni Ottanta mette in dubbio i modelli tradizionali di funzionamento dei mercati del lavoro nel sistema capitalistico, le teorie sull'impresa, le ricostruzioni sulla natura del

---

<sup>2</sup> Kahn-Freund, *Servants and Independent Contractors*, in *Mod. L. Rev.*, 1951, 504; Rideout, *The Contract of Employment*, in *Curr. Legal Probs.*, 1966, 111; Wedderburn, *The Worker and the Law*, Penguin, Harmondsworth, 1986, terza ed.

<sup>3</sup> Beck, *The Brave New World of Work*, Policy Press, Cambridge, 2000; Chaykowski, Gunderson, *The Implication of Globalization for Labour and Labour Markets*, in Chaykowski (ed.), *Globalization and the Canadian Economy: the Implications for Labour Markets, Society and the State*, School of Policy Studies, Queen's University, Kingston, Ontario, 2001, 79; Collins, *Regulating the Employment Relationship for Competitiveness*, in *Indus. L. J.*, 2001, 17.

lavoro autonomo, la capacità rappresentativa delle statistiche ufficiali relative al lavoro autonomo e l'adeguatezza dei criteri giuridici formulati per la qualificazione del rapporto di lavoro al fine di determinare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di tutele sul lavoro e di assistenza sociale.

Mentre si guarda al lavoro autonomo come un'importante risorsa di crescita dell'imprenditorialità, che porta con sé, in tempi più lunghi, una potenziale crescita occupazionale, nel 2000 l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha individuato una serie di indici legati alla sua crescita — indici relativi a condizioni di lavoro, formazione, sicurezza e reddito del lavoratore autonomo, proprio come se il lavoro autonomo fosse una forma di mascheramento del lavoro subordinato<sup>4</sup>.

Questi indici assumono una particolare rilevanza in Canada dove vi è stata una considerevole crescita del lavoro autonomo. Fra gli anni Ottanta e Novanta la percentuale di lavoro autonomo è cresciuta fino a raggiungere nel 2000 la quota del 16%. In quell'anno, il 34,6% dei lavoratori autonomi erano anche datori di lavoro che impiegavano lavoratori subordinati. La maggior parte dei lavoratori autonomi non impiegava lavoratori subordinati e conseguentemente era considerata rientrante nella categoria dei lavoratori autonomi che operano per proprio conto; questi ultimi nel 2000 costituivano il 10,3% della forza lavoro totale. Si ravvisa inoltre un notevole scarto nella distribuzione del reddito dei lavoratori autonomi: nel 1999 il livello annuale medio del reddito dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi in conto proprio era rispettivamente di \$46,825 e di \$16,918<sup>5</sup>. Le differenze di reddito appaiono, infine, molto influenzate dal sesso. Nello stesso anno le donne e gli uomini, rientranti nella categoria dei lavoratori autonomi a loro volta datori di lavoro hanno percepito un reddito medio annuale rispettivamente di \$39,920 e di \$49,470, mentre le donne e gli uomini rientranti nella categoria dei lavoratori autonomi che operano per conto proprio hanno percepito, sempre rispettivamente, un reddito medio annuale di \$13,032 e di \$19,769. I lavoratori subordinati comparabili, donne e uomini, hanno percepito un reddito medio annuale pari rispettivamente a \$26,015 e a \$40,183, evidenziandosi così che i redditi medi annuali di un uomo e di una donna retribuiti come lavoratori subordinati tendono ad essere

---

<sup>4</sup> OECD, *Partial Renaissance of Self-Employment*, in *OECD Employment Outlook*, OECD, Parigi, 2000.

<sup>5</sup> *Statistics, Survey of Labour and Income Dynamics 1999, Special Run*. Questi numeri si riferiscono al reddito netto. Il reddito è definito nel *Survey* come: salari, retribuzioni, CPP/QPP [cfr., *infra*, nel testo, n.d.t.], EI cfr., *infra*, nel testo, n.d.t.], risarcimento da infortuni e malattie professionali, pensione di vecchiaia (*retirement pension*), altri redditi, redditi derivanti da investimenti (*investment income*), *Old Age Security*, GIS/SA, assistenza sociale (*social assistance*), *Child Tax benefits*, GST/HST credit e *Provincial/Territorial tax credits*. Per i lavoratori autonomi il reddito è un indice rappresentativo più della posizione economica che dei ricavi dal momento che [i lavoratori autonomi] conseguono una serie di vantaggi derivanti dal loro *status* giuridico che non risultano dai dati relativi ai ricavi. Questi dati sono analizzati dettagliatamente in Fudge, Tucker, Vosko, *The Legal Concept of Employment: Marginalizing Workers*, Law Commission of Canada, Ottawa, 2002, Parte seconda.

inferiori rispetto a quelli dei lavoratori comparabili che lavorano come lavoratori autonomi avvalendosi di lavoratori subordinati, ma significativamente maggiori dei lavoratori comparabili che lavorano in conto proprio. Le condizioni di molti lavoratori autonomi sono inoltre inferiori a quelle dei lavoratori subordinati. In particolare è meno probabile che i lavoratori autonomi accedano alla formazione, che guadagnino per il lavoro prestato oltre l'orario concordato, oppure che godano di un congedo di maternità, parentale o di malattia; gli stessi lavoratori, poi, dichiarano un numero di ore lavorate maggiore rispetto ai lavoratori subordinati. Di contro, i lavoratori autonomi riferiscono di una maggiore autonomia rispetto ai lavoratori subordinati sotto i profili del controllo, del ritmo e della durata del lavoro <sup>6</sup>.

I lavoratori autonomi costituiscono una categoria tutt'altro che omogenea: si passa dal professionista con un reddito alto, che è a sua volta datore di lavoro, alla baby-sitter che non ha alcun collaboratore e lavora fuori casa. In Canada pochi lavoratori autonomi rispecchiano il modello di impresa contraddistinto da proprietà, controllo sulla produzione e autonomia; il 65,4% dei lavoratori autonomi operano, infatti, in conto proprio e dipendono economicamente dalla vendita del loro lavoro. La maggior parte dei lavoratori autonomi in Canada assomiglia ai lavoratori subordinati, piuttosto che agli imprenditori. In ogni caso la questione è che sia i lavoratori autonomi che lavorano in conto proprio che i lavoratori autonomi che si avvalgono a loro volta di lavoratori subordinati rientrano ai fini giuridici nell'unica categoria dei lavoratori autonomi.

Un'attenta riflessione su come la distinzione giuridica fra lavoro subordinato e autonomo è stata tracciata ci permette di riconoscere e di valutare i presupposti per limitare la tutela sul lavoro solo a determinate tipologie di lavoro prestato a fronte di un corrispettivo. La problematica acquista particolare rilievo alla luce della raccomandazione che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) fece nella *Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali sul lavoro* del 1998 relativamente alla parità di trattamento fra le diverse forme di lavoro <sup>7</sup>. L'obiettivo di garantire alle donne e agli uomini le condizioni per ottenere un lavoro dignitoso e remunerativo in condizioni di libertà, giustizia, sicurezza e dignità umana è davvero di fondamentale importanza: come Amartya Sen ha sottolineato, tale raccomandazione si applica a tutti i lavoratori e non solo ai lavoratori impiegati in settori sindacalizzati ovvero nelle ipotesi di rapporto di lavoro subordinato, ma anche ai lavoratori a domicilio e ai lavoratori autonomi <sup>8</sup>. Da una prospettiva *de iure condendo*, l'OIL ha specificato che la sfida sul

---

<sup>6</sup> Delage, *Results from Survey of Self-Employment in Canada*, Human Resources Development Canada, Hull, 2002, reperibile all'indirizzo <http://dsp-psd.communiquations.gc.ca/collection.RH/64-12-2001C.pdf>; Human Resources Development Canada, *Own Account Self-Employment in Canada: Lessons Learned*, HRDC Evaluation And Data Development Strategy, Ottawa, 1998; OECD, *Recent Developments in Self-Employment*, in *OECD Employment Outlook*, OECD, Parigi, 1992, 156; OECD, *Partial Renaissance of Self-Employment*, cit., 169-170.

<sup>7</sup> ILO, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and Its Follow-up*, ILO, Ginevra, 1998.

<sup>8</sup> A. Sen, *Work and Rights*, in *Int'l Lab. Rev.*, 2000, 119.

piano politico dovrebbe essere quella di estendere le tutele effettive, riconosciute ai lavoratori subordinati sul piano giuridico e sociale, anche ai lavoratori autonomi<sup>9</sup>.

Lo scopo del presente articolo è di esaminare la portata della distinzione giuridica fra rapporto di lavoro subordinato e autonomo al fine di definire l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Invece di concentrarsi esclusivamente su come i giudici sviluppano e applicano i criteri giuridici nell'ambito della disciplina legale in materia di tutela del lavoro, la presente indagine si estende alle tecniche adottate in sede legislativa e amministrativa per garantire diritti e tutele ai soggetti non qualificati come lavoratori subordinati ma che si ritiene, di volta in volta, di dover considerare come tali<sup>10</sup>. Inoltre l'articolo estende la sua ricerca oltre la normativa a tutela del lavoro per esaminare l'ambito soggettivo di applicazione dei sussidi di disoccupazione, della legislazione in materia di imposte sui redditi nonché del diritto vigente in particolare in quattro diverse giurisdizioni territoriali: British Columbia, Ontario, Quebec e ordinamento federale. L'obiettivo, pertanto, è di fornire una ricognizione delle differenze sussistenti nell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina in materia di lavoro subordinato e delle differenti tecniche adottate per determinare tale ambito di applicazione nelle diverse giurisdizioni e contesti politici. Nel fare ciò, l'articolo individua i presupposti per valutare la capacità dei giudici di adottare un'interpretazione teleologica nella determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione di un determinato sistema giuridico e per accertare l'attuale effettiva rilevanza della distinzione giuridica fra lavoratori subordinati e autonomi. L'articolo muove dall'analisi dei principi di *common* e *civil law* poiché le Corti ordinarie e i tribunali amministrativi hanno storicamente invocato le nozioni e i metodi di questi due ordinamenti nell'interpretazione della disciplina legale.

**2.** Il *common law* ha tracciato una distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi essenzialmente per due motivi: la responsabilità per fatto altrui e il licenziamento illegittimo. Le Corti hanno stabilito che i datori di lavoro rispondono nei confronti dei terzi dei danni cagionati dai propri lavoratori subordinati, mentre i committenti non rispondono dei danni cagionati dai lavoratori autonomi che hanno ingaggiato. Hanno inoltre stabilito che nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato deve ritenersi inserita una clausola implicita in base alla quale questo tipo di contratto, in assenza di una giusta causa o di una esplicita clausola contrattuale prevista dalle parti, può

---

<sup>9</sup> ILO, *Income Security and Social Protection in Changing World: World Labour Report*, ILO, Ginevra, 2000; ILO, *Meeting of Experts on Workers in Situations Needing Protection (The Employment Relationship: Scope) Basic Technical Document*, ILO, Ginevra, 2000; ILO, *Decent Work in the Informal Economy*, ILO, Ginevra, 2002.

<sup>10</sup> Un'opera recente che ha ad oggetto l'ambito di applicazione della tutela sul lavoro in Canada include Davidov, *The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need Protection*, in *U.T.L.J.*, 2002, 356; Langille, Davidov, *Beyond Employees and Independent Contractors: A view from Canada*, in *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 1999, 6.



essere risolto solo decorso un preavviso ragionevole; di contro, non hanno ritenuto sussistente analoga clausola implicita nei contratti di lavoro autonomo. Partendo da una distinzione elaborata esclusivamente a questi fini, le Corti si sono presto scontrate con la realtà per cui i contratti aventi ad oggetto il compimento di un lavoro possono assumere una varietà di forme e che è tutt'altro che semplice tracciare il confine « nel luogo appropriato ». Con riferimento alla clausola implicita di preavviso, la *Court of Appeal* dell'Ontario stabilì nel 1936 che le categorie giuridiche di lavoratore subordinato e autonomo coprono la più vasta area delle (possibili) relazioni contrattuali aventi ad oggetto la realizzazione di un lavoro. Vi erano inoltre fattispecie concrete di « natura intermedia », caratterizzate dalla assenza di una relazione giuridica fra datore di lavoro e lavoratore subordinato ma in cui il requisito del preavviso potrebbe essere stato implicitamente previsto. A partire da questa decisione si è consolidata l'elaborazione giurisprudenziale volta ad identificare le ipotesi di rapporti di lavoro non subordinato nelle quali, però, è previsto un termine implicito di preavviso alla luce di fattori quali la continuità del rapporto, l'esclusività dello stesso, la natura dell'investimento, il rischio e il grado di integrazione nell'azienda <sup>11</sup>.

Generalmente, però, le Corti hanno concentrato la propria attenzione sui criteri giuridici atti a distinguere fra lavoratore subordinato e autonomo piuttosto che elaborare il significato della distinzione di per sé. Nei primi anni del Novecento le Corti consideravano in primo luogo il profilo di controllo sulle modalità di esecuzione della prestazione, benché la causa citata più frequentemente a questo proposito fosse *Yewens v. Noakes*, un caso di diritto tributario <sup>12</sup>. Nell'ambito di un'altra fattispecie canadese, *Montreal v. Montreal Locomotive Works*, il *Privy Council* stabilì la necessità di un criterio giuridico più complesso per adeguarsi « alle più complesse condizioni della industria moderna » <sup>13</sup>. Per venire incontro al cambiamento è stato elaborato il *fourfold test* che tiene in considerazione il grado di controllo, la proprietà degli attrezzi, l'opportunità di profitto e il rischio di perdite. Un'ulteriore prospettiva di soluzione del problema fu sviluppato da Lord Denning cinque anni dopo e divenne noto come *organization test*. In base a questo criterio l'indagine si concentra sulla misura in cui il lavoro compiuto costituisce una parte necessaria nell'attività economica del datore di lavoro <sup>14</sup>. Tali criteri, con alcuni altri, alcune volte da soli, altre volte in combinazione fra loro, hanno avuto ampio seguito nelle Corti canadesi <sup>15</sup>. Lo sviluppo di nuovi criteri giuridici per determinare la qualificazione come lavoratore subordinato è stato finalizzato a valicare lo scopo originario nel momento in cui l'attenzione, all'inizio posta

<sup>11</sup> *Carter v. Bell & Sons*, in *D.L.R.*, 1936, 438; *Marbry v. Avreca Int'l Inc.*, in *D.L.R.*, 1999, (4th), 436 (B.C.C.A.).

<sup>12</sup> In *Q.B.D.*, 1880, 530. Vedi anche *Dallontania v. McCormick*, in *D.L.R.*, 1913; Flanagan, *Enterprise Control: The Servant-Independent Contractor Distinction*, in *U.T.L.J.*, 1987, 25.

<sup>13</sup> In *D.L.R.*, 1947, 161 (P.C.), 169.

<sup>14</sup> *Stevenson Jordan and Harrison, Ltd. v. Macdonald and Evans*, in *T.L.R.*, 1952, 101 (C.A.), 111.

<sup>15</sup> England, I. Christie, M. Christie, *op. cit.*, nota, 1, Capitolo 2.

direttamente sulla subordinazione, ha incluso anche la considerazione della dipendenza economica come presupposto per estendere la tutela sul lavoro alla generalità dei soggetti che lavorano <sup>16</sup>. In ogni caso questi criteri non sono stati in grado di semplificare il processo di risoluzione delle controversie. Neppure hanno reso irrilevante il fattore del grado di controllo: esso, infatti, continua ad essere un fattore di valutazione ai fini della qualificazione come lavoratore subordinato, ma quello che si intende per controllo dipende dalla natura del lavoro. Invero nei diversi ambiti giuridici si ricorre a una molteplicità di criteri nei quali coloro che si trovano di volta in volta a dover decidere sulla qualificazione del rapporto contemplano una dozzina di fattori. In Canada alcuni studiosi asseriscono, di contro, che il contesto della disciplina legale, nonché la considerazione della *ratio* della disciplina come parametro per tracciare la distinzione, garantiscono una base coerente con i principi generali per determinare la sussistenza della qualificazione come lavoratore subordinato <sup>17</sup>.

Recentemente la *Supreme Court of Canada*, avendo riesaminato l'elaborazione dottrinale relativa alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato in relazione alla responsabilità per fatto altrui, ha concluso: « [...] non esiste un criterio giuridico decisivo che può essere universalmente applicato per determinare se un soggetto è un lavoratore subordinato o un lavoratore autonomo. [...] La questione essenziale è se il soggetto che si è impegnato a compiere dei servizi li compie come un soggetto che svolge un'attività economica per proprio conto. Nel condurre questa valutazione dovrà sempre considerarsi come fattore rilevante il grado di controllo del datore di lavoro. In ogni caso altri fattori da considerare saranno: se il lavoratore provvede da solo al suo equipaggiamento, se il lavoratore si avvale di collaboratori, il margine di rischio finanziario sopportato dal lavoratore, il grado di responsabilità in relazione agli investimenti e alla direzione dell'organizzazione, l'opportunità di profitto del lavoratore nell'adempimento dei propri incarichi » <sup>18</sup>.

Dopo aver elaborato un criterio basato su una pluralità di fattori (*multi-factor test*) la Corte prosegue « è opportuno ribadire che i criteri sopra indicati non costituiscono un elenco definitivo e non esiste una formula predefinita per la loro applicazione. La rilevanza di ciascuno dipende dai fatti specifici e dalle circostanze della fattispecie concreta » <sup>19</sup>. La prospettiva seguita nel caso *Sagaz Industries* offre ai giudici una importante opportunità di configurare i confini della nozione di lavoratore subordinato per adattarla alla loro prospettiva di giustizia e al merito del caso concreto. Per aiutarli, la Corte ha anche elaborato una serie di giustificazioni di politica del diritto in relazione alla responsabilità « per fatto altrui ». Peraltro rimane da verificare se tale prospettiva teleologica nella qualificazione come lavoratore subordinato, basata su considerazioni di

<sup>16</sup> *Ibid.*, § 2.17.

<sup>17</sup> Carter, England, Etherington, Trudeau, *Labour Law in Canada*, Kluwer, Hague, 2002, 87; Davidov, *op. cit.*, England, I. Christie, M. Christie, *op. cit.*, 2.2.; Langilee, Davidov, *op. cit.*

<sup>18</sup> 671122 *Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, in *S.C.R.*, 2001, §§ 46-47, 983.

<sup>19</sup> *Ibid.*, § 48.

carattere politico, produrrà poi una maggiore certezza rispetto ai criteri giuridici adottati in precedenza.

**2.1.** Diversamente dal resto del Canada, il sistema di *civil law* del Quebec è fondato su un codice. Il *Civil Code of Lower Canada* (C.C.L.C.) è rimasto in vigore fino al 1994 quando è stato sostituito dal *Civil Code of Quebec* (C.C.Q.). Il C.C.L.C. non adottava i termini « rapporto di lavoro subordinato » (*employment*) ma piuttosto definiva « l'affitto di lavoro » (« *lease and hire of work* ») come « il contratto mediante il quale il conduttore si impegna a fare qualcosa per il locatore verso il pagamento del relativo prezzo »<sup>20</sup>. Il C.C.L.C. distingueva tre differenti forme di lavoro che avrebbero potuto essere oggetto di contratto di « *lease* »: i servizi adempiuti personalmente da lavoratori manuali, da lavoratori subordinati e da altre categorie di soggetti, il lavoro dei vettori, il lavoro compiuto dai costruttori che si impegnavano ad eseguire l'opera in virtù di un preventivo o di un contratto. Nell'ultimo caso il debitore si obbligava a « fornire lavoro, competenze ed anche i materiali »<sup>21</sup>. Benché la distinzione fra la prima e la terza categoria di lavoratori non fosse ben sviluppata nel C.C.L.C. o nei codici di altri sistemi giuridici romanisti, le Corti del Quebec ne elaborarono il significato, a partire dai primi anni del ventesimo secolo, nell'ambito del risarcimento dei lavoratori e dei casi di responsabilità del datore di lavoro per fatto altrui. Come conseguenza, la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi appare tanto profondamente radicata nella giurisdizione territoriale del Quebec quanto lo è nelle giurisdizioni territoriali di *common law*. Inoltre, le Corti del Quebec, come quelle delle giurisdizioni di *common law*, riconoscono categorie intermedie di soggetti che non sono né lavoratori subordinati né lavoratori autonomi ma che hanno comunque diritto ad un ragionevole periodo di preavviso<sup>22</sup>.

Le Corti del Quebec inizialmente identificarono l'essenza della distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi nelle nozioni di subordinazione e controllo. In *Quebec Asbestos Corp v. Couture*, la *Supreme Court of Canada* statuí che per il diritto del Quebec, « Il contratto di *lease and hire of* si può distinguere dal *contrat d'entreprise* (contratto d'appalto) essenzialmente per il connotato di subordinazione del lavoratore, tipico della prima tipologia di contratto »<sup>23</sup>. Successivamente, le Corti del Quebec iniziarono ad applicare anche il *fourfold test* sviluppato in *Montreal v. Montreal Locomotive Works*, benché il giudice in quel precedente non avesse fatto alcun riferimento al C.C.L.C. In ogni caso, pur a fronte del richiamo al *fourfold test* rimase decisivo l'elemento della subordinazione giuridica<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Titolo VII, Capitolo 2, art. 1665a, C.C.L.C., « *Of the Lease and Hire of Work* ».

<sup>21</sup> Art. 1683 C.C.L.C.

<sup>22</sup> Audet, Bonhomme, *Wrongful Dismissal in Quebec*, Y. Blais, Montreal, 1990, 5.

<sup>23</sup> In *D.L.R.*, (1928), [1929], 601 (S.C.C.), 603.

<sup>24</sup> *Wolf v. Canada*, in *F.C.*, 2002, §§ 44-48, 96. Vedi anche Audet, Bonhomme, *op. cit.*

L'accento sulla subordinazione si radicò ulteriormente anche nel Civil Code of Quebec quando nel 1994 esso sostituì il C.C.L.C. L'articolo 2085, infatti, definisce il contratto di lavoro subordinato come quello in cui « il lavoratore si impegna per un periodo di tempo determinato a lavorare per una retribuzione in base alle direttive e sotto la direzione e il controllo del [...] datore di lavoro ». Questa norma si oppone a quella relativa al contratto d'appalto (« *contract of enterprise* » o « *[contract] for services* ») nel quale la parte che fornisce il servizio ha la facoltà « di scegliere i mezzi per adempiere il contratto e presta la propria opera senza alcun vincolo di subordinazione fra l'appaltatore o fornitore di servizi e il committente rispetto a tale adempimento »<sup>25</sup>.

La terminologia adottata dal C.C.Q. chiaramente configura la subordinazione come l'elemento più rilevante<sup>26</sup>. Tuttavia per determinare se sussiste la subordinazione giuridica nei casi di confine, le Corti, interpretando il C.C.Q., possono considerare la subordinazione economica, anche se questa ultima da sola non consente alle Corti di qualificare il rapporto come di lavoro subordinato. Da questa prospettiva si consente, però, che siano considerati anche fattori ulteriori per ricostruire la nozione di subordinazione.

L'incertezza del diritto che ne deriva può essere constatata nella recente decisione della *Federal Court Of Appeal in Wolf v. Canada*<sup>27</sup>. Benché la fattispecie concreta riguardasse la qualificazione di un lavoratore come subordinato o autonomo ai fini della responsabilità per il pagamento delle imposte sul reddito, i tre giudici del Quebec hanno convenuto che la qualificazione come lavoratore subordinato doveva essere valutata in base al C.C.Q. I giudici, inoltre, hanno convenuto sul rilievo che mentre il C.C.Q. appariva molto più specifico del C.C.L.C., non aveva modificato, dal punto di vista sostanziale, il diritto vigente in Canada. Secondo la motivazione del giudice Décaré « ciò che distingue un contratto d'opera o di appalto (*contract for services*) da un contratto di lavoro subordinato è l'assenza, nel primo, di un "rapporto di subordinazione" fra colui che offre i servizi e il committente [...] e la presenza nel secondo del diritto del datore di lavoro di "dirigere e controllare" il lavoratore [...] »<sup>28</sup>. Tuttavia, nonostante la loro unanime posizione sulla centralità della nozione di subordinazione i giudici sono stati discordi fra loro sul criterio giuridico di qualificazione da adottare per verificare in concreto il ricorrere della subordinazione stessa. Il giudice Desjardins ha accolto la tesi secondo cui la distinzione fra contratto di lavoro subordinato e contratto di appalto nel C.C.Q. avrebbe potuto essere considerata alla luce dei criteri elaborati sia dal *civil law* che dal *common law*. A fronte di tale presupposto, il giudice ha acquisito la prospettiva della *Supreme Court of Canada* nella

<sup>25</sup> Articolo 2099 C.C.Q.

<sup>26</sup> Gagnon, *Le droit du Travail du Québec*, Y. Blais, Cowansville, Quebec, 1999, quarta ed., 51.

<sup>27</sup> *Wolf v. Canada*, cit.

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 112.

decisione del caso *Sagaz Industries*, benché applicandola abbia omesso di individuare il fine della norma tributaria<sup>29</sup>. Il giudice Décarry è sembrato essere meno disposto a lasciare che il *common law* influenzasse l'interpretazione del codice civile ed in particolare ha sottolineato che « il criterio giuridico, in ultima analisi, mira a verificare se, considerando il complessivo atteggiarsi della relazione fra le parti, sussista il potere di controllo da un lato e la subordinazione dall'altro ». Ha poi aggiunto: « Io sostengo, con grande rispetto, che le Corti nella loro attitudine a creare categorie astratte hanno talora sottovalutato il fattore realmente fondamentale che costituisce l'elemento caratterizzante del rapporto contrattuale: l'intenzione delle parti »<sup>30</sup>. Infine il terzo giudice, Noël, ha sostenuto che poiché nessun criterio giuridico appariva risolutivo doveva essere considerata determinante l'intenzione delle parti<sup>31</sup>.

In sintesi, la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi appare tanto essenziale nel *civil law* del Quebec quanto lo è nel *common law* ed è altrettanto difficile da tracciare. La differenza più rilevante fra i due ordinamenti è che in Quebec, quanto meno da parte di alcuni giudici, è accordata maggiore rilevanza al criterio giuridico del controllo e della subordinazione piuttosto che ad un criterio più aperto nel quale la rilevanza da attribuire ad ogni singolo fattore non è predeterminata. In ogni caso, però, è tutt'altro che chiaro se questa diversa prospettiva comporti una qualsiasi apprezzabile differenza nell'esito dei giudizi.

**2.2.** La legislazione in materia di contrattazione collettiva, che disciplina la procedura che i sindacati devono seguire per ottenere il diritto esclusivo di rappresentare gruppi di lavoratori e di contrattare per loro conto le clausole del contratto di lavoro, le norme a garanzia dei lavoratori che vogliono esercitare il diritto di associarsi e partecipare alle organizzazioni sindacali nonché le norme dirette a disciplinare la condotta dei datori di lavoro e dei lavoratori nelle ipotesi di controversie nell'ambito delle relazioni industriali, è applicata, in Canada e in Quebec, dai tribunali amministrativi del lavoro (*labour tribunals*). L'obiettivo della legislazione in esame, perseguito attraverso uno modello che promuove la rappresentanza collettiva e per questa via persegue la pace nelle relazioni industriali, è attribuire ai lavori un potere contrattuale in grado di controbilanciare la maggiore forza negoziale dei datori di lavoro.

Di contro il *Competition Act* vieta agli imprenditori di associarsi per limitare la concorrenza. La garanzia della libera concorrenza è il principio guida di politica del diritto in materia di diritto commerciale. Ma « le associazioni o le attività degli operai e degli impiegati per la propria ragionevole tutela sul lavoro » sono escluse dal *Competition Act* poiché sono accordi che riguardano la contrattazione collettiva relativamente alle clausole del rapporto di lavoro<sup>32</sup>. La quali-

<sup>29</sup> *Ibid.*, §§ 49-94.

<sup>30</sup> *Ibid.*, §§ 117.

<sup>31</sup> *Ibid.*, §§ 112-124.

<sup>32</sup> *Competition Act*, in *R.S.C.*, 1985, c. C-34, s. 4(1)(a).

ficazione come lavoratore subordinato esclude i lavoratori e le loro organizzazioni dall'ambito delle leggi previste per assicurare che i mercati siano effettivamente competitivi. Ne deriva che, nel valutare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di contrattazione collettiva, occorre anche considerare le implicazioni relative al diritto della concorrenza<sup>33</sup>.

I *Wartime Labour Relations Regulations*, promulgati a livello federale nel 1944, instaurarono la prassi di limitare ai lavoratori subordinati l'ambito di applicazione della tutela in materia di contrattazione collettiva senza, però, definire la nozione di lavoratore subordinato<sup>34</sup>. Alcuni dei primi tribunali amministrativi in Canada, verosimilmente influenzati dalla dottrina americana, accentuarono, per qualificare il lavoratore come subordinato, l'aspetto della dipendenza economica<sup>35</sup>. La questione essenziale divenne, allora, chiedersi se un determinato gruppo di lavoratori avrebbe dovuto essere tutelato con la disciplina in materia di contrattazione collettiva e non se i componenti di quel gruppo dovessero considerarsi lavoratori subordinati secondo il *common law*. Questa prospettiva mutò quando la *Court of Appeal* della Nuova Scozia, riformando la decisione di un tribunale del lavoro, stabilì che, in assenza di una definizione legale del significato del termine « lavoratore subordinato », lo stesso « avrebbe dovuto essere determinato sulla base dei principi generali dell'ordinamento »<sup>36</sup>. I pescatori proprietari delle proprie barche furono conseguentemente ritenuti, ai fini della applicazione della disciplina in materia di contrattazione collettiva, soci e non lavoratori subordinati. Con questa sentenza si è consolidato il precedente di ricorrere ai criteri giuridici di *common law* per qualificare, ai fini di determinare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di contrattazione collettiva, il lavoratore come subordinato con la conseguenza di restringere, di fatto, tale ambito di applicazione.

Inizialmente la maggior parte dei tribunali del lavoro ha affrontato il problema della qualificazione come lavoratore subordinato del lavoratore che agiva per ottenere la tutela accordata dalla disciplina in materia di contrattazione collettiva applicando il criterio giuridico di *common law* relativo al grado di controllo. La giurisdizione territoriale dell'Ontario ha, invece, aperto la strada per l'adozione del *fourfold test* che la maggior parte degli studiosi di diritto del lavoro, critici nei confronti del *control test*, considerano un criterio giuridico di qualificazione più attendibile<sup>37</sup>. Il *fourfold test* accentua la rilevanza della realtà economica del rapporto, un aspetto di grande importanza in un contesto

---

<sup>33</sup> Andras, *Labour and Combines*, in *Can. Bar. Rev.*, 1952, 592; Arthurs, *The Dependent Contractor: a Study of the Legal Problems Of Countervailing Power*, in *U.T.L.J.*, 1965, 89; Backhouse, *Labour Unions and Anti-Combines Policy*, in *Osgoode Hall L.J.*, 1976, 113; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary*, IRC Press, Kingstone, 1998.

<sup>34</sup> La normativa identificava gruppi determinati di lavoratori subordinati, come i dirigenti, che erano esclusi dalla nozione di lavoratore subordinato ai fini della legislazione medesima.

<sup>35</sup> Arthurs, *supra*, nota 33, 93.

<sup>36</sup> Lunenberg Sea Products Ltd., in *D.L.R.*, 1947, 195 (N.S.C.A.).

<sup>37</sup> Arthurs, *op. cit.*, 93.

qual è quello della disciplina in materia di contrattazione collettiva, tenuto conto che tale disciplina era stata elaborata proprio per permettere a soggetti economicamente dipendenti di esercitare un potere negoziale pari a quello della controparte datoriale. In ogni caso, peraltro, non si è mostrato idoneo ad aiutare quei lavoratori che Harry Arthurs descrive come « economicamente dipendenti benché autonomi dal punto di vista della qualificazione giuridica »: secondo questo autore, infatti, « gli autotrasportatori in proprio, i venditori ambulanti, i tassisti, i contadini, i pescatori, i gestori di stazioni di servizio pur autonomi rappresentano il prototipo dei lavoratori economicamente dipendenti »<sup>38</sup>.

In un autorevole articolo pubblicato nel 1965, Arthurs prospettò la problematica dell'ambito soggettivo di applicazione della legislazione in materia di contrattazione collettiva dal punto di vista della politica della libera concorrenza. Egli sostenne che un lavoratore autonomo economicamente dipendente « che vende i propri servizi irrompe nel mercato del lavoro sotto due profili. Da un lato compete con lavoratori subordinati organizzati a causa della flessibilità del proprio lavoro; dall'altro i suoi tentativi di organizzare un'azione collettiva, in mancanza di una tutela prevista dalla legge, sono sovente caratterizzati dalla forza economica e dalle rappresaglie giuridicamente lecite (*legal reprisal*) »<sup>39</sup>. Come parziale soluzione al conflitto nel mercato del lavoro causato dal fenomeno dei lavoratori economicamente dipendenti, Arthurs suggerì che fosse loro estesa la disciplina in materia di contrattazione collettiva<sup>40</sup>. Il rapporto dell'autorevole *Task Force on Labour Relations*, organismo istituito nel 1966 dal governo federale per monitorare le relazioni industriali al fine di arginare la crescente conflittualità nel mondo del lavoro, ha nuovamente concentrato l'attenzione sulla difficile situazione dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti proponendo l'estensione anche a loro dell'ambito di applicazione della legislazione in materia di contrattazione collettiva<sup>41</sup>. Sia Arthurs che la *Task Force* raccomandarono che la disciplina in materia di concorrenza fosse modificata con specifico riferimento alla contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti.

Fra il 1972 e 1977 sette giurisdizioni territoriali hanno modificato la loro disciplina in materia di contrattazione collettiva estendendo la definizione di lavoratore subordinato fino a comprendere i lavoratori autonomi economicamente dipendenti<sup>42</sup>. La British Columbia e l'Ontario hanno adottato una

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, 89.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 114. Arthurs sottolinea che la nozione di lavoratore economicamente dipendente nel mercato produttivo, come i contadini e i pescatori, « prospetta problemi ancora strutturali ».

<sup>40</sup> *Ibid.*, 114-115.

<sup>41</sup> *Canadian Labour Relations: Report of the Task Force on Labour Relations*, Office of the Privy Council, Ottawa, 1969, 140.

<sup>42</sup> Bendel, *The Dependent Contractor: An Unnecessary and Flawed Development in Canadian Labour Law*, in *U.T.L.J.*, 1982, 374.

definizione piuttosto ampia<sup>43</sup>. Di contro il *Canada Labour Code*, di livello federale, ha accolto una nozione più ristretta (attualmente non in vigore), limitata per settore produttivo (associazioni fra i pescatori) e per attività (autotrasportatori in proprio)<sup>44</sup>. In ogni caso l'attuale ambito entro cui la definizione legale di lavoratore autonomo economicamente dipendente ha esteso l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di contrattazione collettiva dipende da come i tribunali del lavoro la interpretano e applicano. I tribunali del lavoro in tutto il Paese, inoltre, hanno elaborato un elenco di fattori individuati per agevolare la distinzione fra lavoratore autonomo o economicamente dipendente<sup>45</sup>.

Un'altra tecnica per estendere l'ambito soggettivo della disciplina in materia di contrattazione collettiva è quella di attribuire al tribunale del lavoro il potere di qualificare i lavoratori come subordinati ai fini della contrattazione collettiva. La Manitoba e il Saskatchewan hanno adottato questa soluzione<sup>46</sup>. Le leggi di entrambe queste giurisdizioni territoriali stabiliscono, infatti, che la nozione di lavoratore subordinato non è rilevante per determinare l'ambito di applicazione della disciplina in materia di contrattazione collettiva e che la questione determinante è se la contrattazione collettiva appare uno strumento adeguato al caso concreto. Questa tecnica di ampliare l'ambito della disciplina in materia di contrattazione collettiva presenta il vantaggio di fare chiarezza sul fatto che, in un'ultima analisi, la decisione di estendere l'ambito di applicazione della normativa ad un determinato gruppo di lavoratori è una questione di opportunità politica e non una questione di qualificazione in base a categorie giuridiche fra loro concorrenti, ma è ovvio che queste diversità nella prospettiva comportano conseguenze sensibilmente differenti. Invero, anche in quelle giurisdizioni territoriali che non hanno contemplato nella legge i lavoratori autonomi economicamente dipendenti o che non hanno norme qualificatorie, lo sviluppo dei criteri giuridici di *common law* e di *civil law* relativi alla qualificazione del lavoratore come subordinato si combinano con la crescente rilevanza attribuita all'interpretazione teleologica del termine chiave usato nella legge al fine di ampliare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di contrattazione collettiva<sup>47</sup>. In Quebec il termine « lavora-

<sup>43</sup> *Labour Relations Code* del British Columbia, in *R.S.B.C.*, 1996, c. 244, s. 1(1); *Labour Relation Act* dell'Ontario, in *S.O.*, 1995, c. 1, Sch. A.

<sup>44</sup> La sezione 107 del previgente *Canada Labour Code*, *R.S.C.* 1970, come emendato con *S.C.* 1972, c. 18, s. 1, contiene una definizione più limitata. La definizione più ampia di lavoratore economicamente dipendente, adottata in *S.C.* 1983-84, c. 39, s. 21(1), permane nel, oggi vigente, *Canada Labour Code*, *R.S.C.* 1985, c. L-2, s. 3(1).

<sup>45</sup> Per esempio, in *Algonquin Tavern and C.L.C., Local 1689*, in *Can. L.R.B.R.*, 1981, 337, il *Labour Relation Board Ontario* ha individuato undici fattori che devono essere considerati compresa la prova dell'attività imprenditoriale e della mobilità economica; Adams, *Canadian Labour Law*, Canada Law Book, Aurora, Ontario, 1995, seconda ed., 6-3 - 6-5; Langille, Davidov, *op. cit.*, 27-28.

<sup>46</sup> *Manitoba Labour Relation Act*, in *R.S.M.* 1987, c. L-10, s. 1; *Saskatchewan Trade Union Act*, in *R.S.S.*, 1978, c. T-17, s. 2 (f) (iii).

<sup>47</sup> Bandel *op. cit.*



tore subordinato » è stato interpretato in senso estensivo dai tribunali del lavoro per includere quei lavoratori che in altre giurisdizioni territoriali sarebbero stati qualificati lavoratori autonomi ma economicamente dipendenti<sup>48</sup>. Nella giurisdizione federale, quando la definizione di lavoratore autonomo economicamente dipendente era limitata a settori produttivi specifici, il tribunale del lavoro ha dichiarato che la definizione di « lavoratore subordinato » è sufficientemente ampia da comprendere i lavoratori autonomi economicamente dipendenti anche in altri settori produttivi<sup>49</sup>.

Lo sviluppo di una più ampia nozione di « rapporto di lavoro subordinato » che accentua la dipendenza economica può spiegare perché la contrattazione collettiva dei lavoratori economicamente dipendenti non ha attratto alcuna attenzione sotto il profilo del diritto della concorrenza. Pur non essendo stati modificati né la disciplina della concorrenza né il codice penale nel senso di sollevare da responsabilità i lavoratori autonomi coinvolti nella contrattazione collettiva, non vi è stato poi alcun procedimento legale che abbia ritenuto il loro un comportamento contrario ai principi vigenti in materia di diritto della concorrenza<sup>50</sup>.

La dipendenza economica e l'esercizio del potere di controllo sono infatti i fattori determinanti per distinguere i lavoratori per i quali è garantita la possibilità di accedere alla legislazione in materia di contrattazione collettiva rispetto ai lavoratori per i quali tale possibilità è esclusa<sup>51</sup>. Le persone che hanno operato un rilevante investimento nell'acquisto delle strumentazioni necessarie alla realizzazione del proprio lavoro, che forniscono servizi a diverse aziende, e che impiegano altri lavoratori limitatamente all'adempimento della propria opera sono stati considerati lavoratori subordinati o autonomi ma economicamente dipendenti. Gruppi tanto eterogenei quali gli autotrasportatori in proprio, i venditori porta a porta impiegati dai produttori di prodotti caseari, coloro che riparano le fornaci ad olio, i giornalisti *freelance*, i collaboratori domestici, i titolari di case famiglia che lavorano per le agenzie sociali, sono ora legittimati a godere della tutela prevista dalla disciplina in materia di contrattazione collettiva<sup>52</sup>. In ogni caso appare difficile prevedere nelle fattispecie concrete dove un tribunale del lavoro riterrà di tracciare una linea fra lavoratori, lavoratori economicamente dipendenti e lavoratori autonomi/imprenditori. Un'importante problema è se il grado di dipendenza economica da uno specifico datore di lavoro è sufficiente a far rientrare il lavoratore economicamente dipendente nella categoria giuridica di lavoratore subordinato. Un'altra questione controversa è se un lavoratore autonomo che si avvale di altri lavoratori dovrebbe essere considerato un lavoratore autonomo economicamente dipendente.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 390-391; Bernstein, Lippel, Lamarche, *Women and Homework: The Canadian Legislative Framework*, Status of Women Canada, Ottawa, 2001, 130.

<sup>49</sup> Adams, *op. cit.*, 6-9; *Société Radio-Canada*, in *Can. L.R.B.R.*, 1982, (N.S.) 29 (C.L.R.B.).

<sup>50</sup> Backhouse, *op. cit.*; Labour Law Casebook Group, *op. cit.*, 210.

<sup>51</sup> Davidov, *op. cit.*; Langille, Davidov, *op. cit.*, 28.

<sup>52</sup> Labour Law Casebook Group, *op. cit.*, 218-219.

Numerose giurisdizioni territoriali prevedono regole specifiche per regolamentare i potenziali conflitti di interesse fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi economicamente dipendenti relativi alla struttura della rappresentanza e della negoziazione. La normativa nell'Ontario prevede specificatamente che i lavoratori economicamente dipendenti siano posti da soli in una specifica rappresentanza negoziale a meno che la maggioranza non indichi la propria preferenza nel senso di essere inclusa in quella dei lavoratori subordinati. Nella British Columbia e nella giurisdizione federale i lavoratori economicamente dipendenti sono inclusi nelle rappresentanze dei lavoratori subordinati<sup>53</sup>. Nel momento in cui le aziende canadesi esternalizzano sempre più molte delle loro funzioni essenziali, questa diversa prospettiva acquista una rilevanza sempre maggiore<sup>54</sup>. Non solo la linea di confine fra lavoratori subordinati e autonomi rimane ambigua come lo è sempre stata ma ora deve essere tracciata anche una nuova linea fra lavoratori autonomi economicamente dipendenti e no<sup>55</sup>.

**2.3.** La normativa in materia di tutela del lavoro subordinato e del lavoro in generale impone le clausole contrattuali e le condizioni di lavoro che rappresentano la soglia di tutela minima del rapporto di lavoro in molti settori e per la maggior parte dei lavoratori. Le sue origini possono essere rinvenute nella normativa di tutela rappresentata dalle *Factory Acts* che, negli anni Ottanta del diciannovesimo secolo, stabilivano l'orario massimo di lavoro per donne e bambini e dalle leggi che imponevano un salario minimo per donne e bambini alla fine della prima guerra mondiale. Dopo la seconda guerra mondiale la normativa di tutela riferita specificatamente al lavoro femminile fu progressivamente sostituita con leggi applicabili alla generalità dei lavoratori aventi ad oggetto la retribuzione minima, la retribuzione per il lavoro straordinario, il limite massimo dell'orario di lavoro, le ferie annuali retribuite, le festività obbligatorie per legge, i congedi parentali e di maternità, la durata del preavviso e il trattamento economico in caso di risoluzione del rapporto. La normativa in materia di tutela del lavoro presuppone la strutturale ineguaglianza delle parti nel rapporto di lavoro e riconosce che il lavoro deve essere considerato più che una semplice merce. Secondo la *Supreme Court of Canada*, deve essere adottata un'interpretazione di tale disciplina molto estensiva al fine di garantire la realizzazione della *ratio* per cui la normativa è stata emanata: tutelare i lavoratori in considerazione del maggior potere contrattuale dei datori di lavoro<sup>56</sup>.

Benché tutte le leggi in materia di tutela del lavoro prevedano una specifica definizione di lavoratore subordinato, la maggior parte di queste definizioni

<sup>53</sup> Vedi l'analisi del rapporto fra lavoratori economicamente dipendenti e rappresentanze negoziali condotta da Bendel, *op. cit.*, 401; Labour Law Casebook Group, *op. cit.*, 218.

<sup>54</sup> Labour Law Casebook Group, *op. cit.*, 218-219.

<sup>55</sup> Bendel, *op. cit.*, 400; Langille, Davidov, *op. cit.*, 29.

<sup>56</sup> *Rizzo v.*, in *S.C.R.*, 1998, n. 27, § 24, *Machtinger v. HOJ Industries Inc.*, in *S.C.R.*, 1992, 986.

non risulta comunque utile. Ne deriva che i giudici si sono trovati a dover applicare il *common law* al fine di attribuire il giusto significato al termine, attraverso una molteplicità di criteri giuridici fra loro diversi<sup>57</sup>. Diversamente da quanto si è verificato con riferimento alla legislazione in materia di contrattazione collettiva, i criteri giuridici di volta in volta adottati non sono mai stati integrati con una definizione legale di lavoratore autonomo economicamente dipendente né con il potere di attribuire tale qualifica.

In ogni caso non è chiaro fino a che punto l'assenza di una definizione di lavoratore economicamente dipendente abbia effettivamente limitato l'ambito di applicazione soggettivo della normativa in materia di tutela del lavoro. Sempre più di frequente i giudici sottolineano la *ratio* della specifica normativa in materia di tutela del lavoro per estendere così la tutela anche ai lavoratori economicamente dipendenti che pur non rientrano nella definizione tradizionale di lavoratore subordinato<sup>58</sup>. I giudici, infatti, hanno anche iniziato a catalogare l'ambito dei fattori che devono essere considerati nella qualificazione del lavoratore come subordinato<sup>59</sup>.

La definizione di lavoratore subordinato contenuta nel *Act Respecting Labour Standards* del Quebec è la più ampia: include, infatti, « un lavoratore parte di un contratto » stipulato con un altro soggetto, e che « si impegna a provvedere egli stesso, per l'adempimento del contratto, ai materiali, agli strumenti, alle materie prime o ai prodotti finiti scelti da tale soggetto utilizzandoli con le modalità dallo stesso indicate »<sup>60</sup>. Questa norma è stata interpretata nel senso di includere il lavoratore che deduce le spese connesse allo svolgimento del proprio lavoro ai fini delle imposte sul reddito anche se *independent contractor* nonché il lavoratore che occasionalmente si avvale di collaboratori<sup>61</sup>. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di tutela del lavoro si sta, pertanto, espandendo fino ad includere lavoratori in posizione di dipendenza economica, indipendentemente dall'assenza di una specifica definizione legale nella legge ovvero della qualificazione del rapporto di lavoro ai fini delle imposte sul reddito.

## 2.4. La disciplina dei diritti umani proibisce le discriminazioni fra le persone

<sup>57</sup> England, I. Christie, M. Christie, *op. cit.*, § 2.1.

<sup>58</sup> Per una analisi dell'elaborazione in Ontario, cfr. Parry, *Employment Standards Handbook*, Canada Law Book, Aurora, Ontario, 2002, terza ed., 1-21 – 1-24. Per una recente decisione che ha aderito alla prospettiva teleologica nell'interpretazione della definizione di « *employee* » contenuta nella III Parte del *Canadian Labour Code*, vedi *Dynamex Canada Inc. v. Mamona*, in *F.C.J.*, 2002, n. 534 (QL). La *Federal Court, Trial Division*, ha accolto la prospettiva teleologica adottata dall'arbitro e ha sostenuto la decisione di qualificare come subordinata la categoria degli autotrasportatori in proprio. Ciononostante, ai fini delle imposte sui redditi, i vettori proprietari del loro veicolo e che occasionalmente si avvalgono a loro volta di collaboratori siano considerati come lavoratori autonomi.

<sup>59</sup> England, I. Christie, M. Christie, *op. cit.*, Capitolo 2.; Parry, *op. cit.*, 1, 1-21 – 1-24.

<sup>60</sup> In *R.S.Q.*, c. N-1.1., s. 1(10).

<sup>61</sup> Bernstein, Lippel, Lamarche, *op. cit.*; Quebec Department of Labour, *Online Policy Manual*, « *interpretation* », *Commission des Normes du Travail*, reperibile sul sito [www.cnt.qc.ca](http://www.cnt.qc.ca); *Couture-Thibault et Pharmajan*, in *T.A.*, 1984, 326.

in base al sesso, alla razza, alla religione, alle invalidità e all'età. La prima legge in materia di diritti umani e divieto di discriminazioni fu emanata dopo la seconda guerra mondiale e già nel 1970 ogni giurisdizione territoriale del Canada aveva una normativa che vietava le discriminazioni con riferimento ad una serie di materie legate alla dignità umana con particolare riguardo a specifiche situazioni. Generalmente le leggi in materia di diritti umani proibiscono le discriminazioni nella fornitura di servizi, nella negoziazione delle clausole contrattuali, nell'assegnazione degli alloggi e nel rapporto di lavoro. Ne deriva che il divieto di discriminazioni nel rapporto di lavoro è solo una dimensione del più vasto obiettivo perseguito dalla normativa in materia di diritti umani: impedire il più possibile le discriminazioni, sia che si manifestino nel mercato del lavoro, sia che si manifestino nell'ambito delle relazioni commerciali ovvero della erogazione dei servizi pubblici.

Impedire le discriminazioni nel rapporto di lavoro è un aspetto imprescindibile della più ampia normativa che ha ad oggetto il divieto delle discriminazioni. Le leggi in materia di diritti umani prevedono una serie di disposizioni specifiche relative al rapporto di lavoro, a partire dalle questioni relative al contratto di lavoro, come la pubblicità e le agenzie per l'impiego fino alle molestie sessuali e alla responsabilità per fatto altrui. L'attuale lessico del divieto delle discriminazioni nel rapporto di lavoro è variabile nelle diverse giurisdizioni territoriali.

Alcune leggi prevedono una definizione dei termini « lavoratore subordinato » (*employee*) e « rapporto di lavoro » (*employment*). Per esempio la British Columbia definisce « *employment* » in maniera tale da includere « la relazione fra datore di lavoro e lavoratore subordinato, datore di lavoro e apprendista, fra preponente (*principal*) e mandatario (*agent*), nell'ipotesi in cui la parte più rilevante dei servizi resi dall'agente sia connessa agli affari di un unico preponente, e « assumere » (*employ*) ha il significato corrispondente »<sup>62</sup>. Al contrario la legislazione in materia di diritti umani, di livello federale, definisce il termine « rapporto di lavoro subordinato » in maniera molto ampia riferendolo « alla relazione contrattuale con un soggetto individuale per la fornitura di servizi resi personalmente dallo stesso ». Tale definizione comprende i servizi personali resi da soggetti individuali a prescindere dal fatto che siano o meno lavoratori subordinati o lavoratori autonomi<sup>63</sup>. L'Ontario, così come numerose altre giurisdizioni territoriali, non prevede nella propria legge né la definizione di lavoratore subordinato né quella di rapporto di lavoro. Non solo. Come il più autorevole testo in materia di disciplina dei diritti umani sottolinea, « benché quanto meno la metà di tutte le azioni considerate dalla commissione dei diritti umani riguardi il rapporto di lavoro subordinato, ci sono effettivamente poche sentenze che hanno tentato di definire questi termini »<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> *Human Rights Code* della British Columbia, in *R.S.B.C.*, 1996, c. 210, s. 1.

<sup>63</sup> *Canadian Human Rights Act*, in *R.S.C.*, 1985, c. H-6, s. 25.

<sup>64</sup> Tarnopolsky, Pentney, Gardner, *Discrimination and the Law*, Carswell, Scarborough, Ontario, rev. ed., 2001, vol. 2, 12-11.

Se la distinzione fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi è un problema « condiviso fra la materia del divieto di discriminazioni e quella dei rapporti di lavoro »<sup>65</sup> non è poi ovvio che lo stesso debba costituire un problema anche con riferimento all'ipotesi di un codice dei diritti umani nonché, se anche lo fosse con riferimento a questo, che esso dovrebbe essere risolto per entrambe le materie nello stesso modo. A differenza della normativa in materia di rapporti di lavoro, la tutela dei diritti umani trova applicazione con riferimento certo ai rapporti di lavoro ma anche alle relazioni commerciali; rifiutare di fornire servizi alle persone o di concludere con loro un contratto per la loro razza, religione o sesso è vietato a prescindere dal fatto che il rapporto sia di lavoro subordinato o sia di natura commerciale. La qualificazione del rapporto come rapporto di lavoro dovrebbe essere (e in numerose giurisdizioni territoriali effettivamente lo è) del tutto irrilevante rispetto all'ambito di applicazione della normativa in materia di diritti umani. In ogni caso acquista rilevanza nella determinazione di obblighi specifici in situazioni nelle quali le persone sono vulnerabili rispetto ad altre persone che esercitano un potere su di loro. Il rapporto di lavoro subordinato è, in questo senso una ipotesi esemplare di fattispecie in cui gli individui risultano particolarmente vulnerabili.

Le poche decisioni nelle quali è stata sollevata la questione della qualificazione del rapporto di lavoro sono caratterizzate da un'interpretazione estensiva della nozione di lavoratore subordinato basata sulla *ratio* della disciplina dei diritti umani. Le decisioni illustrano non solo che è stata seguita una interpretazione estensiva della nozione di lavoratore subordinato ma anche che i giudici sono stati in grado di giustificare tale interpretazione alla luce delle scelte di politica del diritto sottese alla normativa in materia di diritti umani. Accogliendo una interpretazione ampia che comprende ogni accordo « in cui una persona si accorda per eseguire un'attività o un lavoro per un'altra », le Corti hanno manifestato la propria volontà di non essere vincolate dalla tradizionale distinzione fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi nel garantire la tutela dei diritti umani<sup>66</sup>. L'obiettivo di interesse pubblico di proteggere la dignità umana e di garantire che le persone siano trattate egualmente prescinde dalla giustificazione tradizionale della distinzione fra lavoratore subordinato e autonomo. Le leggi in materia di diritti umani proibiscono, in generale, le discriminazioni laddove la normativa basata su considerazioni di giustizia sostanziale in materia di rapporto di lavoro subordinato e di retribuzione (*pay and employment equity legislation*) prevede diritti e obblighi con esclusivo riferimento al rapporto di lavoro subordinato. La normativa in materia di parità di retribuzione dispone, in particolare, i meccanismi attraverso cui una lavoratrice può ottenere una retribuzione pari a quella di un uomo che presta un lavoro di uguale valore. Questa disciplina può essere di natura attiva, attraverso l'imposizione a carico

<sup>65</sup> *Ibid.*, 12-13.

<sup>66</sup> *Cormier v. Alebrta Human Rights Commision* 1984, 6 C.C.E.L. 60 (Alta. Q.B.), 86; *Pannu v. Prestige Cab Ltd.*, in *C.H.R.R.*, 1986, D/3911 (Alta. C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Canada Human Rights Commission*, in *C.H.R.R.*, 1990, D/470 (F.C.A.).

dei datori di lavoro di specifici obblighi, ovvero può acquistare rilevanza a fronte di specifiche doglianze. Solo l'Ontario e il Quebec prevedono un obbligo *ex lege* in capo ai datori di lavoro del settore privato per garantire la parità di retribuzione. Lo scopo dei provvedimenti sulla parità è di assicurare che i gruppi di persone storicamente svantaggiati nei rapporti di lavoro siano rappresentati nella gerarchia di un'azienda in proporzione alla loro presenza generale nel mercato del lavoro. La sola legge riconducibile ai principi dei provvedimenti di parità in Canada è presente nella giurisdizione federale ed è indirizzata allo scopo di garantire la rappresentanza dei quattro gruppi di soggetti storicamente svantaggiati nei rapporto di lavoro <sup>67</sup>.

Solo persone che sono lavoratori subordinati sono legittimate a beneficiare della disciplina in materia di provvedimenti di parità, sia riferiti alla retribuzione che alle opportunità di occupazione. L'*Ontario Pay Equity Act* non definisce il termine « lavoratore subordinato » <sup>68</sup>. Di contro la legge del Quebec definisce « lavoratore subordinato » in termini di controllo da parte di un datore di lavoro e comprende specificatamente lavoratori autonomi che sono nel mercato per proprio conto senza avvalersi di collaboratori e che lavorano per numerosi altri soggetti oppure in maniera solo discontinua <sup>69</sup>. Vi è stato poco contenzioso relativamente all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in esame. E questa constatazione non sorprende stante la natura della disciplina legale e il suo limitato ambito di applicazione. L'ambito soggettivo della disciplina della normativa in materia di provvedimenti di parità riflette semplicemente il confine fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi già tracciato nell'applicazione del diritto in materia di contrattazione collettiva e dei rapporti di lavoro subordinato.

**2.5.** Le leggi in materia di salute e sicurezza sul lavoro impongono al datore di lavoro il dovere di non sottoporre i lavoratori a condizioni di lavoro insicure o insalubri e attribuiscono ai lavoratori il diritto di essere informati sui rischi, di essere coinvolti nelle decisioni organizzative nonché di rifiutarsi di svolgere un lavoro insicuro. Tale normativa si è sviluppata a partire da un insieme di leggi di protezione dei lavoratori in specifici settori produttivi fino a divenire una legislazione di carattere generale applicabile alla maggior parte dei lavoratori. Peraltro, si riscontra, nel trattamento dei lavoratori autonomi, un'ampia differenziazione fra le giurisdizioni territoriali.

L'Ontario garantisce ai lavoratori autonomi la tutela più estesa. La sua definizione di datore di lavoro comprende ogni persona che si accorda con i lavoratori per i loro servizi, e la sua definizione di lavoratore comprende ogni persona che realizza un lavoro per un corrispettivo. Secondo l'opinione della *Court of Appeal* dell'Ontario, questa terminologia significa che i datori di lavoro hanno, nei confronti dei lavoratori autonomi, il dovere di provvedere ad

<sup>67</sup> *Employment Equity Act*, in *S.C.*, 1995, c. 44.

<sup>68</sup> In *R.S.O.*, 1990, c. P.7.

<sup>69</sup> *Pay Equity Act*, in *S.Q.*, c. E-12.001, ss. 8, 9.

un ambiente di lavoro sicuro così come hanno tale dovere nei confronti dei lavoratori subordinati<sup>70</sup>. In ogni caso la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi non è priva di rilevanza. I lavoratori autonomi sono infatti obbligati a conformarsi agli obblighi di legge imposti ai datori di lavoro, come il dovere di usare le misure protettive prescritte, e nell'ipotesi in cui non si adeguino possono essere perseguiti, anche nell'ipotesi in cui l'adempimento dell'obbligo comporti un rilevante onere economico<sup>71</sup>. Conseguentemente un tribunale del lavoro ha stabilito che un lavoratore autonomo non è un lavoratore ai fini dei diritti di partecipazione, come il diritto di partecipare ai comitati per la salute e sicurezza, poiché il provvedimento di legge si riferisce ai luoghi di lavoro dove i lavoratori siano subordinati. Seguendo questa impostazione i diritti di partecipazione, più simili ai diritti connessi alla contrattazione collettiva che ai diritti connessi alla tutela diretta del lavoratore, devono essere vincolati con un legame più stretto ai lavoratori subordinati. I giudici hanno conseguentemente adottato il criterio giuridico relativo al grado di controllo e su quel presupposto hanno ritenuto che un gruppo di tassisti fossero lavoratori autonomi<sup>72</sup>.

La situazione dei lavoratori autonomi nella British Columbia è simile, benché il risultato sia ottenuto attraverso un percorso in qualche maniera diverso e più tortuoso<sup>73</sup>. Altre giurisdizioni territoriali garantiscono ai lavoratori autonomi una tutela considerevolmente inferiore. Nella giurisdizione federale, la maggior parte degli obblighi in capo ai datori di lavoro sono riconducibili unicamente all'ambito del tradizionale rapporto di lavoro. In ogni caso i datori di lavoro hanno il dovere di assicurare che ogni soggetto cui è consentito l'accesso all'ambiente di lavoro sia stato preventivamente istruito all'uso di tutti gli strumenti di sicurezza, all'equipaggiamento, ai dispositivi e agli abiti prescritti, e che le sue attività non minino la salute e sicurezza dei lavoratori subordinati<sup>74</sup>. Diversamente dalla normativa della giurisdizione dell'Ontario, i datori di lavoro non sono tenuti in base alla legge ad obblighi in materia di salute e sicurezza nei confronti dei lavoratori autonomi che lavorano fuori dall'ambiente di lavoro, e non sussiste alcun obbligo in capo ai lavoratori autonomi di conformarsi agli obblighi previsti dalla legge che disciplina la materia. Si evidenzia così la rilevanza delle conseguenze riconducibili alla distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi. Le due decisioni che hanno affrontato la questione sono entrambe relative agli autotrasportatori e, benché differiscano nell'esito, si caratterizzano per il ricorso al *multi-factor test* che accorda rilevanza, ai fini della determinazione della qualificazione del rapporto come di

---

<sup>70</sup> *Occupational Health and Safety Act*, in *R.S.O.*, 1990, c. 0.1, s. 1(1); *R. v. Wyssen*, in *O.R.*, 1992, (3d) 193 (C.A.).

<sup>71</sup> *Occupational Health and Safety Act*, *ibid.*, s. 4; Hutton, [1997], in *O.O.H.S.A.D.*, n. 280 (QL) (Ont. L.R.B.).

<sup>72</sup> 526093 *Ontario Inc. (c.o.b. Taxi Taxi)*, in *O.L.R.B.*, 2000, Rep. May/June 562, § 15.

<sup>73</sup> *Workers' Compensation Act*, in *R.S.B.C.*, 1996, c. 492; B.C. reg. 296/97.

<sup>74</sup> *Canada Labour Code*, in *R.S.C.*, 1985, c. L-2, ss. 125(1)(w), (y).

lavoro subordinato, al grado di controllo, alla proprietà, all'opportunità di profitto e al rischio di perdita <sup>75</sup>.

La normativa della giurisdizione del Quebec predispone per i lavoratori autonomi una tutela ancor più limitata. La sua definizione di datore di lavoro e di lavoratore considera un contratto di servizio come il presupposto per imporre i doveri tipici del datore di lavoro <sup>76</sup>. Ne deriva che la legge non obbliga il datore di lavoro a tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori autonomi. Tuttavia obbliga i lavoratori autonomi che svolgano la propria attività in un ambiente di lavoro in cui operano altri lavoratori a rispettare gli obblighi di legge previsti in capo ai lavoratori in generale nonché quelli imposti al datore di lavoro relativamente ai prodotti, alle procedure, all'equipaggiamento, ai materiali e alle sostanze pericolose <sup>77</sup>. Risulta pertanto evidente, a fronte di tale disciplina, la rilevanza assunta dalla categoria nella quale il singolo soggetto è inquadrato. Peraltro, a dispetto della mancanza di una specifica norma di legge, i tribunali amministrativi sono partiti dall'assunto secondo cui i lavoratori autonomi debbano comunque essere considerati alla stregua dei lavoratori subordinati, ove sia soddisfatto il criterio della dipendenza economica <sup>78</sup>.

In sintesi, benché vi sia stata una tendenza significativa in alcune giurisdizioni territoriali ad abolire o limitare la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi ai fini dell'applicazione delle tutele in materia di salute e sicurezza sul lavoro, permangono comunque differenze alquanto rilevanti nel trattamento dei lavoratori autonomi in relazione alle diverse normative territoriali in materia di salute e sicurezza sul lavoro, così come pure nell'applicazione dei criteri giuridici adottati per operare concretamente la distinzione. Anche quando ai lavoratori autonomi è garantito il beneficio di una tutela diretta, sono, di contro, esclusi dal diritto di istituire e di partecipare ai comitati per la salute e sicurezza sul lavoro. In ogni caso, pur in assenza di un dovere di origine legale, può essere ricostruito in capo ai committenti un dovere di diligenza nei confronti dei lavoratori autonomi che trova la propria fonte nel *common law*, in particolar modo ove il lavoro sia eseguito negli stabilimenti del datore di lavoro <sup>79</sup>.

**2.6.** Le norme in materia di risarcimento dei lavoratori prevedono ad assicurare una tutela economica ai lavoratori che incorrano in un infortunio da cui derivi una invalidità o comunque particolarmente grave ovvero in malattie connesse alla prestazione di lavoro. I principi fondamentali che disciplinano la

---

<sup>75</sup> *Clarke Road Transport Inc. and King*, in *C.L.C.R.S.O.D.*, 2000, n. 10 (QL) (che ha qualificato il rapporto come di lavoro autonomo); *Brymag Enterprises Inc. and Phillips*, in *C.L.C.R.S.O.D.*, 1999, n. 2 (QL) (che ha qualificato il rapporto come di lavoro subordinato).

<sup>76</sup> *An Act Respecting Occupational Health and Safety*, in *R.S.Q.*, c. S-2.1, s. 1.

<sup>77</sup> *Ibid.*, s. 7.

<sup>78</sup> Bernstein, Lippel, Lamarche, *op. cit.*, 77-79.

<sup>79</sup> L'individuazione delle circostanze di fatto nelle quali può conseguentemente sorgere il relativo dovere, nonché il relativo ambito di applicazione, esula dai limiti della presente indagine.



materia sono gli stessi in tutte le giurisdizioni territoriali canadesi: i lavoratori assicurati che si infortunano sul lavoro hanno diritto, indipendentemente da una loro colpa, ad un risarcimento a carico di un fondo amministrato dallo Stato e finanziato da un contributo obbligatorio riscosso sulla retribuzione dei lavoratori rientranti nell'ambito di applicazione di questa forma di tutela. In cambio di tale diritto i lavoratori perdono il diritto di agire in giudizio per danni nei confronti dei datori di lavoro.

La questione fondamentale è, pertanto: quali sono i lavoratori assicurati? Il principio generale è che è assicurato il lavoratore che abbia stipulato un contratto di lavoro subordinato ovvero che è qualificato dalla legge come lavoratore. La distinzione fra lavori subordinati e autonomi, in ogni caso, è una distinzione molto importante, anche in questa materia, poiché la disciplina in materia di tutela assicurativa del lavoratore è inderogabile, i datori di lavoro sono obbligati a versare la loro quota del premio assicurativo e i soggetti individuali sono qualificati come lavoratori solo se fanno richiesta per l'assicurazione e pagano la loro quota di premio. In generale, poi, tutte le giurisdizioni territoriali applicano, per valutare il tipo di rapporto lavoro, il *multi-factor test* che prevede di verificare se nella fattispecie concreta possa concludersi che il singolo soggetto stia conducendo un'impresa autonoma. Ciascuna giurisdizione territoriale, in ogni caso, ha adottato regole proprie per tracciare la distinzione e in taluni casi anche per individuare le relative eccezioni.

Nell'Ontario, tralasciando alcuni lavoratori che operano nell'ambiente di lavoro e i lavoratori occasionali che sono completamente esclusi, la *Workplace Safety and Insurance Act*, individua tre categorie fondamentali: (1) « i lavoratori » per i quali la copertura è obbligatoria; (2) « i lavoratori autonomi » e altri soggetti per i quali la copertura assicurativa è facoltativa ma che comunque devono provvedere a versare per sé i relativi premi e (3) « i datori di lavoro » che sono tenuti al pagamento dei premi per i loro lavoratori subordinati<sup>80</sup>. Gli organi amministrativi e i giudici si sono adoperati per trovare un criterio giuridico adeguato per operare la distinzione fra lavoratori e lavoratori autonomi. Un'influente decisione del 1989 identificò il problema e prospettò la seguente soluzione:

« L'ampia gamma di relazioni aventi ad oggetto una prestazione di servizi che si estende fra il « *contract of service* » (stipulato con un lavoratore subordinato) e il « *contract for service* » (stipulato con un lavoratore autonomo) deve ancora poter essere ricondotta a due aree. Ne consegue che è necessario adottare un criterio flessibile ed estremamente adattabile idoneo a disciplinare le innumerevoli ipotesi di relazioni che rientrano nella gamma delle relazioni di lavoro dalla prospettiva della assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali »<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> *Workplace Safety and Insurance Act*, in S.O., 1997, c. 16, Sch. A, ss. 2, 11 e 12; Gilbert, Liversidge, *Worker's Compensation in Ontario: A Guide to the Workplace Safety and Insurance Act*, Canada Law Book, Aurora, Ontario, 2001, terza ed., 4-5.

<sup>81</sup> Decision n. 921/89, in W.C.A.T.R., 1990, 207, 222.

L'organo giudicante, nel caso di specie, adottò il *business reality test* (criterio della realtà economica), che si articola nella considerazione di un elenco non definitivo di undici fattori che si auspica avrebbe condotto alla formulazione di una decisione coerente con i fatti di causa e con le esigenze di giustizia sostanziale<sup>82</sup>. Il manuale che illustra i criteri giuridici di riferimento per l'organo giudicante fa, invece, riferimento all'*organizational test* e suggerisce ai giudici di considerare le variabili del grado di controllo, della possibilità di conseguire un profitto o subire una perdita, individuando, altresì, un elenco di altri criteri applicabili. Esso inoltre illustra anche dei criteri ulteriori volti specificamente a valutare la rilevanza, rispetto alla fattispecie concreta, di ogni singolo criterio. Per alcuni settori produttivi, come per esempio il settore edile, quello del trasporto del legname, il trasporto a mezzo taxi e il trasporto a mezzo camion, nei quali la distinzione è molto difficile da tracciare, il collegio ha infatti elaborato uno specifico questionario con riferimento al singolo settore produttivo<sup>83</sup>.

La struttura della normativa della British Columbia distingue, invece, fra lavoratori subordinati, per i quali la copertura assicurativa è obbligatoria, e lavoratori autonomi, che possono essere trattati come lavoratori subordinati se optano per il versamento dei propri premi. Tale normativa rinvia ad un criterio che considera una pluralità di fattori ma lo applica in modo sensibile agli obiettivi politici e accorta alle possibili frodi<sup>84</sup>. Ove permane l'ambiguità dopo l'applicazione di questo criterio, in alcune circostanze il *B.C. Workers' Compensation Board* può qualificare l'individuo come « appaltatore di manodopera ». Gli appaltatori di manodopera possono registrarsi come datori di lavoro, ma, se lo fanno, loro stessi e ogni altro lavoratore che impieghino sono considerati come lavoratori subordinati dell'appaltatore principale ovvero della impresa dalla quale sono ingaggiati<sup>85</sup>. In ogni caso la disciplina speciale per l'industria della pesca effettivamente considera ai fini della valutazione della natura del rapporto tutti i pescatori che vendono direttamente i frutti della propria attività come « lavoratori subordinati » e gli acquirenti-distributori commerciali come i loro datori di lavoro<sup>86</sup>.

La struttura della normativa del Quebec differisce da quella dell'Ontario e della British Columbia nel fatto che se, da un lato, la legge distingue fra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi, dall'altro, essa tratta specificata-

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, 223-225.

<sup>83</sup> Ontario, Workplace Safety and Insurance Board, *Operational Policy Manual*, 01-02-03.

<sup>84</sup> « Al fine di conferire piena effettività al principio della tutela inderogabile prevista dalla Legge (Act)... il divieto di annullamento del contratto deve essere applicabile a tutti i contratti che descrivono una parte come un lavoratore autonomo nelle circostanze in cui il rapporto di lavoro è sostanzialmente di natura subordinata » *Re the Employment Relationship*, in *W.C.R.*, 1974, 127, Decision n. 32 (B.C.W.C.B.), 128-129.

<sup>85</sup> La natura complessa di questi accordi è sintetizzata nella Decision n. 98-0563, non pubblicata, 7 aprile 1998 (B.C.W.C.A.D.).

<sup>86</sup> B.C. Workers' Compensation Board, *Fishing Industry and Workers Compensation* (Briefing Paper for the Royal Commission on Workers' Compensation in British Columbia, 27 Marzo 1997).

mente i « lavoratori autonomi » come « lavoratori subordinati » ove prestino la propria opera per un soggetto che ha lavoratori subordinati che svolgono un'attività simile, sempre che non svolgano la propria opera per una pluralità di committenti contemporaneamente, sulla base di contratti stipulati a breve termine e in serie ovvero in maniera intermittente. Il diritto giurisprudenziale che regola la distinzione appare, in vero, ambiguo, rendendo difficile la possibilità di arrivare ad una chiara conclusione relativamente alla prospettiva tenuta dal tribunale che valuta queste materie<sup>87</sup>. In conclusione occorre sottolineare che ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione della normativa federale i lavoratori sono qualificati sulla base della normativa in vigore nel territorio dove svolgono la propria attività.

**2.7.** Il *Canada Pension Plan* (CPP) (Piano pensione del Canada) e il *Quebec Pension Plan* (QPP) (Piano pensione del Quebec) sono istituti disciplinati dalla legge e predisposti per garantire ai cittadini canadesi un ritiro dal lavoro in sicurezza e con dignità. Sono entrambi programmi finanziati da contributi calcolati sulla retribuzione e che assicurano un reddito ai soggetti che hanno cessato l'attività lavorativa e si aggiungono alla *Old age security pension* (OAS), pensione di cui è titolare la generalità dei cittadini, finanziata dal Governo federale attraverso l'erario, e ai piani pensione integrativi finanziati dai datori di lavoro privati. Il CPP e il QPP sono finanziati dai contributi a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori che coprono i costi delle prestazioni e della amministrazione.

Nel regime del CPP e del QPP la tutela è estesa ai soggetti che lavorano e il versamento dei contributi è obbligatorio. In ogni caso è posta una importante distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi in relazione alle formule per il calcolo della contribuzione. La differenza più importante è che i lavoratori autonomi hanno l'obbligo di versare l'intero ammontare dei contributi, mentre i lavoratori subordinati hanno l'obbligo di versarne solo la metà restando l'obbligo di versare l'altra metà a carico del datore di lavoro.

Laddove si ponga il dubbio relativamente alla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, l'ente competente denominato *Human Resource Development Canada*, nella normalità dei casi, dà indicazioni al lavoratore o al datore di lavoro di proporre istanza alla *Canada Customs and Revenue Agency* affinché decida sulla qualificazione del rapporto di lavoro; il soggetto interessato può, peraltro, adire l'*agency* anche autonomamente. Nel decidere su tali fattispecie, l'*agency* adotta un criterio fondato sulla ricorrenza di una pluralità di indici fra i quali riveste particolare importanza l'indice relativo alla valutazione del grado di controllo ma che considera anche indici ulteriori connessi alla proprietà della strumentazione necessaria per eseguire la prestazione, le opportunità di profitto, i rischi di perdita e il grado di integrazione con l'attività del committente/datore di lavoro. Ai lavoratori è richiesta la compilazione di

---

<sup>87</sup> Bernstein, Lippel, Lamarche, *op. cit.*, 77-79; *An Act Respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*, in *R.S.Q.*, 2001, c. A-3, s. 9.

un questionario predisposto per fornire all'agency le informazioni necessarie per applicare tale criterio. In ogni caso i lavoratori devono indicare le ragioni sulle quali fondano la loro pretesa di essere classificati come lavoratori subordinati o autonomi.

Se il lavoratore o il datore di lavoro non sono soddisfatti della decisione della *Human Resource Development Canada*, ciascuna delle parti può sottoporre la questione all'attenzione della *Tax Court of Canada*. Nello stabilire lo status dei lavoratori in relazione ai CPP/QPP e al programma di *Employment Insurance* (EI), la decisione più influente è *Wiebe Door Services Ltd. v. Minister of National Revenue*, una decisione della *Federal Court of Appeal* del 1987. La fattispecie concreta riguardava il rapporto fra la valutazione dei contributi operata dai CPP/QPP e dalla *Unemployment Insurance* (ora EI), contro quella operata dalla impresa relativamente alle figure dei serramentisti che l'impresa aveva considerato come lavoratori autonomi<sup>88</sup>. La *Federal Court of Appeal* statuí in quella circostanza che vi è una unica tecnica di qualificazione relativamente alla rapporto di lavoro subordinato, il *fourfold test* con la conseguenza che la domanda essenziale da porsi diventa « di chi è l'attività economica? »<sup>89</sup>.

**2.8.** EI è un programma previdenziale, legato a contributi sulle retribuzioni teso ad assicurare a persone prive di impiego sussidi di carattere economico (prima parte dell'EI) e sussidi relativi a politiche attive di reinserimento lavorativo (seconda parte dell'EI)<sup>90</sup>. La tutela relativa all'EI è estesa a tutte le persone che in Canada svolgono un « lavoro assicurabile ». I contributi, denominati premi, sono obbligatori; essi coprono i costi sia dei sussidi che dell'amministrazione e sono generalmente divisi fra lavoratori subordinati e datori di lavoro.

Le controversie riguardanti la qualificazione del rapporto come subordinato ai fini della determinazione del prelievo contributivo per i CPP/QPP e per la EI sono in molti casi complesse e sono decise davanti alla *Tax Court*. In ogni caso le controversie relative alla qualificazione del rapporto come di lavoro subordinato sorgono anche al fine di verificare la titolarità a ricevere i sussidi, e queste controversie sono decise da una serie di diverse *agencies* e tribunali amministrativi. Laddove sia in questione la qualificazione come lavoratore subordinato, l'*Employment Insurance Act* prevede che la Commissione per la EI riferisca della questione alla *Canada Customs and Revenue Agency* e sospenda il giudizio fino alla comunicazione della decisione del *Minister of National Revenue* o, in caso di appello, della *Tax Court*<sup>91</sup>. In tali ipotesi il precedente applicabile è il *Wiebe Door Services*, con la conseguenza che fra le

<sup>88</sup> *Wiebe Door Service Ltd. v. Minister of National Revenue*, in *D.T.C.*, 1987, 50/25 (F.C.A.).

<sup>89</sup> Poiché la soluzione del caso concreto venne, allora, a dipendere dalla ricostruzione dei fatti la *Federal Court of Appeal* rimise la causa alla *Tax Court* per la qualificazione del rapporto di lavoro con i serramentisti.

<sup>90</sup> *Employment Insurance Act*, in *S.C.*, 1996, c. 23.

<sup>91</sup> *Ibid.*, ss. 90 (1)(a), 131 (1)(a).

tecniche adottate per la qualificazione del rapporto ai fini della EI domina il *fourfold test*.

Ai fini dell'EI la maggior parte dei rapporti di lavoro oggetto di assicurazione sono rapporti di lavoro eseguiti in virtù di un contratto di lavoro subordinato<sup>92</sup>. Certo la tutela assicurata della EI è estesa per via di ricorso ad alcuni gruppi di lavoratori vincolati in virtù di un contratto di servizi. Questi poteri sono stati esercitati per creare una specifica disciplina per i pescatori in proprio. In sintesi, in base all'EI si ritiene che i pescatori che lavorano in proprio svolgono comunque un lavoro oggetto di assicurazione fintanto che partecipano alla pesca, non pescano per sport e hanno uno specifico interesse in un'impresa consolidata nell'esercizio della pesca. La disciplina in esame inoltre identifica alcuni soggetti determinati, persone o enti, che sono considerati datori di lavoro ai fini del versamento dei contributi<sup>93</sup>. La EI dei pescatori è finanziata dai pescatori stessi e dai datori di lavoro specificatamente individuati, rimanendo rispettivamente responsabili di metà dell'intera contribuzione<sup>94</sup>.

Esiste poi un numero esiguo di professioni — barbieri, parrucchieri, *manicure*, tassisti e altri autisti di veicoli adibiti a trasporto di persone — che pure sono considerate in base alla EI come fattispecie speciali<sup>95</sup>. Benché non in virtù di un contratto di lavoro subordinato, tali lavoratori sono considerati come soggetti che svolgono un lavoro oggetto di assicurazione. Diversamente in base ai CPP/QPP, per i quali in ciascuno di questi casi, i contributi sono divisi fra il titolare o il responsabile dell'attività e il lavoratore autonomo.

**2.9.** Le imposte costituiscono la fonte principale dell'erario<sup>96</sup>. Le imposte sul reddito costituiscono la quota più rilevante delle imposte e del gettito proprio perché costituiscono lo strumento fiscale in Canada maggiormente improntato ai criteri della progressività redistributiva. Alquanto rilevanti sono le conseguenze che derivano ai fini delle imposte dalla qualificazione del rapporto come subordinato. I lavoratori subordinati e autonomi sono trattati in maniera molto diversa, non solo ai fini del prelievo delle imposte attraverso la busta paga,

---

<sup>92</sup> Il lavoro oggetto di assicurazione è definito come « rapporto di lavoro svolto in Canada con uno o più datori di lavoro, in base ad ogni esplicito o tacito contratto di servizi o di apprendistato, scritto o orale, sia che il compenso della persona che lavora sia ricevuto dal datore di lavoro o da un soggetto diverso e indipendentemente dal fatto che il compenso sia calcolato in base al tempo o a cottimo ovvero in parte a tempo e in parte a cottimo o altrimenti », *ibid.*, s. 5 (1)(a).

<sup>93</sup> Fra tali soggetti vi sono coloro che acquistano i frutti della pesca; il capo dei pescatori quando sia membro dell'equipaggio che ha condotto la pesca e ove sia il soggetto che percepisce il compenso lordo per i frutti della pesca; il rappresentante che vende la pesca e al quale è pagato il compenso lordo; il rappresentante comune che può o non essere membro dell'equipaggio e deve pagare i premi a titolo di EI ma può rivalersi sugli acquirenti.

<sup>94</sup> In base a questo istituto, i requisiti di qualificazione sono organizzati sulla base dei compensi più che delle ore: SOR/96-445; SOR/01-74, ss. 5(1)-(6).

<sup>95</sup> SOR/96-332, ss. 6(d), (e).

<sup>96</sup> Hogg, Magee, Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law*, Carswell, Toronto, 1999, 37.

come per l'ipotesi dei CPP/QPP e della EI, ma anche per individuare la responsabilità per le imposte sul reddito <sup>97</sup>.

Poiché gran parte delle questioni connesse con la qualificazione del rapporto lavorativo ai fini delle imposte, dei CPP e QPP e della EI sono decise dalle medesime *agencies* e dalle stesse Corti che ricorrono quindi ai medesimi criteri giuridici di qualificazione, la risposta tende ad essere la medesima. Perlopiù poiché queste questioni emergono tipicamente nell'ambito della determinazione della responsabilità per il versamento delle imposte, anche l'interesse delle parti tende ad essere lo stesso nei diversi contesti. Le imprese hanno, infatti, interesse a qualificare il lavoratore come autonomo sia ai fini della retribuzione che ai fini delle imposte sul reddito, benché rispetto alle imposte sul reddito l'incentivo sia più debole e per lo più di carattere amministrativo. I lavoratori, peraltro, condividono questo interesse per evitare l'imposizione fiscale, mentre lo Stato ha uno specifico interesse a qualificare i lavoratori come subordinati, poiché le imposte riscosse sulle buste paga sono una fonte del gettito in aumento mentre le spese per la conduzione dell'attività rivendicate dai lavoratori autonomi sono difficili da verificare. Quello che, però, distingue la problematica della qualificazione del rapporto lavorativo ai fini delle imposte sul reddito e ai fini dei CPP e QPP e della EI è che nell'ipotesi di imposte sul reddito i lavoratori non hanno mai un incentivo a rivendicare il rapporto di lavoro subordinato. Al contrario ai fini della EI, per esempio, laddove uno dei vantaggi dell'essere considerato un lavoratore dipendente è l'obbligo in capo al datore di lavoro di pagare i contributi al fine di consentire l'esplicarsi dell'intera disciplina che assicura il sussidio ai lavoratori subordinati privi di occupazione. Sotto il profilo delle imposte sul reddito non sussiste un analogo incentivo per i lavoratori che rivendichino la natura subordinata del rapporto: al contrario, i consulenti fiscali continuano a pubblicizzare il lavoro autonomo come « l'ultimo grande paradiso fiscale » <sup>98</sup>.

La sezione 248 dell'*Income Tax Act* definisce il termine « *employment* » come « la posizione dell'individuo che è subordinata ad un altro soggetto [...] anche 'servant' o 'employee' sono termini che individuano soggetti nella medesima situazione » <sup>99</sup>. Tale definizione è generalmente interpretata come un rinvio

---

<sup>97</sup> Gaucher, *A Worker's Status as Employee or Independent Contractor*, in *Tax conference*, 1999, 1; Magee, *Whose Business Is It? Employee versus Independent Contractors*, in W. Crawford & R. Beam (eds.), 45, *Personal Tax Planning*, 584. La qualificazione del rapporto di lavoro acquista rilevanza, ai fini delle imposte, sotto una molteplicità di profili: (1) nella determinazione della natura e dell'ammontare delle spese che il lavoratore ha diritto di dedurre dal reddito ai fini della responsabilità per il versamento delle imposte; (2) nello stabilire il periodo rilevante per l'accertamento del reddito e la sospensione dell'imposizione; (3) nel decidere se i benefici ricevuti dal lavoratore sono assoggettati alle imposte sul reddito; (4) nel richiedere le deduzioni dalla busta paga e i rimborsi da parte dei lavoratori e delle imprese che svolgono i loro servizi nel rispetto dei CPP/QPP e della EI, come pure ai fini delle imposte; (5) nel determinare gli obblighi tributari in relazione a merci e servizi in capo alle imprese e ai lavoratori.

<sup>98</sup> Cestnick, *Self-employment as the Last Real Tax Shelter*, *The Globe and Mail*, Aprile 27, 2002, B1.

<sup>99</sup> In *R.S.C.*, 1985, c. 1 (5th Supp.).

alla distinzione tipica del *common law* e del *civil law* fra « contratto di servizio » (*contract of services*) e « contratto di servizi » (*contract for services*) e conseguentemente, ai fini della qualificazione del rapporto lavorativo, sono adottati i criteri elaborati nell'ambito del *common law*. Tali criteri sono stati elaborati a partire dal semplice criterio relativo al grado di controllo fino ad arrivare al criterio *four in one* adottato nella decisione del caso *Wiebe Door Services* e che costituisce una variazione del classico *fuorfold test* (che considera il grado di controllo, la proprietà dei mezzi di produzione, l'opportunità di profitto e il rischio di perdite) applicato alla luce dell'ammonimento a considerare tutti i fatti ai fini della determinazione della reale natura della rapporto di lavoro. La *Tax Court of Canada* ha riconosciuto il caso *Wiebe Door Services* come precedente di riferimento nella qualificazione del rapporto di lavoro ai fini delle imposte, ma tale sentenza offre, di fatto, una guida modesta in relazione alla valutazione dell'incidenza dei singoli fattori<sup>100</sup>. La dottrina ha, peraltro, sottolineato che le circolari del *Revenue Canada* che, per quanto non legalmente vincolanti, hanno il ruolo di guidare i contribuenti nell'applicazione del sistema di autotassazione, tendono ad accentuare la rilevanza della soggezione al potere di controllo<sup>101</sup>.

Mentre la prima qualificazione del rapporto di lavoro è compiuta direttamente dai contribuenti, gli organi del *Revenue Canada* hanno il potere di contestare tale qualificazione. In ultima istanza, però, sono le Corti che decidono sulle controversie relative all'interpretazione e all'applicazione dell'*Income Tax Act*. Le Corti hanno seguito numerose e diverse prospettive interpretative rispetto alla normativa in materia di imposte. In ogni caso, i giudici tendono ad interpretare la normativa in materia tributaria in modo tale da attribuire la responsabilità ai contribuenti solo se la lettera della disposizione lo prevede espressamente<sup>102</sup>. Tale prospettiva interpretativa, peraltro, contrasta con quella, di carattere rimediale, caratterizzata da interpretazione particolarmente estensiva della lettera della norma al fine di raggiungere l'obiettivo di interesse generale perseguito dal legislatore nell'emanare la disciplina legale.

La prospettiva seguita dalle Corti nell'interpretazione della normativa fiscale aiuta anche a spiegare il motivo per cui i lavoratori sono classificati come lavoratori autonomi ai fini tributari e allo stesso tempo sono classificati come subordinati ai fini del diritto del lavoro, nonostante il fatto che siano invocati i medesimi criteri giuridici e in entrambi i contesti siano considerati analoghi fattori<sup>103</sup>. Una recente decisione della *Federal Court of Appeal*, *Wolf v.*

<sup>100</sup> Gaucher, *op. cit.*, 62-63, 71.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 66-77; Magee, *op. cit.*, 603.

<sup>102</sup> Arnold, *Reflection on the Relationship between Statutory Interpretation and Tax Avoidance*, in *Can. Tax.*, 2001, 1.

<sup>103</sup> Cfr., per esempio, le seguenti decisioni nelle quali la qualificazione del rapporto di lavoro differisce in relazione alla disciplina in materia di imposte e di tutela sul lavoro: *Dynamex Canada Inc. v. Mamona*, *cit.*; *Thomson Canada Ltd. (c.o.b. Winnipeg Free Press) v. Canada*, in *T.C.J.*, 2001, n. 374 (Tax Ct.) (QL) (T.C.C.).

*Canada*<sup>104</sup>, non solo evidenzia l'incertezza che risulta da queste tecniche di processi decisionali, ma evidenzia pure i limiti entro cui le Corti sono disposte a rimettersi alle scelte individuali senza considerare le esigenze di interesse pubblico.

La questione controversa in *Wolf v. Canada* era se un ingegnere meccanico che era stato ingaggiato come consulente dalla Bombardier, la grande industria degli aeroplani, fosse un lavoratore subordinato o un lavoratore autonomo ai fini della normativa fiscale. Sottolineando la rilevanza del fattore relativo al grado di controllo la *Tax Court* sovvertì la decisione del *Revenue Canada* al fine di escludere la legittimità di alcune deduzioni relative alle attività invocate dal contribuente sul presupposto che fosse un lavoratore subordinato e non un lavoratore autonomo. I tre componenti della Corte d'appello hanno accolto all'unanimità l'appello del contribuente in relazione alla qualificazione del suo rapporto di lavoro e hanno stabilito che il caso fosse nuovamente sottoposto all'attenzione del Ministro per il riesame delle ragioni poste a fondamento della domanda con una conseguente nuova decisione. Benché ogni giudice abbia illustrato la propria motivazione e abbia applicato una diversa versione del criterio giuridico utilizzato per la qualificazione del rapporto di lavoro, sembrano tutti aver seguito nella decisione della causa la medesima giustificazione razionale.

Tale giustificazione è stata esplicitata nel modo più chiaro dal giudice Décary: « Abbiamo a che fare in questa ipotesi con un tipo di lavoratore che sceglie di offrire i suoi servizi come un lavoratore autonomo piuttosto che come un lavoratore subordinato e con un tipo di impresa che sceglie di avvalersi di lavoratori autonomi piuttosto che di lavoratori subordinati. Il lavoratore volontariamente sacrifica la propria sicurezza per la libertà [...] »<sup>105</sup>. Richiamando la libertà dei contribuenti di organizzare la loro attività nel modo che preferiscano, purché legittimo, la *Federal Court of Appeal* ha esplicitamente deciso che l'intenzione delle parti nel caso di specie avrebbe dovuto determinare la qualificazione del rapporto di lavoro del contribuente<sup>106</sup>.

Purtroppo la decisione del caso *Wolf* avrà un maggiore rilievo con riferimento ai criteri giuridici per la qualificazione del rapporto di lavoro ai fini della normativa fiscale poiché la fattispecie concerne in primo luogo la definizione accolta nel *Civil Code* del Quebec. In ogni caso, *Wolf* risulta significativo perché illustra i limiti entro i quali l'applicazione dei diversi criteri giuridici dipende dalla presupposta valutazione ad opera della Corte del relativo contesto giuridico. Vern Krishna, uno studioso di diritto tributario, ha scritto:

« Benché non apertamente riconosciuto, vi è una differenza nella propensione delle autorità giudiziarie nel classificare la relazione di lavoro ai fini del diritto tributario rispetto alle altre materie legate al diritto del lavoro. Nel diritto del

<sup>104</sup> *Wolf v. Canada, cit.*

<sup>105</sup> *Ibid.*, § 118. Da una prospettiva analoga, il giudice Desjardin ha riconosciuto la classificazione del contribuente « che accentua il più alto profitto insieme con il più alto rischio, la mobilità e l'autonomia ... ».

<sup>106</sup> *Ibid.*, §§ 119, 124.



lavoro, si riscontra la tendenza a classificare i lavoratori come lavoratori subordinati per consentire loro di giovare dei benefici previsti dalla normativa a questi applicabile al fine di tutelare i soggetti economicamente dipendenti e conseguentemente più vulnerabili. Nel diritto tributario, la situazione di vantaggio è, invece, tipica del lavoratore autonomo con la conseguenza di essere indotti a considerare il rapporto giuridico da una diversa prospettiva»<sup>107</sup>.

Il fatto che i giudici adottino una politica decisionale basata sul punto di vista politico o comunque fondata su un'interpretazione teleologica delle nozioni fondamentali del diritto, peraltro, non sembra essere particolarmente preoccupante. Effettivamente, secondo la *Supreme Court of Canada* nella decisione del caso *Sagaz Industries*<sup>108</sup>, questo è esattamente ciò che i giudici dovrebbero fare quando decidono della qualificazione del rapporto di lavoro. Da questo punto di vista la decisione del caso *Wolf* spicca per la assenza di ogni considerazione da parte della *Federal Court of Appeal* relativamente allo scopo della normativa fiscale delle ragioni per cui il diritto tributario prevede una disciplina diversa per i lavoratori autonomi e per quelli subordinati.

3. L'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di diritto del lavoro individuale e collettivo risulta in Canada un'operazione particolarmente complessa. Benché la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi rimanga determinante, si riscontra l'applicazione di criteri giuridici di qualificazione diversi, l'aggiunta di definizioni estensive di lavoratore subordinato, l'estensione o la limitazione dell'ambito di applicazione dei diversi istituti giuridici *ad hoc* per specifiche categorie di lavoratori. L'ambito soggettivo di applicazione della normativa in materia di diritto del lavoro è diversa fra le diverse giurisdizioni territoriali così come in relazione ai diversi istituti giuridici. Mentre vi sono alcuni schemi ricorrenti — per esempio, l'insieme degli istituti giuridici predisposti per la promozione della giustizia sociale, come in materia di diritti umani e di salute e sicurezza, hanno la più ampia sfera di applicazione mentre l'ambito di applicazione più ristretto si ravvisa in materia di imposte sul reddito — varia considerevolmente l'ambito di applicazione della tutela negli istituti connessi a scelte di regolamentazione dei rapporti economici, che disciplinano le clausole contrattuali e le condizioni di lavoro, e in quelli in materia di sussidio di disoccupazione. In ogni caso, è evidente che la distinzione tradizionale fra lavoratori subordinati e autonomi non si rivela uno strumento funzionale alla definizione dei confini relativamente all'ambito di applicazione della disciplina in materia di tutela del lavoro, sussidio di disoccupazione e imposte sui redditi.

Nonostante alcuni sforzi animati dalla buona intenzione di fronteggiare la difficoltà di imporre categorie legali su un gruppo sempre più ampio e differenziato di lavoratori, legislatori e giudici non sono stati in grado di trovare una

<sup>107</sup> V. Krishna, *Fundamentals of Canadian Income Tax*, Carswell, Scarborough, Ontario, 1995, quinta ed., 192-193.

<sup>108</sup> *Supra*, nota 18.

soluzione soddisfacente alle difficoltà che incontrano nel determinare l'ambito di applicazione delle materie connesse al diritto del rapporto di lavoro subordinato e del lavoro in generale. In alcuni settori del diritto gli sforzi sono stati condotti al fine di ridurre l'essenza della distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi attraverso l'estensione della tutela a soggetti che tradizionalmente non erano qualificati come lavoratori subordinati. Molte giurisdizioni territoriali in Canada hanno ampliato l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina relativa alla contrattazione collettiva ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti, lavoratori che non sono dipendenti dal punto di vista legale ma che lo sono dal punto di vista economico. Peraltro la regolamentazione in materia di contrattazione collettiva solo raramente è estesa ai lavoratori autonomi; in ogni caso, sia la giurisdizione del Quebec che quella federale hanno introdotto per legge una forma di regolamentazione della contrattazione collettiva per gli artisti che pure rientrano nella categoria dei lavoratori autonomi<sup>109</sup>. Un paio di giurisdizioni territoriali sono giunte al punto di rendere la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi irrilevante ai fini di considerazioni di giustizia sociale. Tale strategia è stata adottata per gli istituti per i quali la distinzione riveste un significato modesto, come per la regolamentazione in materia di diritti umani e di salute e sicurezza dei lavoratori. Tuttavia la politica più diffusa è stata quella di mantenere la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi, mentre, attraverso l'emanazione di una regolamentazione specifica, si estende la tutela per alcuni lavoratori che altrimenti ne sarebbero stati esclusi ovvero la si limita per altri che, invece, in virtù dei principi generali, vi rientrerebbero.

Benché questa prospettiva frammentaria sia riuscita a salvaguardare determinati gruppi di lavoratori per specifici profili (per esempio rendendo applicabile nella British Columbia ai pescatori la tutela assicurativa per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), essa mostra limiti rilevanti. Il più evidente è che il procedimento di inclusione o l'esclusione è formulato *ad hoc* ed è condizionato da fattori che hanno poco a che fare con esigenze di ordine pubblico e più a che fare con l'esercizio del potere politico. Per esempio mentre molte giurisdizioni territoriali hanno modificato la loro regolamentazione in materia di contrattazione collettiva per includere i lavoratori autonomi economicamente dipendenti, in risposta al conflitto industriale in un considerevole numero di imprese in cui il ricorso ai lavoratori autonomi stava minando la stabilità delle relazioni collettive, non hanno concesso agli stessi lavoratori i benefici derivanti dalla regolamentazione in materia di livelli minimi di tutela, nonostante la constatazione che essi versano in una situazione di dipendenza economica che li rende assimilabili molto di più ai lavoratori subordinati che ai lavoratori autonomi. Presumibilmente la ragione più rilevante per tale omissione è stata l'assenza di quella pressione politica che invece era stata condotta al fine di ridurre il conflitto industriale. In modo analogo, l'estensione dell'as-

---

<sup>109</sup> MacPherson, *Collective Bargaining for Independent Contractors: Is the Status of the Artists Act a Model for Other Industrial Sectors?*, in *C.L.E.L.J.*, 1999, 355.

sicurazione contro la disoccupazione ai pescatori della costa occidentale è riconducibile sia alla loro condizione svantaggiata che ad una opzione di politica del diritto condotta a livello federale <sup>110</sup>. Un secondo problema con questo tipo di procedimento di estensione delle tutele, basato sulla considerazione di casi singoli, è che esso determina la creazione di nuove categorie legali come i « lavoratori autonomi economicamente dipendenti » per i quali si configurano diritti diversi rispetto ad entrambe le categorie tradizionali dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi. Di conseguenza i confini di tali categorie devono essere definite ai due estremi. Mentre questa prospettiva può consentire ai giudici di creare una regolamentazione maggiormente inclusiva quanto meno sotto alcuni profili, essa crea difficoltà aggiuntive nella definizione dei confini. In breve, il procedimento di continuare ad aggiungere nuove categorie di « lavoratori subordinati » inevitabilmente viene a dipendere da decisioni politiche, a livello ministeriale e amministrativo, formulate specificatamente per casi concreti piuttosto che da una riflessione fondata su principi di carattere più generale che tenga conto dell'ambito di applicazione delle singole tutele. Conseguentemente questa tecnica di individuazione dell'ambito di applicazione soggettivo del diritto del lavoro con ogni probabilità non è in grado di diminuire, anzi verosimilmente può aumentare il già gravoso onere in capo ai giudici relativamente all'applicazione delle definizioni legali a fattispecie concrete complesse ed equivoche.

I giudici in varie decisioni hanno tentato di confrontarsi con il problema dei cambiamenti imposti dalla necessità di tracciare una distinzione fra le categorie in un mondo in cui « la maggior parte delle categorie e dei temi centrali del diritto del lavoro sono euristici piuttosto che descrittivi — concettuali piuttosto che materiali » <sup>111</sup>. In generale i giudici manifestano una viva consapevolezza di questa difficoltà e in risposta hanno adottato criteri giuridici di qualificazione sempre più complessi basati su molteplici fattori che valorizzano gli aspetti del controllo, della subordinazione, della dipendenza economica e dell'integrazione nell'attività economica, stabilendo altresì che il numero stesso dei criteri non è chiuso e che il valore da attribuire ad ogni criterio non è predeterminato. Nel tentativo di realizzare una maggiore coerenza e certezza nel determinare la qualificazione del rapporto come subordinato, alcuni giudici hanno statuito che l'applicazione dei criteri dovrebbe essere condotta sulla base di un'esplicita considerazione dei fini della disciplina di cui si discute l'applicazione. Mentre questa tecnica è solo marginalmente migliore della prospettiva alternativa di carattere legalistico, basata sul far rientrare i lavoratori in categorie legali predeterminate, lasciare che il problema sia risolto attraverso il giudizio appare una misera soluzione per almeno tre ordini di ragioni. Primo, il punto di vista teleologico non risolve il problema della determinazione dell'ambito di appli-

<sup>110</sup> Schrank, *Benefiting Fishermen: Origins of Fishermen's Unemployment Insurance in Canada, 1935-1957*, in *Journal of Canadian Studies*, 1998, 61; Clement, *The Struggle to Organize: Resistance in Canada's Fishery*, McClelland and Stewart, Toronto, 1986, 56-57.

<sup>111</sup> Purcell, *Changing Boundaries in Employment and Organizations*, in Purcell (ed.), *Changing Boundaries in Employment*, Bristol University Press, 2000, 1.

cazione della disciplina; semplicemente cambia la natura dell'indagine. La questione essenziale in base a questa prospettiva non è se il singolo soggetto è un lavoratore subordinato o autonomo, ma piuttosto se il soggetto rientra in una categoria alla quale la regolamentazione in questione dovrebbe applicarsi. In secondo luogo, questa prospettiva presuppone che i giudici rivestano l'ufficio adatto ad identificare lo scopo della disciplina legale e, su questa base, a definire la categoria di soggetti coperti dalla medesima regolamentazione. Questo assunto è estremamente problematico, data la diversità del procedimento decisionale amministrativo, le procedure di nomina e le qualifiche professionali dei giudici, senza contare, poi, la tradizionale funzione di controllo e sorveglianza tipica dell'autorità giudiziaria<sup>112</sup>. In definitiva la prospettiva basata sulla *ratio* per l'applicazione delle definizioni che determinano l'ambito di applicazione della tutela è un processo di valutazione che solo sottilmente si traveste come attività di giudizio. La conseguenza di ricorrere al processo di decisione delle controversie per determinare l'ambito di applicazione della tutela è che si creano, per questa via, i presupposti dell'incertezza di modo che molti lavoratori non sono in grado di conoscere se rientrano o no in quella determinata regolamentazione dovendo, pure, sopportare l'onere di attivarsi per accertarlo. La decisione delle controversie, in sintesi, si configura come un sistema basato su una tecnica decisionale a posteriori che in realtà lascia la qualificazione del rapporto di un ampio numero di lavoratori in larga misura imponderabile, nonostante la natura astratta dei criteri giuridici di volta in volta adottati possa indurre un'illusione di coerenza<sup>113</sup>.

Data la trasformazione nelle relazioni lavorative nell'ultima parte del ventesimo secolo e la mutevole natura del lavoro autonomo, la situazione attuale non solo incentiva di fatto il sorgere di controversie, essa viene anche ad incentivare la manipolazione degli accordi contrattuali al fine di evitare l'incidenza della regolamentazione legale. Recentemente Brian Langille ha sottolineato che « gli sviluppi nell'economia ci hanno indotto a domandare [...] la permanenza dell'accessibilità e della vitalità del contratto di lavoro subordinato quale strumento per sviluppare » una « nozione effettiva » di libertà umana<sup>114</sup>. Dare nuova vita alla definizione legale di lavoratore subordinato attraverso lo sviluppo di criteri giuridici sempre migliori non riesce a cogliere l'essenza del

---

<sup>112</sup> In una recente decisione, sovvertendo la decisione dell'*Appeal Tribunal of the New Brunswick* della *Workplace Health, Safety and Compensation Commission* secondo cui gli autisti per un servizio di consegne erano lavoratori subordinati ai fini del *Worker's Compensation Act*, la maggioranza del *New Brunswick Court of Appeal* non ha neppure valutato il fine della materia in questione riconducendo piuttosto la questione alle categorie tradizionali del *common law*: cfr. *Joey's Delivery Service v. New Brunswick (Workplace Health, Safety and Compensation Commission)*, in *D.L.R.*, 2001, (4th) 450 (N.B.C.A.). La *Supreme Court of Canada*, peraltro, non ha neppure concesso l'autorizzazione a ricorrere in appello: in *S.C.C.A.*, 2001, n. 425(QL). Grazie a Debra Parkes per aver sottoposto il caso alla nostra attenzione.

<sup>113</sup> Davies, *Wage Employment and Self-Employment: A Common Law View*, in *Report to the 6th European Congress for Labour Law and Social Security*, 13-17 settembre, 1999, 165, 167.

<sup>114</sup> Langille, *Labour Policy in Canada – New Platform, New Paradigm*, in *Can. Pub. Pol'y*, 2002, 133, 140.

problema: l'errato presupposto che alla qualificazione legale del rapporto di lavoro autonomo corrisponde l'indipendenza economica e l'autonomia<sup>115</sup>. Un attento esame del lavoro autonomo in Canada suggerisce, infatti, che è giunto il tempo di considerare che la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi ai fini della protezione del lavoro e della regolamentazione dei sussidi di disoccupazione sta progressivamente sfumando. La maggioranza dei lavoratori autonomi richiama molto più da vicino i lavoratori subordinati di quanto accada rispetto agli imprenditori, benché, stando alla disciplina in vigore, molti sarebbero classificati come lavoratori autonomi e pertanto sarebbe loro negata la protezione legale accordata, invece, ai lavoratori subordinati<sup>116</sup>. Ma, come evidenziano i dati statistici, non tutti i lavoratori autonomi sono imprenditori: molti di loro, infatti, dipendono dalla vendita del proprio lavoro. Secondo la relazione stilata dagli esperti nominati dall'Unione europea per considerare i cambiamenti nel mondo del lavoro e i possibili futuri sviluppi del diritto del lavoro, « [...] è consigliabile evitare che si formi un abisso fra lavoratori subordinati protetti dal contratto e le persone che lavorano in virtù di altri tipi di accordi che assicurano una protezione inferiore. Una delle funzioni storiche del diritto del lavoro è stata quella di assicurare la coesione sociale. Esso sarà in grado di continuare ad adempiere questa funzione solamente se sarà in grado di adattarsi all'evoluzione nelle modalità di organizzazione del lavoro nella società contemporanea e non torni ad applicarsi solo a quelle situazioni alle quali era in origine destinato e che stanno diventando sempre meno rappresentative »<sup>117</sup>.

La giustificazione economica per l'adozione di una prospettiva volta ad ampliare l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina lavoristica è legata al raggiungimento dell'obiettivo che si prefigge l'attività economica — migliorare il livello generale di qualità della vita. Secondo l'economista Joseph Stiglitz, « se il miglioramento delle condizioni di vita è oggetto delle scienze economiche, allora migliorare il benessere dei lavoratori diventa un obiettivo di per sé stesso; e solo se si ritiene che il mercato conduca ad esiti di per sé efficienti ci si può sentire sicuri nel non prestare un'esplicita attenzione al benessere dei lavoratori, confidando che il mercato condurrà da solo ai giusti compromessi »<sup>118</sup>. Stiglitz ha identificato un numero di difetti sul piano delle informazioni che producono una distorsione nel funzionamento del mercato. Anche mantenere la distinzione fra lavoratori subordinati e autonomi può costituire un

---

<sup>115</sup> Prendendo una posizione contrastante, Andrew Stewart propone un'interessante nuova definizione legale di « lavoratore subordinato » per sostituire quella tradizionale del *common law*. Egli parte dal presupposto (errato, vorremmo precisare) che i lavoratori subordinati possono essere distinti dai lavoratori autonomi che sono correttamente qualificati come imprenditori. L'A., inoltre, affronta anche numerose questioni connesse e di carattere definitorio. Stewart, *Redefining Employment? Meeting the Challenge of Contract and Agency Labour*, in *Austl. J. Lab. L.*, 2002, 235.

<sup>116</sup> Cfr. il testo che accompagna le note 5 e 6, *supra*.

<sup>117</sup> Supiot, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 22-23.

<sup>118</sup> Stiglitz, *Employment, Social Justice and Societal Well-being*, in *Int'l Lab. Rev.*, 2002, 9, 20.

elemento di distorsione sul mercato. Differenze nel trattamento dei lavoratori sulla base di differenze nella forma contrattuale assunta dalla loro relazione lavorativa indurrà la parte più forte — tipicamente il soggetto che offre lavoro — a creare relazioni di carattere commerciale meno regolamentate rispetto a quelle di lavoro subordinato maggiormente regolamentate. Questo processo induce un meccanismo al ribasso sui salari e sulle condizioni di lavoro che potrebbe non trovare adeguata compensazione in relazione al miglioramento generalizzato dei livelli generali di qualità della vita. Conseguentemente, ampliare l'ambito soggettivo di applicazione delle tutele in materia di diritto del lavoro si rivela anche un importante elemento di politica economica. Per queste ragioni, è giunto il tempo di far crollare la distinzione legale fra lavoratori subordinati e autonomi e di riconsiderare i presupposti per la determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di lavoro, sussidio di disoccupazione e imposte. Invece di tentare di tracciare una nuova linea fra contratti di lavoro subordinato e autonomo, il punto di partenza dovrebbe essere che siano considerati tutti i lavoratori che dipendono economicamente dalla vendita della loro capacità di lavorare, a meno che non sussistano imprescindibili ragioni di ordine pubblico per una più limitata definizione. Questa proposta è inoltre conforme all'obiettivo formulato dall'OIL di sviluppare un quadro politico atto a garantire condizioni di lavoro dignitose, un elemento centrale del quale è « una soglia universale di diritti: un complesso di diritti minimi attribuiti a ciascuno indipendentemente dalla qualificazione del suo rapporto di lavoro »<sup>119</sup>. Dal punto di vista tecnico il cambiamento consiste nello sviluppare strumenti e istituzioni per rendere effettiva la protezione del lavoro per tutte le persone che lavorano per vivere. In maniera tale che, ove si ravvisino considerevoli differenze nelle tipologie di accordi e nelle condizioni alle quali i lavoratori subordinati e i lavoratori autonomi vendono il proprio lavoro, queste differenze siano tenute in considerazione nel progettare la disciplina di tutela del lavoro nonché dell'indennità di disoccupazione piuttosto che nella sua applicazione.

---

<sup>119</sup> Egger, *Towards a Policy Framework for Decent Work*, in *Int'l Lab. Rev.*, 2002, 161, 166.

## Il rapporto di lavoro subordinato: sfide e opportunità

Giuseppe Casale

*Sommario:* **1.** Introduzione. — **2.** L'attività della Conferenza Internazionale del Lavoro nel 1997 e 1998. — **3.** Il tavolo degli esperti. — **4.** Gli studi nazionali. — **5.** La Discussione generale alla Conferenza Internazionale del Lavoro del 2003. — **6.** Il rapporto di lavoro subordinato e la legge. — **7.** Il rapporto di lavoro subordinato e la protezione dei lavoratori in discussione. — **8.** *Segue:* le ripercussioni della mancanza di protezione. — **9.** *Segue:* incertezze relative al raggio d'azione della legge. — **10.** Come colmare i vuoti. — **11.** Considerazioni finali.

**1.** La nozione di “rapporto di lavoro subordinato” è generalmente usata in molti mercati del lavoro per riferirsi ad una relazione di lavoro in cui uno dei due contraenti, indicato come “dipendente” (o più frequentemente “lavoratore”) fornisce una prestazione o un servizio in favore di un altro soggetto (fisico o giuridico), denominato “datore”, a certe condizioni ed in cambio di una retribuzione. In molti degli ordinamenti nazionali, il rapporto di lavoro subordinato ha giocato un ruolo fondamentale nel consentire ai lavoratori l'accesso alla protezione accordata dalle leggi sul lavoro. I profondi cambiamenti attualmente in atto nei sistemi produttivi sortiscono, tra l'altro, l'effetto di accrescere il numero di lavoratori il cui inquadramento all'interno del classico schema della subordinazione è tutt'altro che chiaro e che per questo sono estromessi dalla relativa protezione legale.

La loro situazione è da più di un decennio, in un modo o nell'altro, nell'agenda della Conferenza Internazionale del Lavoro. Il presente contributo intende fornire un'analisi del dibattito sin qui sviluppato, nonché descrivere il contesto che permette a questi lavoratori di rimanere al di fuori del rapporto di subordinazione e di conseguenza senza adeguata protezione e quali siano le ricadute non solo per gli stessi lavoratori, ma anche per i loro datori, per i diversi Governi e per la società in generale.

Con un buon margine di approssimazione, si può dire che la Conferenza ha assunto il concetto di subordinazione come punto di riferimento nell'esaminare le diverse forme di impiego. Le idee espresse in questi dibattiti hanno guidato il pensiero e l'attività dell'Ufficio Internazionale del Lavoro. Negli anni più recenti, la Conferenza ha avviato riflessioni sui lavoratori autonomi, ivi compresi quelli la cui autonomia è solo apparente, o il cui rapporto mostri profili di ambiguità, occupando una zona grigia tra il lavoro dipendente e quello auto-

---

\* Giuseppe Casale è Deputy Director, InFocus Programme on Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration, OIL Ginevra.

no. Sono stati pertanto al centro dell'attenzione il fenomeno del lavoro migrante, i lavoratori domestici, i dipendenti delle agenzie private di collocamento, i minori occupati e i lavoratori delle cooperative e del sommerso. Da segnalare, altresì, l'interesse ai rapporti di lavoro nell'ambito degli incontri sulla sicurezza sociale e sulla tutela per maternità.

2. Nel biennio 1997/98, la Conferenza Internazionale del Lavoro ha esaminato la questione del "lavoro a contratto"<sup>1</sup>. La preoccupazione per questa tipologia di lavoro era stata già espressa in numerose occasioni sin dagli anni Cinquanta dai comitati industriali e dalle conferenze di settore dell'OIL<sup>2</sup>, nonché dalla stessa Conferenza nell'incontro generale sulla promozione dell'auto-impiego del 1990. In quella occasione, la Conferenza aveva raggiunto importanti conclusioni, in riferimento ai lavoratori solo apparentemente autonomi, raccomandando che "la protezione dei lavoratori, inclusi quelli nominalmente autonomi, contro i contratti di subfornitura e i contratti di lavoro con finalità fraudolente dovrebbe essere istituita e rinforzata ove già non operante"<sup>3</sup>.

L'intenzione originaria dell'incontro della Conferenza sul "lavoro a contratto"<sup>4</sup> è stata quella di individuare forme di protezione per talune categorie di lavoratori svantaggiati attraverso l'adozione di una convenzione e di una raccomandazione. I Delegati dei lavoratori hanno vigorosamente invocato la necessità di proteggere i lavoratori esclusi da ogni tutela legale e fattuale; in particolare, questo pensiero è stato espresso dal Vicepresidente della rappresentanza dei lavoratori durante la seconda seduta sugli strumenti di tutela da introdurre, quando ha esplicitamente parlato di "lavoratori non protetti" anziché di "lavoratori a contratto". In questa categoria, egli ha inteso includere i lavoratori coinvolti in rapporti "triangolari", come coloro i quali prestino la

---

<sup>1</sup> Vedi [www.ilo.org/public/english/standards/decl/declaration/text/index.htm](http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/declaration/text/index.htm).

<sup>2</sup> In particolare, la Quinta (1955-56) e l'Ottava (1973) Sessione della Commissione del settore petrolifero e la Seconda Riunione Tecnica Tripartita per l'industria dell'abbigliamento (1980). Cfr. OIL, *Contract labour*, Report VI(1), International Labour Conference, 85th Session, Ginevra, 1997, Annex. Successivamente, la stessa preoccupazione è stata espressa in altre riunioni settoriali, come in quelle dei trasporti, del tessile, dell'abbigliamento, della pelle e delle calzature, del *catering* e del turismo, del legno, dei servizi municipali privatizzati, delle costruzioni, dell'estrazione mineraria, dei media e dello spettacolo.

<sup>3</sup> Risoluzione sulla promozione dell'auto-impiego, adottata il 27 giugno 1990, *Conclusioni*, paragrafi 4, 8, 17(a), 21(b) and (e) and 23(b) in OIL, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 77th Session, Ginevra, 1990. V. anche OIL, *The promotion of self-employment*, Report VII, International Labour Conference, 77th Session, Ginevra, 1990.

<sup>4</sup> Per un resoconto delle relazioni della Commissione della Conferenza sul lavoro a contratto e sulla discussione delle relazioni in seduta plenaria, v. OIL, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 85th Session, Ginevra, 1997, Twentieth sitting, 18 June, and Provisional Record n. 18; and *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 86th Session, Ginevra, 1998, Provisional Record Nos. 16 and 21. I seguenti documenti erano stati preparati dall'Ufficio come base per la discussione: OIL, *Contract labour*, Reports VI(1) and (2), International Labour Conference, 85th Session, Ginevra, 1997; e *Contract labour*, Reports V(1), (2A) and (2B), International Labour Conference, 86th Session, Ginevra, 1998.



propria attività in favore di alcuno nella cornice legale di un contratto civile o commerciale, ma che risultino effettivamente integrati nella struttura aziendale a favore della quale tale attività produca i suoi effetti. Pur tuttavia, l'adozione di una convenzione e di una raccomandazione è rimasta solo una proposta, attesa l'opposizione dei Delegati degli imprenditori: questi infatti sostenevano la scarsa propensione di tali strumenti a creare standard generalmente validi, in considerazione della enorme varietà di accordi e atteggiamenti a livello nazionale, e si mostravano altresì timorosi che gli strumenti proposti avrebbero potuto costituire un'interferenza per la stipulazione di contratti commerciali, con effetti negativi sull'attività economica e sulle prospettive occupazionali.

3. Nei giorni 15-19 maggio 2000 si è tenuto a Ginevra un Incontro Trilaterale di esperti sul tema delle situazioni lavorative sprovviste di adeguata tutela<sup>5</sup>. Il dibattito che ne è seguito ha confermato che i fenomeni di trasformazione dei processi organizzativi del lavoro a livello mondiale sono all'origine di numerose occasioni in cui il modello legale del rapporto di lavoro subordinato (che determina cioè se il lavoratore sia titolare o meno della protezione accordata dall'ordinamento lavoristico) non coincide perfettamente con la realtà delle possibili combinazioni dello scambio lavoro-controprestazione. La tendenza è quella per cui chi dovrebbe ricevere protezione dal sistema del diritto del lavoro ne è talvolta privo anche da un punto di vista sostanziale. Elemento di rilievo della riflessione è senza dubbio quello per cui il grado di sfasatura tra protezione legale e dimensione reale del fenomeno di sottoprotezione varia da Stato a Stato, e, all'interno dello stesso ordinamento, da settore produttivo a settore produttivo. Né si è trascurato di notare come solo alcuni ordinamenti abbiano risposto all'emergenza operando aggiustamenti sull'ambito di incidenza della legislazione in materia di rapporto di lavoro subordinato.

Il tavolo di lavoro degli esperti ha finito pertanto con l'adottare una dichiarazione comune<sup>6</sup>, che sottolinea come gli studi condotti da molti Paesi abbiano incrementato la quantità di informazioni disponibili sulla regolamentazione del lavoro dipendente e sui limiti applicativi della stessa. Proprio al fine di comprendere meglio i problemi sino a quel punto illustrati, nella stessa dichiarazione si è fatto riferimento alla necessità per l'Ufficio di poter essere autorizzato a:

- (a) condurre propri studi aggiuntivi in materia;
- (b) presentare i relativi rapporti finali;

---

<sup>5</sup> L'Ufficio aveva redatto un documento come punto di partenza per la discussione in sede di Incontro Trilaterale; si tratta di OIL, *Meeting of Experts on Workers in Situations Needing Protection* (The employment relationship: Scope), basic technical document (Ginevra, 2000), doc. MEWNP/2000, consultabile all'indirizzo [www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/mewnp/index.htm](http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/publ/mewnp/index.htm). Il resoconto dell'incontro è contenuto in OIL, *Report of the Meeting of Experts on Workers in Situations Needing Protection*, doc. MEWNP/2000/4 (Rev.), appended to doc. GB.279/2, 279th Session, Geneva, Nov. 2000, all'indirizzo [www.ilo.org/public/english/standards/reln/gb/docs/gb279/pdf/gb-2.pdf](http://www.ilo.org/public/english/standards/reln/gb/docs/gb279/pdf/gb-2.pdf).

<sup>6</sup> OIL, *Report of the Meeting of Experts on Workers in Situations Needing Protection*, cit., § 107.

(c) promuovere scambi tra gli studiosi delle varie commissioni nazionali e gli altri esperti e i rappresentanti delle parti sociali, ivi compresi i Delegati della Conferenza OIL.

Punto conclusivo della dichiarazione riguarda invece la necessità per i vari Stati di imboccare o proseguire una politica nazionale di verifica, ad intervalli regolari, del rapporto tra sistemi di protezione legale e dimensione effettiva della garanzia accordata al rapporto di lavoro, la quale, se necessario, sfoci in interventi interpretativi o correttivi della legislazione; un processo di verifica, non si è mancato di sottolineare, che dovrebbe essere condotto in modo trasparente attraverso il coinvolgimento di tutte le parti sociali.

**4.** Oltre alle risoluzioni adottate dalla Conferenza nel 1998 ed alla dichiarazione comune del 2000 sottoscritta dalla Commissione tripartita sui lavoratori in condizione di sottoprotezione, l'Ufficio ha intrapreso altresì una serie di studi nazionali, allo scopo di agevolare l'individuazione e l'analisi delle principali situazioni in cui il rapporto di lavoro non riceve una tutela adeguata, così come i problemi che l'assenza o il difetto di una adeguata tutela possono determinare, nonché di suggerire rimedi opportuni. Gli studi hanno:

(a) confermato l'importanza fondamentale del concetto di "rapporto di lavoro subordinato", su cui i sistemi di protezione del lavoro sono largamente impostati;

(b) evidenziato le carenze sotto il profilo soggettivo della normativa vigente;

(c) confermato il valore e le ripercussioni dei problemi della mancanza di protezione dei lavoratori.

**5.** La 91<sup>a</sup> sessione della Conferenza nel giugno 2003 è stata caratterizzata dal dibattito sul raggio d'azione del rapporto di lavoro subordinato (quinto punto sull'ordine dei lavori). Nelle relative conclusioni<sup>7</sup>, la Conferenza non ha mancato di riconoscere come la protezione dei lavoratori rappresenti il fulcro del mandato dell'OIL. Entro la cornice del Programma per un lavoro soddisfacente (*Decent Work Agenda*), tutti i lavoratori, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica, dovrebbero vedersi riconoscere condizioni di lavoro accettabili e dignitose.

Il concetto di rapporto di lavoro subordinato è comune a tutti i sistemi e tradizioni legali. Vi sono diritti e facoltà che sono previste dalle leggi del lavoro, dai regolamenti e dagli accordi collettivi e attengono specificamente o nascono proprio in virtù dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Una delle conseguenze legate ai mutamenti nella struttura del mercato del lavoro, dell'organizzazione produttiva e alla scarsa applicazione della legge è il fenomeno vieppiù crescente di lavoratori di fatto subordinati ma privi della relativa protezione. È preoccupazione comune tra i Governi, le associazioni dei datori e i sindacati dei lavoratori che delle norme giuslavoriste siano effettivamente

---

<sup>7</sup> OIL, *Provisional Record*, International Labour Conference, 91st Session, Ginevra, 2003, Fifth item on the agenda: The scope of employment relationship (general discussion), n. 21, 21/52-57.

beneficiari tutti coloro i quali si collocano in una posizione che è riconducibile a quella di controparte di un rapporto di lavoro subordinato e che la grande varietà di accordi in base ai quali il lavoratore si impegna a fornire la propria opera possa essere ricondotta all'interno di un'ideale cornice legale.

La Conferenza non ha mancato di rilevare come l'OIL dovrebbe considerare l'opportunità di adottare una risposta transnazionale al problema, ad esempio sotto forma di una raccomandazione, appuntandosi su quelli che sono rapporti effettivi di lavoro subordinato celati sotto diverso nome e sull'esigenza di strumenti che assicurino ai titolari di un rapporto di lavoro l'accesso alle tutele previste dall'ordinamento nazionale di riferimento.

6. Negli ultimi due secoli, il *rapporto di lavoro subordinato* ha costituito il modello tipico di accordo in tutti i mercati di lavoro, in base al quale il dipendente (spesso indicato anche come "il lavoratore") fornisce una prestazione manuale o intellettuale in favore della controparte (persona fisica o giuridica) che prende il nome di datore di lavoro, ponendosi alle dipendenze e sotto l'autorità di quest'ultimo che fissa le condizioni di lavoro in cambio della retribuzione. Questo schema classico, seppure con alcune variazioni, si presenta ancora oggi come fondamentale in molti ordinamenti, così come confermato dalle riunioni sul "lavoro a contratto" tenute dalla Conferenza Internazionale del Lavoro nel 1997/98, dall'incontro della Conferenza che ha condotto all'adozione della convenzione sulle Agenzie Private di Collocamento (la n. 181 del 1997), dagli studi nazionali condotti dall'OIL e dal lavoro della Commissione di esperti sui lavoratori in situazioni di sottoprotezione, nonché da ultimo dalla discussione generale della Conferenza del 2003 sul raggio d'azione del rapporto di lavoro subordinato. Lo stesso orientamento si riflette altresì in molti degli standard internazionali di lavoro: alcune delle Convenzioni e raccomandazioni OIL sono rivolte a tutti i lavoratori senza distinzione, mentre altre si riferiscono specificamente ai lavoratori autonomi.

Il rapporto di lavoro subordinato continua in altri termini a costituire la cornice legale predominante di inquadramento del rapporto di lavoro in molti dei sistemi giuridici nazionali. Vi è di più: uno studio recente ha evidenziato come nei Paesi industrializzati, in particolare, tale modello non è solo predominante ma dimostra altresì di reggere bene ai cambiamenti in atto, smentendo le indagini che persistono nel far derivare dalle modifiche nella regolamentazione del rapporto di lavoro subordinato una minore stabilità e una più marcata flessibilità in termini numerici<sup>8</sup>.

Come si può intuire, le prospettive non sono omogenee ma mutano da regione a regione. Laddove infatti l'economia "emersa" assorbe una piccola parte della popolazione e un alto tasso di disoccupazione gonfia le fila dei lavoratori indipendenti, la realtà è ben diversa; ciononostante, anche in queste ipotesi i lavoratori salariati possono rappresentare in termini assoluti una percentuale

---

<sup>8</sup> Auer, Cazes, *The resilience of the long-term employment relationship: Evidence from the industrialized countries*, in *International Labour Review*, Ginevra, 2000, vol. 139, n. 4, 379-408.

significativa della popolazione attiva, e il diritto del lavoro può comunque fornire strumenti di tutela con riferimento a tutti gli altri lavoratori.

È ormai costume frequente nella letteratura specialistica rilevare l'emergere di nuove tipologie di impiego; l'espressione, tuttavia, si presenta carica di diversi significati e può essere interpretata in più modi, specialmente in relazione a quelle che possono essere le sue conseguenze giuridiche, cosicché appare a questo punto necessaria un'importante distinzione.

La stessa prestazione può essere oggetto di un contratto di lavoro subordinato, dal quale deriva al datore il potere di definire le condizioni di lavoro e di fissare la controprestazione retributiva, ovvero di un contratto di tipo commerciale (o civilistico puro), rispetto al quale alla prestazione svolta in maniera del tutto indipendente corrisponde la fissazione di un compenso. Ciascuno di questi contratti ha delle caratteristiche proprie, differenti per ciascun ordinamento, che determina a quali condizioni la stessa prestazione possa essere ricondotta all'uno o all'altro schema contrattuale.

In alcuni Paesi e in alcuni settori più che in altri, le tipologie di impiego si sono nel corso degli anni sempre più diversificate, divenendo più elastiche, cosicché i lavoratori, accanto al tradizionale rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, sono stati utilizzati dalle imprese in modi sempre più funzionali alle esigenze delle stesse. Sono in molti infatti ad accedere a contratti a tempo determinato, o a tempo parziale, spinti dal proposito di procacciarsi migliori opportunità. Allo stesso tempo, però, in altri casi, queste forme di contratto si rivelano idonee ad assecondare le istanze tanto del lavoratore quanto dell'impresa. Il ricorso alle diverse forme di impiego è in effetti una risposta legittima alle sfide che si presentano alle imprese, come del resto è anche un modo per venire incontro al bisogno di taluni dipendenti di vedersi riconosciute modalità di svolgimento della prestazione più flessibili. Quel che è certo è che tutte queste diverse tipologie ricadono comunque all'interno della fattispecie del lavoro subordinato.

Allo stesso tempo, però, la contrattualistica commerciale e civile, in base alla quale ci si può procurare la stessa prestazione da lavoratori autonomi, è strutturata su termini e condizioni assai differenti. Nel corso degli anni il ricorso a questa tipologia di accordi è divenuto sempre più frequente, e per questi non si può certo invocare la regolamentazione che discende dal contratto di lavoro subordinato.

Il diritto del lavoro è visto come la risposta sociale ad una situazione di chiara disuguaglianza tra le posizioni dei due contraenti, tale per cui chi riceve l'opera o il servizio (il datore) detiene il potere di fissare le condizioni principali del rapporto, ivi compresa la retribuzione, in cambio della quale chi fornisce quella prestazione (il lavoratore) si obbliga. L'esistenza di standard internazionali del lavoro riflette una forte convergenza di opinioni sul tema, perlomeno a larghe linee, tra Paesi con sistemi giuridici diversi.

Il diritto del lavoro influenza il modo di funzionamento della società. Ha contribuito a forti progressi per i lavoratori; al contempo, è stato un fattore determinante nel regolare la competizione tra le imprese; inoltre, al di là delle insufficienze nella sua applicazione in molti Paesi, costituisce da sempre stru-

mento di sviluppo armonico della società e dello Stato. Il fallimento nell'adeguamento delle leggi del lavoro, tuttavia, può condurre alla persistenza di complesse regolamentazioni che sono poco o nulla adatte alle nuove realtà del mercato del lavoro<sup>9</sup>.

Molte leggi nazionali contengono previsioni sul rapporto di lavoro subordinato, in particolare relativamente al suo campo d'applicazione, ovvero specificano i soggetti che sono coperti dalla tutela che esse predispongono. Pur con qualche somiglianza, però, non tutti gli ordinamenti forniscono un quadro completo o omogeneo della questione. In taluni casi, il rapporto di lavoro è oggetto di specifiche previsioni, così come la sua definizione, i soggetti contraenti e le rispettive obbligazioni. In altri casi, invece, si preferisce introdurre meccanismi che facilitino il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato e si prescrivono procedimenti amministrativi e giudiziali di verifica della conformità e di rafforzamento della legge.

Diversi sono i criteri utilizzati per distinguere se si sia di fronte ad un rapporto di lavoro subordinato o meno. Solo a titolo esemplificativo, esso si realizza quando il lavoratore fornisce la propria opera con vincolo di subordinazione rispetto al datore, o mette la propria capacità lavorativa a disposizione di un altro soggetto, o ancora quando la sua prestazione è inserita in un'organizzazione produttiva, o ancora quando non assume su di sé il rischio di impresa. In talune circostanze, la legislazione compie un passo ulteriore e qualifica come lavoratori dipendenti soggetti il cui rapporto si presenti ambiguo, oppure fissa per queste situazioni una presunzione relativa di subordinazione. Viceversa, lo stesso legislatore ben potrebbe escludere dall'area della subordinazione alcuni accordi.

La determinazione dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato dovrebbe essere condotta alla luce dei *fatti*, ovvero di ciò che è stato concordato e svolto dalle parti, e non dal nome che gli stessi hanno attribuito al contratto. Tanto spiega perché l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato sia condizionato dal verificarsi di certe condizioni oggettive (il modo in cui il lavoratore ed il datore hanno stabilito le loro rispettive posizioni, i loro diritti e le loro obbligazioni, e l'effettiva prestazione che deve essere effettuata), piuttosto che dal *nomen iuris* adottato da uno o da entrambi i contraenti. È il principio che nel diritto prende il nome di *supremazia del fatto*, esplicitamente sancito in alcuni ordinamenti nazionali; il principio trova peraltro in molti casi un'applicazione giudiziale anche in assenza di una previsione normativa.

Alcuni ordinamenti si affidano ad elementi indiziari, che evidenzino o propendano a determinare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato; tra questi,

---

<sup>9</sup> "In my view labour law has to show a greater capacity of adaptation if it wants to continue to play a significant role in the new social and economic environment. The changed environment is challenging the very essence of the classic model: namely the idea that national law – and similarly collective bargaining – can regulate with 'imperative' effects and through unitary rules all the major contents of labour relations. Flexibility is the key word, which goes against imperative and rigid labour law", Treu, *Labour law and social change*, public lecture, International Labour Office, Ginevra, Nov. 2002.

il rispetto delle direttive fornite dal datore, la continuità nella disponibilità della prestazione, la disparità socio-economica tra le parti contrattuali e la dipendenza economica del prestatore. Nei Paesi a *common law*, ci si basa su alcuni parametri sviluppati dalla casistica giurisprudenziale, come la titolarità del potere di controllo, l'inserimento nell'impresa, la capacità economica (ovvero rispondendo alla domanda "chi sopporta il rischio finanziario?") e la reciprocità delle obbligazioni. In qualunque sistema, il giudice è solitamente chiamato a valutare sulla base degli elementi effettivi dedotti in contratto, senza alcun riguardo a come il rapporto sia stato determinato sulla carta: in altri termini, se il rapporto si caratterizzi per il potere direttivo di colui cui la prestazione è offerta e che fissa le condizioni di lavoro cui la controparte è tenuta.

L'esistenza di una cornice legale della prestazione di lavoro non esclude, naturalmente, la possibilità di disaccordo quando si tratta di esaminare specifici casi in cui si debba decidere se si tratti di rapporto di lavoro subordinato o meno. Anzi, questa è una ipotesi che si verifica di frequente, considerata la proliferazione e la varietà di situazioni in cui lo *status* del lavoratore è poco chiaro, specchio di una certa inadeguatezza della legge, specie quando essa risulti poco precisa sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione.

**7.** Il contesto entro cui si verifica quel deficit di tutela cui si faceva poco prima riferimento varia da una situazione nazionale all'altra, ma è in tutti casi legata ai cambiamenti significativi nella regolamentazione del rapporto di lavoro, determinata inscindibilmente da alcuni fattori.

Essi sono da ricondurre in parte al fenomeno della globalizzazione<sup>10</sup>, all'innovazione tecnologica e alle trasformazioni nell'organizzazione e nel funzionamento delle imprese, che si accompagnano spesso a processi di ristrutturazione in contesti economici altamente competitivi. Il loro impatto è piuttosto variabile in termini di benefici che gli Stati, le industrie e le imprese possono ricavare. In alcuni contesti nazionali questi fattori hanno contribuito a rendere più vivace il mercato del lavoro, determinando una significativa crescita occupazionale e la creazione di nuove forme di impiego; ma a dimostrazione della difformità di risultati, gli stessi fattori sono stati tra le cause, in altri Paesi, di crescenti disuguaglianze e di forti esuberanti di personale. Nel febbraio 2002, l'OIL ha insediato la Commissione Mondiale sull'Impatto sociale della globalizzazione proprio per trovare risposta alle difficoltà cui sono esposti i lavoratori di fronte ai mutamenti senza precedenti che il mercato globale provoca.

---

<sup>10</sup> In questo contesto, il termine globalizzazione è usato per indicare un "processo di rapida integrazione economica tra Stati retta dalla liberalizzazione del commercio, dai flussi di capitale ed investimenti, cui si accompagna un celere cambiamento tecnologico", come definito in OIL, *Country studies on the social impact of globalization: Final report*, Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade, doc. GB.276/WP/SDL/1, 276th Session, Ginevra, Nov. 1999, § 2. Questo documento contiene i risultati di un'indagine condotta in sette Paesi per raccogliere informazioni sugli effetti della globalizzazione e della liberalizzazione del commercio rispetto al perseguimento degli obiettivi sociali dell'OIL.

I cambiamenti nello *status* occupazionale e gli esuberanti di massa, specialmente nei Paesi in via di sviluppo o in fase di transizione, non sono disgiunti da gravi crisi finanziarie, da forti indebitamenti esterni, da programmi di assestamenti strutturali e privatizzazioni. Si tratta di realtà che si riflettono in una drastica riduzione della capacità finanziaria nazionale e in un sostanziale peggioramento delle condizioni di lavoro. In questo quadro, appare assai significativo il parallelo sviluppo di una economia sommersa e la crescita del lavoro nero.

Sotto altro profilo, i rivolgimenti nella composizione della forza lavoro sono accentuati dai fenomeni migratori, non solo da Stato a Stato ma anche a livello nazionale da settore economico a settore economico. Da ultimo, si deve anche tener conto di una crescente prevalenza del settore dei servizi, di un più largo accesso al mondo lavorativo da parte delle donne, della presenza di fenomeni di iperqualificazione dei lavoratori più giovani in alcuni Paesi, e contemporaneamente di dequalificazione in altri. Sono tutti elementi che non possono non sortire una certa influenza sul comportamento dei lavoratori e sul modo in cui essi affrontano il problema di cercare e mantenere un'occupazione.

Molte imprese, per canto loro, hanno intrapreso processi di riorganizzazione produttiva così da poter utilizzare la forza lavoro in modi sempre più diversificati e competitivi, attraverso tra l'altro il ricorso a forme diverse di contratto, esternalizzando alcune fasi del processo produttivo sotto forma di subappalto o attraverso il coinvolgimento di lavoratori autonomi, o ancora servendosi di agenzie di lavoro temporaneo. Si tratta di espedienti che sono favoriti dal rapido sviluppo tecnologico e dai nuovi sistemi di *management* messi a punto per rispondere alla crescente esigenza di competitività. È peraltro un modello di flessibilità che viene spesso preceduto o accompagnato da riforme normative e istituzionali che si prefiggono di sortire effetti migliorativi sulla domanda e sull'offerta di lavoro o di promuovere forme di auto-impiego come stimolo all'innalzamento dei livelli occupazionali.

Alcuni studi confermano un progressivo allontanamento da parte dei singoli Stati in materia di garanzie del lavoro, e tanto si riverbera per un verso in provvedimenti legislativi che realizzano una riduzione delle risorse per l'attività amministrativa di ispezione e controllo e più in generale per l'applicazione delle leggi del lavoro, per altro in una certa riluttanza a potenziare le politiche del lavoro. Non va dimenticato peraltro che, dal momento che le modifiche negli assetti normativi ed economici si muovono in uno scenario di estrema difficoltà per i sindacati nella quasi totalità dei Paesi considerati, la posizione contrattuale del singolo lavoratore risulta oggi ulteriormente indebolita e compromessa.

**8.** Naturalmente, la mancanza di garanzie nel rapporto di lavoro produce in prima battuta effetti sfavorevoli per i lavoratori e le loro famiglie. Allo stesso tempo, però, un insufficiente livello di protezione può risultare controproducente per le stesse imprese e determinare un impatto negativo sul tessuto sociale; più nello specifico, come già rilevato, la sottoprotezione presenta anche una distintiva caratterizzazione di genere, essendo di tutta evidenza che i cambiamenti sin qui descritti condizionano assai di più le lavoratrici. In

generale, tuttavia, si assiste a fenomeni non solo di perdita di diritti negli “alleggeriti” schemi legali di tutela del rapporto di lavoro, ma anche ad una maggiore resistenza a veder riconosciuti i diritti residui tanto dai competenti servizi ispettivi quanto nelle aule di tribunale. In molti Paesi, peraltro, questi lavoratori occupano i territori di confine dei sistemi di sicurezza sociale e ricevono trattamenti nettamente inferiori rispetto ai loro colleghi inquadrati in un rapporto di lavoro dipendente.

La carenza di garanzie del rapporto di lavoro, del resto, si ripercuote anche sui datori di lavoro nella misura in cui compromette la produttività e distorce la concorrenza tra le imprese, tanto a livello nazionale e di settore quanto a livello internazionale, spesso a detrimento di chi osserva le leggi<sup>11</sup>. Non basta; anche l’ambiguità delle norme di legge può produrre effetti economici indesiderati per le imprese, come nel caso di decisioni giudiziali che provvedano a riclassificare i lavoratori indipendenti come subordinati. Al contempo, un lavoro senza alcuna prospettiva di stabilità o avanzamento professionale può da ultimo avere l’effetto di demotivare il lavoratore e costringere l’impresa a un sempre maggiore ricorso al *turnover*, con incrementi di costi facilmente immaginabili.

Un aspetto ulteriore da prendere in considerazione attiene al fatto che sovente la mancanza di protezione sul lavoro si risolve nella indifferenza datoriale al tema della formazione, specie nei casi in cui essa è ancor più necessitata in ambienti di lavoro con elevati fattori di rischio; le aziende si mostrano pertanto riluttanti nel formare lavoratori che non avranno alle loro dipendenze a lungo, così come è poco probabile che investano nella formazione della forza lavoro che viene loro fornita per subappalto, salvo che ricorrano specifiche esigenze<sup>12</sup>. Il che rende i lavoratori maggiormente esposti al rischio di incidenti sul lavoro a discapito della competitività della stessa impresa, e ad un diverso livello, della competitività del sistema produttivo nazionale. In più, in settori in cui è assai elevato il numero di lavoratori a rischio, l’immagine negativa che si produce può creare seri problemi di reclutamento e conservazione di nuova forza lavoro (si pensi ad esempio al settore edile).

Un livello poco elevato di protezione del lavoro ha da ultimo anche un impatto negativo sulla sicurezza e sul benessere di terzi e in generale della società: è

---

<sup>11</sup> Il tema della concorrenza è esplicitamente menzionato nel primo contratto collettivo stipulato in Italia nel dicembre 2000 per i lavoratori atipici del settore della ricerca. Le parti si sono impegnate nel fissare garanzie per i lavoratori e le imprese committenti, con il fine dichiarato di proteggere i lavoratori e scoraggiare l’uso di altri contratti, forieri di effetti distorsivi sulla concorrenza. Cfr. *Agreement signed for atypical workers in market research*, in *European Industrial Relations Observatory On-line (Eironline)*, all’indirizzo [www.eiro.eurofound.ie/2001/01/inbrief/IT0101171N.html](http://www.eiro.eurofound.ie/2001/01/inbrief/IT0101171N.html).

<sup>12</sup> Le difficoltà che i lavoratori del settore delle costruzioni devono affrontare, e i possibili rimedi, sono tracciati in OIL, *The construction industry in the twenty-first century: Its image, employment prospects and skills requirements*, Report for discussion at the Tripartite Meeting on the Construction Industry in the Twenty-first Century: Its Image, Employment Prospects and Skills Requirements, Ginevra, 2001, TMCIT/2001, all’indirizzo <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/techmeet/tmcit01/tmcitr.pdf>.



risaputo che incidenti come quelli causati dai veicoli pesanti o quelli di grossa entità all'interno di impianti industriali, oltre a causare danni e decessi di soggetti estranei, minano l'equilibrio ambientale. Si è peraltro osservato come il legame tra il rischio di incidenti e scarsi livelli di tutela del lavoro è più evidente quanto più è massiccio il ricorso al subappalto; con questo, non si vuol criticare il contratto in sé, bensì l'uso improprio che se ne può fare, creando o aggravando i fattori di rischio. Uno dei casi esemplari di questo rapporto può essere rinvenuto nel settore dell'energia nucleare, in cui si fa spesso ricorso al subappalto per la manutenzione delle principali stazioni nucleari: è quello che sottolinea uno studio condotto in Francia da un componente dell'Istituto Nazionale per la Salute e la Ricerca Medica (ISERM), ma non dissimile è la situazione nel Regno Unito, dove si è notata una certa "debolezza organizzativa" del settore, o ancora in Slovenia. E se quello dell'industria nucleare è il caso più eclatante, sono numerosi i settori che mettono a repentaglio la sicurezza della popolazione proprio per il ricorso selvaggio a quel tipo di contratto.

**9.** I contrasti o le ambiguità relativi alla natura giuridica di un rapporto per la prestazione di un'opera o di un servizio sono sempre più frequenti. Il rapporto di lavoro subordinato può presentarsi obiettivamente ambiguo oppure alterato; in entrambi i casi quella che si produce è una forte situazione di incertezza sull'ambito di applicazione della legge, sì da annullarne ogni capacità di tutela. Strettamente legati tra di loro, i due fenomeni sono il sintomo di quanta sia oggi la distanza tra la legge e la realtà.

Passiamo a considerare la prima delle due ipotesi, quella dei rapporti di lavoro subordinato oggettivamente ambigui. Nel rapporto di lavoro dipendente standard, lo *status* giuridico del lavoratore non dà di solito adito ad alcun tipo di dubbio. In alcuni casi, tuttavia, nello svolgimento della sua prestazione, il lavoratore gode di un largo margine di autonomia ed è già solo questo dato che può creare qualche perplessità. In altri casi, gli elementi che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato non si mostrano in tutta la loro evidenza, non tanto come risultato di un deliberato tentativo di aggirare la disciplina protettiva, ma come conseguenza della concreta e complessa relazione che lega il prestatore al soggetto cui fornisce la propria opera, o della evoluzione di quella relazione nel tempo. Un esempio assai diffuso di modifica graduale del rapporto è quello del medico, lavoratore autonomo, che cominci a ricevere presso il suo studio i lavoratori di una certa azienda, sulla base di una convenzione, per la quale lo stesso medico riceva un corrispettivo calcolato sul numero delle visite effettivamente svolte; con l'andare degli anni, il numero di pazienti aumenta sino ad occupare la sua intera settimana lavorativa. In aggiunta, per ragioni pratiche, si dà il caso che l'azienda sostituisca il vecchio sistema di pagamento con un corrispettivo su base settimanale o mensile. Il passaggio successivo, di tutta convenienza per i due contraenti, è che il medico chiuda il proprio studio e, d'intesa con l'azienda, effettui la prestazione direttamente sul luogo di lavoro. Quando, anni dopo, il rapporto cessa e l'azienda debba calcolare il compenso che gli è dovuto, non potrà non sollevarsi il problema se

lo *status* giuridico di quel medico, una volta lavoratore autonomo, non abbia acquisito i caratteri della subordinazione. Questa è anche l'ipotesi che si verifica per tutti quei lavoratori, di solito indipendenti — come gli elettricisti, gli idraulici e i programmatori — che gradualmente si impegnano in maniera continuativa verso un solo committente.

In altri casi, specialmente laddove si verificano notevoli cambiamenti negli assetti organizzativi della produzione, è possibile nonché necessario fare ricorso a una pluralità di contratti di lavoro flessibili e dinamici, di cui però risulta difficile predicare l'appartenenza al tradizionale *genus* del rapporto di lavoro subordinato. Un lavoratore può essere assunto per lavorare a distanza senza alcuna determinazione dell'orario, pagato sulla base di uno specifico accordo e assolutamente libero di organizzare il proprio lavoro; ancora, vi sono lavoratori che non metteranno mai piede in azienda, essendo stati reclutati e fornendo la propria prestazione via internet, e magari venendo retribuiti attraverso un bonifico bancario. In tali ipotesi, tuttavia, ove le attrezzature siano fornite dall'impresa, la quale impartisce altresì le direttive per l'esecuzione della prestazione ed esercita un controllo sottile ma forte, non vi sarà chi non consideri quei lavoratori come subordinati.

Un'altra modalità di lavoro che resta ai margini della fattispecie generale è il lavoro gratuito. In Perù, per esempio, il lavoro familiare (ossia quello prestato dal coniuge e dai parenti prossimi) è diventato sempre più diffuso per tutti gli anni Novanta; in Finlandia, sono i volontari ad integrare il lavoro dei dipendenti delle strutture sanitarie, sportive e di quelle che forniscono servizi sociali, tanto da rendere assai ambigua la distinzione tra lavoro gratuito e retribuito. Ulteriori profili di ambiguità derivano altresì dal modo in cui i lavoratori sono identificati, non ultimi da se stessi. Potrebbero pensare di essere lavoratori autonomi, solo perché questa è la definizione che ne dà il loro contratto; oppure potrebbero semplicemente ignorare il loro *status*, come nel caso di quel signore che così ha scritto una volta al direttore di un quotidiano: “ho lavorato dietro compenso per due anni e l'unico beneficio cui ho diritto è un periodo di ferie retribuite. Dove posso ottenere qualche informazione sui miei diritti e sui miei doveri?”

A metà strada tra l'autonomo e il subordinato si collocano i “lavoratori economicamente dipendenti” che sono formalmente autonomi ma il cui fatturato dipenda da uno solo o da pochi committenti. Sono situazioni di difficile illustrazione, oltre che di problematica quantificazione, per via della eterogenea natura degli assetti coinvolti e della mancanza di strumenti di definizione e di rilievo statistico. Se infatti la dipendenza economica non corrisponde sempre alla subordinazione, essa è certamente un indizio per determinare se il lavoratore sia dipendente o autonomo. Uno studio recente condotto dall'Osservatorio Europeo di Relazioni Industriali (EIRO) ha osservato come il lavoro economicamente dipendente non è ancora riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione Europea e della Norvegia, e pertanto non ha ricevuto alcuna specifica regolamentazione, eccezion fatta per alcune norme nazionali che stabiliscono una presunzione legale di subordinazione a favore di alcune situazioni lavorative dai tratti ambigui e caratterizzate

dalla dipendenza economica. Malgrado ciò, il fenomeno del lavoro autonomo in condizioni di dipendenza economica è chiaramente in forte ascesa<sup>13</sup>.

Può sembrare quasi superfluo a questo punto rilevare come nei casi in cui il contratto è evidentemente volto a procurare una prestazione lavorativa in regime di autonomia, è interesse del committente assicurarsi che non vi siano problemi di qualificazione, considerate le responsabilità cui può andare incontro qualora l'autorità (giudiziaria e non) riconosca il rapporto in atto come subordinato<sup>14</sup>.

Per rapporto di lavoro "alterato" deve intendersi invece quello la cui apparenza sia assai difforme dall'effettivo rapporto in atto, allo scopo di annullare o comunque attenuare i livelli di protezione offerti dalla legge. È in altre parole un tentativo di occultare o distorcere il rapporto di lavoro subordinato, o fornendogli diversa veste legale, ovvero semplicemente alterandone alcuni elementi sì da ottenere una sostanziale riduzione di garanzie. L'alterazione può anche riguardare l'*identità del datore*, quando a risultare titolare del rapporto non sia altro che un intermediario dell'effettivo datore di lavoro, il quale si libera così non solo di ogni coinvolgimento nel rapporto ma soprattutto di ogni forma di responsabilità nei confronti dei prestatori.

Il modo più radicale di mascherare un rapporto di lavoro subordinato consiste nell'attribuirgli una differente *natura legale*, che sia quella di un contratto civile, commerciale, cooperativo o associativo-familiare. Gli studi nazionali sono riusciti a identificare gli accordi più frequentemente utilizzati per compiere quest'operazione, rivelando come vi sia un gran numero di contratti civili e commerciali che riescono ad attribuire al rapporto di lavoro le sembianze di un rapporto autonomo. Alcuni degli studi additano tra questi i tirocini formativi: si tratta di forme di impiego sorrette da un interesse pubblico, quello di fornire una preparazione pratica ai più giovani; in realtà, però, vengono sistematica-

---

<sup>13</sup> I lavoratori economicamente dipendenti possono rinvenirsi nei settori più disparati, a seconda del Paese che si considera: possono essere annoverati nel numero i lavoratori dei trasporti; i medici e gli altri professionisti che lavorano nei centri sanitari; i lavoratori domestici qualificati che adoperino le nuove tecnologie; gli agenti assicurativi che non operino in regime di esclusività; i rappresentanti di commercio (che vendano sul posto di lavoro o da casa); i venditori di biglietti della lotteria; gli ambulanti che vendano prodotti di diretto consumo; gli addetti alla distribuzione dei giornali; i corrieri lungo le tratte rurali; i proprietari di *coffee bar* o mini-shop all'interno delle scuole o delle aziende; i lavoratori subordinati divenuti poi collaboratori della impresa presso la quale erano stati in origine assunti; i contadini pseudo-indipendenti in condizioni economiche sfavorevoli, legati da qualche rapporto associativo al proprietario terriero; i tassisti e gli altri conducenti di piccoli veicoli; alcuni lavoratori del settore delle costruzioni, alcuni meccanici o altri lavoratori del settore servizi e della piccola industria manifatturiera; i tecnici e i professionisti delle comunicazioni; i lavoratori della televisione; gli editori; i lavoratori professionisti della ricerca e consulenza; e ancora i *quasi-workers* in Giappone (*franchising*, gestione di drogherie); i telelavoratori, specialmente le donne, raramente assunte come lavoratrici dipendenti; i membri dei centri di assistenza alla terza età (c.d. *silver centers*) che lavorano come assistenti, in via autonoma e di solito senza remunerazione, per quanto alcuni casi giurisprudenziali abbiano provveduto ad assicurare loro una qualche forma di compenso.

<sup>14</sup> V., ad esempio, Fishman, *Hiring independent contractors: The employer's legal guide*, Nolo, Berkeley, 2000, 3<sup>rd</sup> edition.

mente usati tanto nel settore pubblico quanto in quello privato come mezzo per garantirsi costi inferiori di manodopera (rispetto a quelli di un corrispondente contratto di lavoro subordinato) e per di più con livelli di protezione assai più bassi.

L'altra modalità di manipolazione del rapporto di lavoro avviene attraverso la *alterazione del disegno contrattuale*; non si discute cioè sulla natura del rapporto, chiaramente di tipo subordinato, ma essa è volontariamente modificata in alcuni suoi elementi, così da negare ai prestatori determinati diritti e benefici. L'effetto è non dissimile da quello che si è prima tratteggiato. È il caso, per esempio, di contratti a tempo determinato, o per l'esecuzione di una specifica opera, che vengano ripetutamente rinnovati, spesso anche senza soluzione di continuità tra di loro: la conseguenza più evidente è che i lavoratori interessati non riusciranno mai a ottenere lo stesso trattamento garantito ai loro colleghi a tempo indeterminato dalla legge o dai contratti collettivi<sup>15</sup>.

**10.** Di fronte al crescente divario tra la legge e la realtà del rapporto di lavoro subordinato, appare più che mai necessaria l'adozione di misure tendenti a ridurre le distanze. L'obiettivo dovrebbe essere quello di aggiornare e rendere più chiaro l'apparato normativo di riferimento, così da facilitare il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato, e scoraggiare i tentativi di occultarlo. Tenuto conto della proliferazione di rapporti oggettivamente ambigui o "alterati", dovrebbe essere interesse degli Stati membri, con il supporto della parti sociali, procedere ad un'analisi della legislazione nazionale per individuarne le carenze in relazione ai problemi specifici, servendosi eventualmente anche di una valutazione comparata. Così facendo, si sarebbe in grado di determinare la natura e l'entità delle misure necessarie; si otterrebbe pertanto l'effetto di avere un sistema legale sui rapporti di lavoro costantemente aggiornato come parte di un processo di sviluppo continuo e dinamico. Il primo momento di questo piano strategico dovrebbe essere volto a chiarire, completare e determinare nella maniera più precisa possibile l'ambito di applicazione della legge. È in questa circostanza che si rivela assai utile esaminare le forme più comuni di manomissione dello schema contrattuale tipico del lavoro subordinato e i casi in cui si assottiglia il confine tra rapporto di lavoro e rapporto civile e/o commerciale. Il compito dovrebbe consistere proprio nel porre rimedio alle carenze tecniche della normazione al fine di rimediare alle ambiguità e bloccare il fenomeno della fuga dal rapporto di lavoro. Il diritto comparato può offrire in tal senso una vasta gamma di nozioni e strumenti legali relativamente a ciò che può essere considerato lavoro subordinato nonché ai criteri, parametri ed indizi atti a riconoscerne la presenza. Non va nemmeno trascurato il ruolo che hanno i meccanismi e gli organi cui è attribuito il compito di garantire l'effettività della legge e i diritti dei

---

<sup>15</sup> OIL, *Protection against unjustified dismissal*, Report III(4B), International Labour Conference, 82<sup>nd</sup> Session, Ginevra, 1995, § 56.

lavoratori; la loro opera consente che qualunque sia la determinazione concreta del rapporto, lo *status* di lavoratore subordinato possa sempre essere agilmente ricostruito. Non si deve dimenticare, tuttavia, che la legge non copre sempre tutti questi aspetti in maniera eguale e con lo stesso grado di precisione ed efficacia ma che essi variano da Stato a Stato.

I processi di chiarificazione interpretativa non sono tuttavia da soli sufficienti a regolare le ipotesi che non ricadono nell'area attuale di applicazione della legge, richiedendo piuttosto interventi correttivi della stessa legislazione. È uno scopo che può essere raggiunto in diversi modi: innanzitutto, nei casi di rapporti oggettivamente ambigui, in cui alcuni o tutti i tratti del rapporto di lavoro subordinato siano confusi o assenti, la legge potrebbe essere rivista nel senso di una più chiara individuazione della subordinazione, quando, naturalmente, vi sia. In secondo luogo, il legislatore potrebbe estendere la portata delle norme protettive così da includere categorie o settori produttivi esplicitamente o implicitamente esclusi dall'ambito di applicazione della legge (il riferimento è ad esempio ai lavoratori delle piccole o micro-imprese o a quelli delle aree di produzione per l'esportazione, c.d. EPZ<sup>16</sup>); poiché in alcuni Paesi, peraltro, le leggi del lavoro non hanno applicazione generale ma si riferiscono solo ad alcune tipologie di lavoratori, il processo correttivo potrebbe svilupparsi attraverso stadi successivi tendenti a una progressiva generalizzazione delle tutele del lavoro. Da ultimo, si potrebbe ritenere necessario un intervento anche quando la legge, pur adeguata nelle sue previsioni, sia poi sottoposta a interpretazioni restrittive da parte dei giudici.

In ultima analisi, il deficit di tutela solleva problemi di equità da un lato e di flessibilità o adattabilità, dall'altro. Il temperamento tra i due principi appare raggiungibile soltanto attraverso il dialogo sociale che assicuri un largo consenso. I datori di lavoro devono quotidianamente affrontare la sfida della sopravvivenza in un mercato competitivo a livello globale e legittimamente ricercano le soluzioni più convenienti tra quelle che le diverse forme di impiego della manodopera possono offrire. D'altro canto, però, le imprese non possono accrescere la loro produttività servendosi di una forza lavoro scarsamente formata, demotivata e soggetta a continue sostituzioni.

L'equilibrio tra equità e adattabilità è al centro del *Decent Work Agenda*, che si propone di offrire un progetto entro cui conciliare i differenti interessi ed ottenere il consenso attraverso il dialogo sociale. Quest'obiettivo è condiviso anche dagli incontri bilaterali e tripartiti dell'OIL. I singoli Stati hanno poi sperimentato diversi metodi istituzionali e di politica del diritto per trovare il punto di incontro tra gli interessi contrapposti: un buon numero di Stati europei, ad esempio, si è progressivamente allontanato da una situazione in cui

---

<sup>16</sup> V., ad esempio, Oberai, Sivananthiran, Venkata Ratnam (eds.), *Labour issues in export processing zones in South Asia: Role of social dialogue*, OIL, SAAT, New Delhi, Indian Industrial Relations Association (IIRA), 2001, 12, 17, 23, 27, 35.

la flessibilità è causa di instabilità per adottare regole per le quali è la stabilità a favorire la flessibilità<sup>17</sup>.

Il problema dei rapporti oggettivamente ambigui o delle alterazioni dello schema contrattuale non può essere d'altronde imputato solamente alle carenze normative; a contribuire alla diffusione del fenomeno, più sentito in certi Paesi, è lo scarso rispetto della legge, cui si accompagna la difficoltà di assicurarne il rispetto.

La trasgressione è particolarmente sviluppata nei Paesi in via di sviluppo, per quanto anche quelli industrializzati non ne siano affatto immuni. Gli studi condotti sul punto confermano la percezione comune che i tradizionali meccanismi di controllo del rispetto della legge non funzionino come dovrebbero. In particolare, i meccanismi e le procedure che dovrebbero portare al riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato o a identificare con chiarezza le parti effettivamente contraenti si rivelano del tutto insufficienti a prevenire le violazioni delle norme del lavoro e a salvaguardare i diritti dei lavoratori. La questione si fa ancora più preoccupante nel mercato sommerso.

In numerosi ordinamenti, il controllo del rispetto della legge ad opera delle autorità amministrative e giudiziali è fortemente condizionato dalle disponibilità finanziarie, sicché i già limitati poteri a loro attribuiti in molti casi non riescono nemmeno a consentire un'attività di supervisione.

Gli ispettorati di lavoro affrontano notevoli difficoltà nel portare avanti il loro compito. In alcune esperienze nazionali, le probabilità che un ispettore visiti una certa impresa, individuandone le inadeguatezze, fissando i provvedimenti correttivi e verificandone l'adempimento sono scarse quando non addirittura nulle. La situazione si complica ulteriormente quando le aziende sono di enormi dimensioni, o situate in zone remote del Paese, o, per differenti ragioni, quando si tratti di piccole o micro-impresе; per non parlare di quanto incerta sia la possibilità che sia intrapresa un'azione nei confronti di quei lavoratori il cui *status* sia ambiguo o mascherato, pur nelle ipotesi in cui la legge affidi agli ispettori direttamente il potere d'azione per identificare e correggere tali distorsioni.

**11.** Incrementare i livelli di tutela dei lavoratori entro la cornice legale della subordinazione esige che l'effettivo funzionamento dei meccanismi e delle istituzioni chiamate a far osservare le leggi del lavoro. Ciascun ordinamento, a seconda delle carenze evidenziate nel sistema normativo e in quello organizzativo-ispettivo, farebbe bene a semplificare i compiti di controllo sul lavoro e a renderli maggiormente efficaci, potenziando altresì le funzioni di consulenza e supervisione appropriate alle attuali esigenze. La tutela del lavoro è ancora sostanzialmente incentrata sulla figura del rapporto di lavoro subordinato, i cui

---

<sup>17</sup> Cfr. Auer, *Employment revival in Europe: Labour market success in Austria, Denmark, Ireland and the Netherlands*, OIL, Ginevra, 2000, nonché Egger, Sengenberger (eds.), with Auer, Simoni, Vargha, *Decent work in Denmark: Employment, social efficiency and economic security*, OIL, Ginevra, 2003.

tratti essenziali possiedono ancor oggi rilievo generale e di immutata validità pur in presenza di significativi cambiamenti negli assetti organizzativi delle imprese. Eppure, l'incertezza sulla corretta qualificazione giuridica interessa un numero crescente di lavoratori, che, in pratica, resta al di fuori delle garanzie apprestate dal diritto del lavoro. Come si è avuto modo di dimostrare, tanto è in parte un riflesso di una certa approssimazione normativa; appare pertanto evidente che una più intensa efficacia della legge dipende da quanto quest'ultima potrà essere chiarita ed estesa nel proprio ambito d'azione, se è il caso. D'altro canto, però, occorre anche limitare i casi di violazione della legge, approntando strumenti di coazione più forti. In tutte queste situazioni, ci si deve augurare che i singoli Stati membri, con il supporto delle parti sociali, intraprendano un'analisi approfondita che riesca ad individuare tutte le carenze che abbisognano di interventi appositi.