

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale della Associazione Lavoro e Ricerche
Diretta da Luciano Spagnuolo Vigorita e Marco Biagi



Ricerche
Clausole e diritti "sociali"
Nuovi regimi del lavoro a tempo parziale
Le clausole generali tra dottrina e giurisprudenza

Attualità
Trasferimento di azienda e di ramo aziendale

Rassegne
Giurisprudenza italiana: mobbing, licenziamento per zone territoriali
Contrattazione collettiva: il caso Coopbilanciati

Diritto delle relazioni industriali

rivista della Associazione Lavoro e Ricerche -ALAR
anno 11 - numero 2 - aprile 2001

Indice

Clausole e diritti « sociali »		Ricerche
Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa di <i>Edoardo Ghera</i>	pag.133	
La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione di <i>Adalberto Perulli</i>	pag.157	
« Diritti fondamentali al lavoro » e responsabilità degli Stati di <i>Piera Fabris</i>	pag.169	
Nuovi regimi del lavoro a tempo parziale		Ricerche
Le modifiche apportate alla nuova disciplina in materia di lavoro a tempo parziale in Italia di <i>Marina Mobiglia</i>	pag.195	
La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro a termine in Germania il testo della legge con una <i>nota di Michele Tiraboschi</i>	pag.201	
Il nuovo part-time nel Regno Unito di <i>Federica Binocoli</i>	pag.209	
Questioni legali sul tema del lavoro a tempo parziale in Giappone di <i>Katsutoshi Kezuka</i>	pag.219	
La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro a termine in Spagna il testo della legge con una <i>nota di Michele Tiraboschi e Carmen Agut Garcia</i>	pag.231	
Le clausole generali tra dottrina e giurisprudenza		Interventi
Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali di <i>Laura Castelvetri</i>	pag.237	
Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio di <i>Chiarina Sala</i>	pag.249	
Attualità		Attualità
Trasferimento d'azienda e di ramo aziendale: le modifiche apportate alla normativa italiana per l'attuazione della Direttiva n. 98/50/CE di <i>Marina Mobiglia</i>	pag.261	

**Rassegne:
osservatorio sulla
giurisprudenza
italiana**

Osservatorio sulla giurisprudenza italiana

Il mercato del lavoro e la giurisprudenza in materia di licenziamenti (Italia, 1989-1998) di Mario Macis pag.269

Mobbing e tutela del lavoratore: alla ricerca di una fattispecie vietata di Alessandro Boscati pag.285

**Rassegne:
osservatorio sulla
contrattazione
collettiva**

Osservatorio sulla contrattazione collettiva

Le relazioni industriali all'interno della Cooperativa Bilanciai: il contratto integrativo e il codice di comportamento di Alessandra Bastai e Gianluca Verasani pag.293

Abbreviazioni pag.301

Notizie sugli autori pag.303

Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa

Edoardo Ghera (*)

Sommario

1. Introduzione: origine ed evoluzione delle c.d. clausole sociali. **2.** Il modello normativo dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori. **3.** Le c.d. clausole sociali nella legislazione di ausilio finanziario alle imprese. **4.** La legislazione sulle agevolazioni contributive e fiscali. **4.1** Agevolazioni contributive. **4.2** Agevolazioni fiscali. **5.** Estensione della c.d. clausola sociale agli appaltatori e concessionari di pubblici servizi (sentenza n. 226/1998 della Corte Costituzionale). La valutazione dei costi del lavoro negli appalti pubblici (L. n. 327/2000). **6.** Nuovi modelli di clausola sociale: ristrutturazione e liberalizzazione dei servizi pubblici. **6.1.** L'art. 19 D.lgs. 19 novembre 1997, n. 422. **6.2.** Il D.Lgs. 13 gennaio 1999, n. 18. **6.3** L'art. 8, comma 1, D.lgs. 16 marzo 1997, n. 79. **6.4** La mutazione funzionale delle clausole sociali. **7.** Profili di legittimità costituzionale delle c.d. clausole sociali. **7.1** Libertà di iniziativa economica e tutela del diritto al lavoro. **7.2** Le norme sindacali interne di comparti dei servizi di pubblica utilità. **8.** Osservazioni conclusive.

1. Introduzione: origine ed evoluzione delle c.d. clausole sociali.

Secondo la dottrina più accreditata (Mancini, 1972; Bortone, 1979) le c.d. clausole sociali costituiscono un particolare tipo di disposizione normativa che stabilisce, a carico delle imprese che intendono usufruire dei provvedimenti di concessione di benefici e agevolazioni di carattere finanziario o creditizio accordati dallo stato oppure acquisire appalti per l'esecuzione di opere pubbliche — ed ora anche concessioni di pubblici servizi (1) —, l'obbligo di applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti alcune garanzie di tutela minima (prevalentemente di carattere retributivo ma non solo), in particolare assicurando l'osservanza dei contratti collettivi di lavoro.

Le origini di questo meccanismo vincolante, che concretizza una ingerenza della pubblica amministrazione nella disciplina dei rapporti tra le imprese come sopra individuate e i loro dipendenti, non sono recenti. Infatti già nella prima legislazione dello stato unitario era stata avvertita l'esigenza di predisporre misure idonee a garantire la regolare e tempestiva erogazione del salario ai lavoratori impiegati dagli appaltatori di opere pubbliche.

Il primo esempio rilevante di clausola sociale si rinviene nell'art. 357, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F sui lavori pubblici (v. anche art. 22 capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei LL.PP. approvato con D.M. 28 maggio 1895). Questa norma garantiva i salari dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore stabilendo che l'Amministrazione « *previo diffidamento per iscritto all'impresa avrebbe pagato la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corri-*

note

(*) Relazione presentata al Seminario « *Clausole sociali e liberalizzazione nei pubblici servizi* » organizzato da Confindustria (Roma, 14 novembre 2000). Sono state aggiunte le note e sono stati modificati alcuni passaggi.

(1) Corte costituzionale sentenza 19 Giugno 1998, n. 226 (su cui *infra* n. 5).

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

sposta nel termine consueto » utilizzando, all'uopo, le somme dovute « *sul prezzo dei lavori* » (vedi anche articolo 1645 del codice civile del 1865).

Si era dunque in presenza di una disposizione che, attribuendo alla pubblica amministrazione la facoltà di surrogarsi all'appaltatore inadempiente, costituiva una specie di garanzia fideiussoria prestata dallo stato in favore dei lavoratori (e, in questo, anticipava in parte l'analogo disposto successivamente introdotto — per ogni specie di appalto privato o pubblico — dal Codice civile del 1942 dove l'art. 1676 c.c. riconosce ai dipendenti dell'appaltatore una azione diretta verso il committente a tutela dei crediti maturati nel corso dell'esecuzione dell'opera o del servizio). Ma la norma dell'art. 357 ha anche una sua specifica finalità politica, essendo rivolta ad assicurare un giusto equilibrio nel rapporto di lavoro, soddisfacendo così l'interesse dello stato alla regolare e perfetta esecuzione dell'opera (in particolare, assicurando l'utilizzo di « personale scelto sottratto a turbamenti di carattere economico ». (Così Napoletano, 1953, 267 ss; l'A. riprende una osservazione di Carnelutti, 1909, 416 ss, secondo cui « l'equo trattamento assicura che il servizio sarà disimpegnato da un personale scelto e non subirà quei turbamenti, i quali normalmente conseguono ai c.d. conflitti collettivi »).

Diversa da questa finalità di garanzia del credito salariale è invece la finalità perseguita dalle disposizioni legislative che contemplano le clausole sociali di c.d. equo trattamento: queste assolvono piuttosto alla funzione di assicurare ai dipendenti dell'appaltatore un trattamento minimo economico normativo e indirettamente di prevenire l'insorgenza di scioperi e conflitti collettivi.

Si tratta di una legislazione settoriale la cui graduale introduzione si avvale di un nuovo strumento: l'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di lavoro. L'interesse tutelato dalla norma resta di carattere pubblico ma si avvicina, nella sostanza, all'interesse collettivo perseguito dai sindacati identificandosi, in definitiva, con l'interesse ad allargare l'ambito della disciplina posta dalla contrattazione collettiva a tutela dei lavoratori: questa vede estesa la sua area di applicazione con un importante effetto di sostegno dell'azione sindacale (Freni-Giugni, 1971, 153 ss, Mancini, 1972, 543, Balandi, 1973, 698 ss, Centofanti, 1975, 1200).

Entra così in funzione un meccanismo di recezione mediata dei contratti collettivi (secondo il modello poi generalizzato dell'art. 36 St. lav.), utilizzati dal legislatore come parametro di riferimento per l'individuazione dei trattamenti economici e normativi minimi.

Fra le disposizioni di legge che richiamano i contratti collettivi quale parametro per la individuazione dei trattamenti economici e normativi minimi si possono elencare: l'art. 3 L. 23 ottobre 1960 n. 1369, relativo agli appalti di opere e servizi all'interno delle aziende; l'art. 2 L. 22 settembre 1960 n. 1054 relativamente al personale delle imprese concessionarie di autoservizi extraurbani; l'art. 2 D.P.R. 22 novembre 1961, n. 1192 sulla disciplina dell'impiego di manodopera negli appalti delle Amministrazioni autonome, delle Ferrovie dello Stato, dei Monopoli di Stato, delle Poste e Telecomunicazioni; gli artt. 17 e 19 D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, di approvazione del capitolato generale di appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici; l'art. 8 L. 25 giugno 1956, n. 695 recante provvedimenti in favore dell'industria zolfifera; l'art. 43 L. 29 luglio 1957, n. 634 recante provvedimenti per il Mezzogiorno; l'art. 26 L. 26 giugno 1965, n. 717 sulla disciplina degli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno; l'art. 2 L. 8 agosto 1977 n. 573; l'art. 34 D.P.R. 30 giugno 1967, n. 1523 e l'art. 35 D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218 (Testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno) (Mancini, 1972, 544).

Alla base di queste disposizioni vi è la volontà del legislatore di vincolare alla osservanza dei contratti collettivi di lavoro le imprese beneficiarie di agevolazioni statali o, altrimenti, titolari di contratti con le pubbliche amministrazioni. Questa volontà trova un riscontro anche nelle fonti internazionali. Ed infatti alla stessa finalità adempie la L. 2 agosto 1952, n. 1305 – di ratifica della Convenzione OIL 8 giugno 1949, n. 94-Convention sur les clauses de travail (contrats publics)- il cui art. 2 stabilisce che « *les contrats passés par une autorité publique* » conterranno clausole idonee a garantire « *aux travailleurs intéressés, des salaires (...) une durée du travail et d'autres conditions de travail qui ne soient pas moins favorables que les conditions établies (...) par voie de convention collective (...)* ». La descrizione — pur sommaria — delle linee evolutive della legislazione in materia può essere ordinata in tre fasi successive (Centofanti, 1975, 1196 ss). Una prima, anteriore all'ordinamento corporativo, in cui si passa dalle già accennate disposizioni a garanzia del puntuale pagamento delle retribuzioni agli interventi diretti ad assicurare al personale condizioni minime di c.d. equo

trattamento (2); una seconda, che inizia a partire dagli anni cinquanta, laddove vengono emanate disposizioni che garantiscono ai dipendenti di appaltatori di opere pubbliche e di pubblici servizi un trattamento economico non inferiore ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva (3); una terza, infine, che si dispiega dagli anni sessanta sino ad oggi, in cui l'emanazione di provvedimenti (in argomento Centofanti, 1975; e Tullini, 1990, 33 ss.) di agevolazione finanziaria e creditizia per le imprese — specialmente operanti nel Mezzogiorno — è accompagnata dalla inserzione di clausole che subordinano anche la concessione di tali benefici alla garanzia dei diritti e, in genere, delle tutele dei lavoratori.

2. Il modello normativo dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori.

Proprio nella terza e ultima fase evolutiva si colloca l'intervento legislativo più rilevante in materia, costituito dall'art.36 dello Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970 n. 300). Questa norma generalizza e consolida il principio della necessaria ed inscindibile connessione tra attività economica e contrattuale dello Stato e garanzia di tutela di condizioni contrattuali minime per i lavoratori (4). Essa infatti impone alla pubblica amministrazione l'obbligo di inserire nei provvedimenti di concessione dei benefici ivi indicati e nei capitolati di appalto per l'esecuzione di opere pubbliche la « clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona » (co. 2°).

Mentre il richiamo ai capitolati di appalto conferma il tradizionale indirizzo del legislatore nella specifica materia, la norma si segnala per « numerose e significative novità » (Mancini, 1972, 545) quale l'estensione agli enti pubblici diversi dallo stato dell'obbligo di inserire la clausola; il rafforzamento dei meccanismi sanzionatori — fino alla revoca del beneficio e alla esclusione per un tempo massimo di cinque anni da ogni ulteriore concessione o appalto — in caso di inosservanza dell'obbligo; e, soprattutto, la espressa e generale previsione della nuova categoria delle imprese private beneficiarie degli ausili finanziari pubblici.

In effetti con l'espressione « benefici », la norma — come si evince anche dal co. 2° dello stesso art. 36 — intende qualunque agevolazione di natura finanziaria o creditizia discendente da provvedimento dell'autorità amministrativa e dunque con esclusione dei benefici concessi direttamente dalla legge (5), oltre alla tipologia delle operazioni di credito agevolato (in primo luogo il contratto di mutuo) vengono in rilievo le varie specie di sovvenzioni finanziarie pubbliche all'attività economica privata.

Vale la pena di osservare, ancora, che la clausola sociale prevista dell'art. 36 impone agli imprenditori di applicare e fare applicare condizioni non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi (nell'ulteriore enunciato testuale « far applicare » è implicita (Mancini, 1972, 552) la estensione della disposizione ai dipendenti delle imprese appaltatrici e subappaltatrici di commesse affidate dall'impresa titolare del finanziamento o dell'appalto). In ogni caso, una volta inserita nel provvedimento concessorio o nel contratto stipulato tra il privato e la pubblica amministrazione, la clausola sociale attribuisce a ciascuno dei lavoratori un vero e proprio diritto soggettivo alla applicazione del trattamento minimo previsto dal contratto collettivo, senza che ciò comporti una diretta estensione della sua efficacia soggettiva. Il contratto collettivo assolve, invece, la funzione di parametro o termine di raffronto, nel senso di fornire una semplice indicazione del minimo livello normativo e retributivo da rispettare in esecuzione della clausola. Dunque, pur contribuendo a rafforzare l'efficacia dei contratti collettivi e quindi a sostenere l'azione del

note

(2) Si veda al riguardo l'art. 21 L. 30 maggio 1906 n. 272 sulla costruzione ed esercizio delle strade ferrate — in cui si prevede l'osservanza delle norme di « equo trattamento » del personale; si v. ancora il progetto di legge Sacchi del 1910 in materia di capitolati di appalto di opere pubbliche — recante la garanzia di salario « non inferiore a quello normale nelle località dei lavori ».

(3) Preso atto della mancata applicazione dei commi 2°, 3° e 4° art. 39 Cost. il legislatore, dopo la ratifica della Convenzione OIL n. 94 avvenuta con L. 2 agosto 1952, n. 1305, adotta in questo settore una linea di politica del diritto che garantisce il rispetto dei livelli retributivi minimi previsti dalla contrattazione collettiva senza incorrere in violazione dello stesso art. 39 Cost. (così Mancini, 1972, 546).

(4) Così Bortone, 1975.; ed anche Centofanti, 1975, 1200 ss.

(5) In tal senso si veda Cass. 19 agosto 1986, n. 5096, la quale esclude che la disciplina dettata dall'art. 36 sia « invocabile in relazione a benefici disposti direttamente dalla legge, come la cosiddetta fiscalizzazione degli oneri contributivi » .

Le c.d. clausole sociali
 Edoardo Ghera

sindacato, la norma si avvale della tecnica della recezione materiale e indiretta del contratto collettivo, senza spingersi sul versante della estensione generalizzata dello stesso (e dunque senza entrare in contrasto con il modello previsto dall'art. 39 cost. per conferire efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi di categoria) (Mancini, 1972, 546 — 547).

Tutto questo spiega la configurazione, accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante (6), della clausola sociale prevista dall'art. 36 St. lav. come pattuizione a favore di terzi (cfr. in generale art. 1411 c.c.). Ed invero — nonostante la difficoltà di adattare pienamente lo schema del contratto a favore di terzi delineato degli artt. 1411-1414 c.c. ad una clausola negoziale il cui contenuto oltre ad essere normativo e perciò non riferibile ad una prestazione di attività oppure di risultato, si configura come inderogabile (7) — la qualificazione come contratto o clausola a favore di terzi indeterminati ma determinabili « avente per contenuto il diritto a determinati trattamenti, subordinatamente all'assunzione e all'adempimento di una corrispettiva obbligazione di lavoro » (Centofanti, 1975, 1224), sembra attendibile. La conseguenza più importante è che i singoli lavoratori, nella loro qualità di terzo beneficiario, sono titolari — verso il promittente datore di lavoro, per effetto della mera stipulazione (o inserzione) della clausola e senza necessità di alcun atto di adesione o accettazione — dei diritti di credito derivanti dalla applicazione dei trattamenti economici e normativi non inferiori al contratto collettivo di categoria (e, dunque, con salvezza di eventuali trattamenti individuali o aziendali più favorevoli) (8).

Nel caso di mancata inserzione della clausola secondo la dottrina bisogna distinguere tra le ipotesi in cui l'atto che perfeziona il rapporto fra la pubblica amministrazione e l'imprenditore abbia natura contrattuale e le ipotesi in cui si abbia un provvedimento amministrativo. Nella prima ipotesi è stata ritenuta possibile l'applicazione dell'art. 1339 c.c. (a mente del quale « le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti »), con conseguente integrazione del contenuto negoziale attraverso il meccanismo della inserzione automatica della clausola sociale (9). Nella seconda ipotesi, dalla mancata inserzione della clausola dovrebbe derivare, secondo alcuni (Bortone, 1975), l'annullamento dell'atto amministrativo, limitatamente alla parte in cui non è prevista la clausola, da ottenere evidentemente su ricorso proposto dai dipendenti dell'impresa; altri, invece, hanno ritenuto applicabile il meccanismo *ex art.* 1339 c.c. anche ai provvedimenti amministrativi (Centofanti, 1975, 1226-1227) (10).

Tuttavia l'orientamento giurisprudenziale è da tempo consolidato in senso difforme da queste opinioni dottrinali tendenti ad attribuire alle clausole sociali efficacia c.d. reale e cioè automaticamente invalidante delle pattuizioni individuali difformi.

La giurisprudenza ritiene invece che l'obbligo di applicare condizioni non inferiori alla contrattazione collettiva non sia munito di efficacia reale — e quindi non operi di diritto — ma sia subordinato all'effettivo inserimento della clausola nel provvedimento di concessione e nel capitolato di appalto: *L'obbligo stabilito dall'art. 36, L. 20 maggio 1970, n. 300, a carico dell'imprenditore che fruisce di benefici accordati dallo stato o dell'appaltatore o subappaltatore di opere pubbliche (e ora anche del concessionario di pubblico servizio) di applicare o fare applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona, non opera di diritto ma è condizionato all'effettivo inserimento della suddetta « clausola sociale » nei provvedimenti di concessione e nei capitolati di appalto. La « clausola sociale », ove inserita, costituisce una pattuizione a favore del terzo lavoratore il quale può fondare direttamente su di essa le proprie pretese nei confronti del datore di lavoro; mentre nell'ipotesi di omessa inserzione non è configurabile un diritto dei dipendenti di fruire del trattamento minimo previsto dalla*

note

(6) Così Cass., 21 dicembre 1991, n. 13834. V. anche Cass. 25 luglio 1998, n. 7333 e più recentemente Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, e Cass. 29 aprile 1999, n. 4070.

(7) Ne consegue che come l'amministrazione non potrebbe revocare la stipulazione delle clausole così l'eventuale rifiuto del lavoratore beneficiario sarebbe invalido (sulla questione cfr. Centofanti, 1975, 1225-1226).

(8) Per individuare il contratto collettivo di « categoria » cui rinvia l'art. 36 della L. 20 maggio 1970 n. 300, occorre far riferimento alla categoria prevista dall'art. 2070 c.c. (così Cass. 25 luglio 1998 n. 7333) in dottrina, Bellavista, 1999, 462 ss.

(9) Sulla questione, da ultimo, cfr. la rassegna di opinioni riportata in Vincenti, 1998, 429 ss. e spec. 438 ss.

(10) Secondo questa impostazione le clausole a favore dei lavoratori sarebbero ricomprese nel contenuto implicito dell'atto, in quanto imposte dalla legge.

contrattazione collettiva, dovendosi escludere che possa trovare applicazione il meccanismo di integrazione contrattuale previsto dall'art. 1339 c.c. (11).

L'efficacia del vincolo obbligatorio di tutela si estende nel tempo fino al compimento dell'opera, nel caso degli appalti, ovvero per tutto il periodo in cui l'impresa beneficia del provvedimento di agevolazione.

In presenza di violazioni dell'obbligo, accertato dagli organi dell'Ispettorato del lavoro (dai servizi ispettivi della D.P.L.), il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 36 assegna ai ministeri competenti il potere di adottare « opportune determinazioni ». Al di là della genericità dell'espressione, viene espressamente previsto che tali determinazioni possano spingersi fino alla revoca del beneficio od alla risoluzione del contratto di appalto, e nei casi più gravi o di recidiva, alla esclusione dell'impresa da qualsiasi contratto o concessione fino ad un periodo massimo di cinque anni. E' altresì interessante notare che alla sanzione a carico dell'impresa non corrisponde un diritto soggettivo dei lavoratori occupati, azionabile nei confronti dell'ente concedente per inadempimento del beneficiario. Le infrazioni dell'impresa vengono sanzionate esclusivamente sotto il profilo amministrativo ed economico, con misure che possono prevedere anche la revoca dei benefici (12).

In questo modo il legislatore si è avvalso di una tecnica sanzionatoria di tipo promozionale con la specifica funzione di incentivare la estensione generalizzata dei contratti collettivi, sia pure limitatamente alla parte normativa (in effetti è la concessione, in sé stessa, del beneficio a fungere da incentivo alla applicazione dei trattamenti minimi in favore dei lavoratori) (13). Infine, volendosi interrogare sul significato e le finalità delle clausole poste a favore dei lavoratori, si deve tenere conto di due diverse opinioni dottrinali. L'una attribuisce alla norma dell'art. 36 una funzione di sostegno della contrattazione collettiva, sottolineandone gli aspetti promozionali e di valorizzazione dell'attività contrattuale quale strumento di disciplina del rapporto di lavoro, in alternativa alla mancata attuazione dei meccanismi predisposti dall'art. 39 Cost. (14). L'altra (15), che sembra preferibile, individua la *ratio* della norma nella finalità di garantire un livello minimo di tutela ai lavoratori delle imprese che siano appaltatrici di opere o servizi pubblici ovvero beneficiarie di agevolazioni di natura finanziaria e creditizia. A tale finalità di tutela o protezione sociale si aggiunge l'ulteriore finalità di selezionare le imprese contraenti contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello stato ed in violazione dell'obbligo di buon andamento della pubblica amministrazione (cfr. art. 97 cost.), le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro.

3. Le c.d. clausole sociali nella legislazione di ausilio finanziario alle imprese.

Se l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, costituisce l'esempio più noto e, in un certo modo, l'archetipo normativo delle c.d. clausole sociali, non si deve dimenticare che una numerosa e diversificata tipologia di disposizioni di legge a tutela dei lavoratori dipendenti è presente anche nella legislazione di ausilio finanziario alle imprese (Si v. ampiamente Tullini, 1990, 62 ss).

In effetti, già nelle c.d. leggi incentivo alla produzione e alla occupazione degli anni '60 e '70 e, ancora prima, nel quadro degli interventi straordinari per il Mezzogiorno si possono rinvenire non poche disposizioni che subordinano la erogazione dei benefici ivi previsti per le imprese (incluse le agevolazioni finanziarie e creditizie (sovvenzioni di attività oppure di risultato, contributi in conto capitale o in conto interessi, sgravi, franchigie o riduzioni; premi; garanzie) (16) all'inserimento nel provvedimento di concessione e nel capitolato di

note

(11) Così Cass. 10 marzo 1999, n. 2108; si vedano anche Cass. 21 Dicembre 1991, n. 13834, e Cass. 5 giugno 1997, n. 5027.

(12) Così Cass. 28 novembre 1986, n. 7041.

(13) Sulla qualificazione dei benefici contemplati nell'art. 36 come sanzioni promozionali o incentivanti dalla condotta delle imprese si v. Ghera, 1979, 305 ss. e qui 363 ss..

(14) Su questa posizione Centofanti, 1975, 1203 ss. E più prudentemente Mancini, 1972, 546, il quale, pur rilevando l'inadeguatezza del paragone tra clausole di equo trattamento ed estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi, riconosce alla norma dell'art. 36 l'indubbio merito di avere contribuito « a colmare il vuoto che la mancata attuazione dell'art. 39 aveva lasciato nelle zone e nei settori più depressi del nostro paese ».

(15) Così Bortone, 1975, 647; ed anche Cass. Sez. lav. 16 aprile 1996, n. 328.

(16) Sulla classificazione di queste agevolazioni finanziarie (sovvenzioni semplici oppure di risultato) si v. per tutti Serrani, 1971 164 ss.).

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

appalto delle opere finanziate « di una clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario di applicare condizioni economiche e normative non inferiori a quelle stabilite dai contratti collettivi di lavoro della categoria o della zona ». Questa formulazione, identica a quella poi adoperata nell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, si rinviene costantemente nella legislazione sugli interventi per lo sviluppo del Mezzogiorno (cfr. l'art. 43 L. 29 luglio 1957 n. 634; l'art. 26 L. 26 giugno 1965 n. 717; l'art. 34 t.u. 30 giugno 1968 n. 1523; l'art. 35 D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218; L. 1 marzo 1986 n. 64).

In altri casi la tutela è più intensa. Al vincolo di tutela minimale delle condizioni di lavoro si aggiunge infatti l'obbligo di mantenere occupato il numero di unità lavorative previsto per il normale esercizio dell'impresa ed indicato nell'atto di concessione del beneficio.

Così l'art. 9 L. 12 agosto 1977, n. 675 recante provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo di settore; l'art. 9 lett. e) D.M. 28 giugno 1979 e l'art. 9 lett. e) D.M. 10 novembre 1979 recanti le nuove procedure per la concessione delle agevolazioni di cui al D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218 (T.U. sull'intervento straordinario nel Mezzogiorno), subordinano la concessione degli incentivi al mantenimento di determinati livelli di occupazione. In queste fattispecie la c.d. clausola sociale diviene parte integrante di un modello programmatico e, in definitiva, dirigitico di politica industriale; e, trasformandosi in vincolo sociale a carico dell'imprenditore, sembra incorporarsi nell'attività economica del beneficiario, fino a condizionare il modello organizzativo e dimensionale dell'impresa c.d. assistita (c.d. funzionalizzazione dell'impresa) (per tale qualificazione si veda: Spagnuolo Vigorita, 1964, 14 ss.; Serrani, 1977, 209 ss.; Galgano, 1978, 1186 ss.; Buonocore, 1985, I, 929 ss.).

Si tratta di disposizioni ormai non più vigenti (l'intervento straordinario per il Mezzogiorno è stato soppresso a far data dal 15.4.1993 per effetto dell'art. 1 D.Lgs. 30 aprile 1993 n. 96; nonché della L. 19 dicembre 1992 n. 488 sull'intervento ordinario per le aree depresse del territorio nazionale; l'art. 9 L. n. 675 è stato abrogato dall'art. 1 L. 28 novembre 1985 n. 710); ma che, tuttavia, merita richiamare come espressione — propria di un particolare momento storico — di accentuato anche se inefficace dirigismo economico. In un simile contesto si può spiegare la introduzione di incentivi all'occupazione di tipo amministrativo consistenti nella concessione di agevolazioni (contributi e finanziamenti) commisurati al numero degli occupati e basati sul controllo e la certificazione degli organici aziendali.

Al di là del contesto storico-politico datato, da un punto di vista sistematico, queste ed altre disposizioni si collocano in un rapporto di specialità e, nello stesso tempo, di integrazione rispetto alla norma dell'art. 36 st. lav. la quale funge, in sostanza, da norma-cornice (Romeo, 1988, 69 ss). Oltre alla comune finalità di tutela delle condizioni economiche e normative dei lavoratori, deve essere sottolineata la identità del meccanismo operativo: come nella norma statutaria (d'altronde espressamente richiamata nell'art. 35 D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218), nelle leggi speciali la norma fa obbligo (Bortone, 1975, 648) alla pubblica amministrazione di inserire la clausola di tutela dei lavoratori nel provvedimento di concessione dei benefici o nel capitolato di appalto.

Si ha dunque — come nell'art. 36 — uno strumento di tipo negoziale in qualche modo simile al c.d. contratto dettato.

Non mancano tuttavia disposizioni legislative (ad esempio l'art. 8 L. 25 giugno 1956 n. 695 recante provvedimenti in favore dell'industria zoftifera) in cui tale passaggio negoziale è assente: anche qui presupposto per l'operatività del vincolo di tutela in favore dei lavoratori è il provvedimento di erogazione o ammissione al beneficio, ma l'effetto protettivo è indipendente dalla inserzione della c.d. clausola sociale nel rapporto — sia esso di natura contrattuale (mutuo appalto) oppure di concessione con la pubblica amministrazione — tra il privato beneficiario e lo Stato.

È altresì interessante rilevare che le formule normative utilizzate per individuare le condizioni applicabili ai lavoratori sono identiche o comunque equivalenti a quella dell'art. 36 St. lav. (« condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona »).

Secondo l'interpretazione prevalente (Mancini, 1972, 554; v. però Centofanti, 1975, 1223), simili formule sono da riferire ai contratti collettivi nazionali e provinciali anche se non è da escludere un eventuale ed implicito rinvio ai contratti integrativi aziendali.

Inoltre — come già osservato — gran parte della legislazione di ausilio individua il trattamento economico-normativo da applicare indirettamente e cioè mediante una comparazione tra le condizioni di trattamento offerte ed effettivamente praticate dall'imprenditore e quelle previste dai contratti collettivi.

Fanno eccezione a questa regola l'art. 8 L. 25 giugno 1956, n. 695 e l'art. 19 D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063. Nell'art. 8 è stabilito che: « *la concessione dei benefici (...) è subordinata all'osservanza (...) dei vigenti patti di lavoro e degli accordi integrativi regionali e provinciali ed alla regolare corresponsione delle retribuzioni* »; nell'art. 9 « *l'appaltatore deve osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi (...)* ». (Formule, queste, che — invece — pur sottintendendo un'applicazione diretta dei contratti collettivi anziché riferirsi al contratto come parametro o livello minimo di tutela da rispettare, non possono tuttavia dirsi illegittime a fronte dell'art. 39 cost.: va infatti tenuto conto che l'applicazione della norma collettiva dipende dalla volontà dell'imprenditore il quale ha la scelta di utilizzare o meno il beneficio) (Si v. invece Tullini, 1990, 49 ss).

4. La legislazione sulle agevolazioni contributive e fiscali.

Anche in materia di agevolazioni contributive e fiscali alle imprese, il legislatore è intervenuto per subordinare o comunque collegare il beneficio, mirato a stimolare l'attività produttiva e a promuovere l'occupazione, con disposizioni a tutela dei lavoratori e, in particolare, finalizzate a garantire l'applicazione diretta o indiretta dei contratti collettivi di lavoro.

4.1 Agevolazioni contributive.

Ciò è da dire anzitutto per le *agevolazioni contributive* (sgravi contributivi e fiscalizzazione degli oneri sociali).

Come è noto, attraverso tali strumenti si pone a carico della finanza pubblica una quota degli importi corrispondenti ai contributi previdenziali a carico di determinati settori produttivi ovvero delle imprese operanti in determinate zone del paese (Cinelli, 1999, 208 ss.). Lo scopo di queste misure va dunque ravvisato nel tentativo di accrescere o, quanto meno, difendere l'occupazione mediante la riduzione del costo del lavoro ottenuta attraverso il parziale trasferimento dello stesso dalle imprese alla fiscalità generale (e, quindi, a carico dell'intera collettività).

In particolare per sgravi contributivi si intendono le riduzioni degli oneri previdenziali previste in favore delle imprese operanti nel Mezzogiorno (cfr. L. 25 ottobre 1968, n. 1089 e successive modificazioni) con l'obiettivo di incrementare lo sviluppo produttivo e di favorire l'occupazione (Carbone, 1992, 505 ss; Carbone, 1995, 136 ss). Tale disciplina (art. 59 T.U. — D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218), articolata su diversi tipi di sgravio (uno generale, uno aggiuntivo, uno supplementare, con criteri di calcolo differenziati, ed uno totale), avrebbe dovuto cessare fin dal 1980 — ma è rimasta in vigore, grazie a numerose proroghe, fino al 1994. Successivamente, la materia è stata delegificata in conformità degli indirizzi della Comunità europea ed in base a quanto previsto dall'art. 2 L. 14 gennaio 1994, n. 21, il d. interministeriale 5 agosto 1994 ha stabilito una nuova disciplina, con decorrenza dal 1° luglio 1994, degli sgravi per le imprese operanti nelle zone del Mezzogiorno. La nuova normativa prevede, in sostituzione dei precedenti tipi differenziati di sgravio (generale, aggiuntivo, supplementare), uno sgravio unico in percentuali progressivamente decrescenti (dal 14.60 per cento al 10.60 per cento fino al 30 novembre 1996; in materia cfr. da ultimo L. 27 dicembre 1997 n. 449 art. 4 co. 17° e 20°; successivamente modificato dall'art. 3 co. 4° e co. 3°, L. 23 dicembre 1998 n. 448; da notare che, in forza dei successivi co. 5° e 6° della stessa L. n. 448, a tutti i datori di lavoro privati e agli enti pubblici economici operanti nelle regioni meridionali è riconosciuto lo sgravio totale dei contributi INPS per le nuove assunzioni a tempo indeterminato effettuate nel triennio 1999-2001; e ciò alle medesime condizioni stabilite per l'analogo incentivo fiscale tra cui l'osservanza dei contratti collettivi nazionali previste nel co. 6° dello stesso art. 3).

Gli sgravi sono calcolati in percentuale sulle retribuzioni assoggettate a contribuzione al netto dei compensi per lavoro straordinario (è trasparente la finalità di incrementare o quanto meno mantenere il numero degli occupati). Diversamente, la c.d. fiscalizzazione degli oneri sociali consiste nella detrazione di una parte dei contributi obbligatori — in specie dei contributi per l'assistenza di malattia e poi per il S.S.N. (art. 31 L. 28 febbraio 1986 n. 41) — a carico delle imprese (cfr. L. 7 aprile 1977 n. 102; L. 8 agosto 1977 n. 573) e dunque comporta il finanziamento con risorse provenienti dal bilancio dello stato, di una parte del costo del lavoro (Carbone 1997, 451; Cinelli 1999, 209). Il campo di applicazione del

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

beneficio, dapprima limitato alle imprese manifatturiere ed estrattive, è stato progressivamente esteso ad altri svariati settori produttivi; e ciò fino alla soppressione della fiscalizzazione, intervenuta con decorrenza 1.1.1998 a seguito della abolizione dei contributi per il S.S.N. e degli altri contributi già fiscalizzati e la correlativa introduzione dell'IRAP (cfr. L. 23 dicembre 1996 n. 662 art. 3 co. 143 - 144; D.Lgs. 15 dicembre 1997 n. 446 art. 17).

L'operazione di trasferimento degli oneri sociali alla fiscalità generale è stata completata con l'abolizione disposta dall'art. 3 L. 23 dicembre 1998 n. 448, con decorrenza 1.1.1999 da altri minori contributi obbligatori (ENAOLI; costruzione asili nido; assicurazione contro la tubercolosi) già finalizzati.

In questo panorama legislativo in evoluzione la previsione della c.d. clausola sociale è un dato costante. Per beneficiare sia degli sgravi sia della fiscalizzazione la legge richiede l'applicazione ai dipendenti delle condizioni retributive minime previste dai contratti collettivi nazionali e dagli accordi aziendali vigenti per i settori di appartenenza.

In relazione a ciò, si è posto il problema della individuazione del livello contrattuale da applicare in concreto.

A questo proposito bisogna dire che il legislatore ha adottato formule variabili nel tempo. Dapprima il godimento del beneficio è stato subordinato alla applicazione dei contratti collettivi nazionali e degli accordi aziendali di settore (art. 2, L. 8 agosto 1977, n. 573); successivamente al rispetto di trattamenti economici non inferiori a quelli minimi previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (L. 5 agosto 1978, n. 502 art. 4 e L. 28 novembre 1980, n. 782; art. 1 art. 2 D.L. 24 maggio 1982 n. 91 conv. in L. 21 maggio 1982 n. 267); ancora (L. 31 luglio 1986 n. 440 art. 3) al presupposto di denunciare i lavoratori con retribuzioni non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi nazionali e provinciali (la legge non richiede che tali contratti siano stati stipulati da organizzazioni sindacali anche non maggiormente rappresentative: di qui la possibilità di una contrattazione locale « al ribasso »).

Infine il D.L. 9 ottobre 1989, n. 338, conv. L. 7 dicembre 1989, n. 389 ha stabilito che le retribuzioni non potevano essere inferiori a quelle stabilite da « ... leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo (Vedi in tema Carbone, 1997, I, 454 ss). Tuttavia il beneficio è riconosciuto anche alle imprese che non abbiano osservato le condizioni contrattuali minime, purché si impegnino ad adeguare progressivamente il trattamento dei dipendenti a quello stabilito dalla contrattazione nazionale (17).

Va infine osservato — come già per talune disposizioni sugli incentivi all'occupazione (*supra* n. 3) — che il meccanismo operativo degli sgravi contributivi e della fiscalizzazione degli oneri sociali, pur condividendone la finalità, non può essere confuso con la fattispecie negoziale della clausola sociale prevista dall'art. 36. Ed invero, mentre quest'ultima si concretizza nella imposizione di un vincolo di tipo obbligatorio a carico dell'impresa (e, quindi, l'eventuale inosservanza del contratto collettivo, importa la sospensione o la revoca del beneficio), nelle disposizioni di sgravio e di fiscalizzazione, l'applicazione delle condizioni contrattuali minime si configura quale presupposto legale per la nascita del diritto alla riduzione contributiva. In sostanza, il beneficio non è il corrispettivo di un vincolo di contenuto obbligatorio inserito in un provvedimento concessorio emesso dalla pubblica amministrazione in favore di un singolo imprenditore, ma si realizza mediante operazioni di conguaglio tra il credito contributivo e gli importi previsti dalle tabelle edittali (si ha dunque una modificazione della obbligazione contributiva in conseguenza dell'esercizio della facoltà — riconosciuta a qualsiasi impresa che ne faccia istanza documentando di trovarsi nelle condizioni previste dalla legge — di versare i contributi dovuti al netto delle quote di sgravio, oppure fiscalizzate) (Cosi' Romeo, 1988). Segue da ciò che l'imprenditore non può non applicare i contratti collettivi per la parte economica e nello stesso tempo, chiedere lo sgravio o la fiscalizzazione: tale comportamento infatti configurerebbe un inadempimento dell'obbligazione contributiva e l'applicazione delle relative sanzioni civili (18)⁴ (cfr. art. 3

note

(17) C.d. contratti di riallineamento retributivo introdotti con D.L. 1 ottobre 1996, n. 510 (conv. in L. 28 novembre 1996, n. 608), come modificato dall'art. 23, L. 24 giugno 1997, n. 196, e dall'art. 75, L. 23 dicembre 1998, n. 448.

(18) Si v. da ultimo Cass. 2 marzo 1999 n. 1761 « in mancanza di un esplicito obbligo assunto direttamente nei confronti dei dipendenti o dello stesso istituto previdenziale, l'inosservanza del trattamento minimo previsto dalla contrattazione collettiva del settore di attività dell'impresa comporta l'inapplicabilità delle riduzioni contributive

co. 5° D.L. 29 marzo 1991 n. 102 conv. in L. 1 giugno 1991 n. 266 che ha disposto per gli sgravi l'applicazione della somma aggiuntiva secondo i criteri per l'omissione o ritardo nel versamento dei contributi).

Nelle agevolazioni contributive, come nelle agevolazioni fiscali (infra n. 4), è dunque assente un rapporto negoziale tra l'impresa e la pubblica amministrazione e la c.d. clausola sociale, collocandosi all'interno del rapporto contributivo con l'istituto previdenziale (Si veda in generale Cinelli, 1999), si configura non più quale obbligazione derivante — ancorché imposta — da una stipulazione a favore di terzi, bensì quale autonomo obbligo di trattamento minimo che deriva al datore di lavoro dalla sua scelta di fruire della riduzione contributiva.

Se questo è vero, si deve convenire sulla infondatezza del prospettato dubbio di legittimità, per contrasto con l'art. 39 Cost., del meccanismo di raccordo tra riduzioni contributive e osservanza dei minimi contrattuali. La Corte costituzionale (19) — infatti — ha riconosciuto la legittimità di tale meccanismo, in quanto il requisito dell'applicazione dei contratti collettivi non importa una estensione obbligatoria della normativa contrattuale nei confronti di tutte le imprese di un determinato settore, ma produce solamente benefici a vantaggio soltanto delle imprese che liberamente abbiano deciso di applicare quella normativa ai propri dipendenti.

4.2 Agevolazioni fiscali

Considerazioni simili valgono anche per le *agevolazioni fiscali* riconosciute alle imprese allo scopo di promuovere l'occupazione.

Anche in questa materia il legislatore è intervenuto per collegare il godimento del beneficio riconosciuto alle imprese a misure finalizzate alla tutela dei lavoratori e, in particolare, alla applicazione dei trattamenti previsti dai contratti collettivi.

Nella legislazione più recente (Garofalo D. 2000, 20 ss.) allo scopo di promuovere l'occupazione viene utilizzato lo strumento del *credito di imposta*. Il credito, di importo variabile, funziona come premio alle assunzioni, essendo concesso alle imprese le quali assumono nuovi dipendenti con contratto di lavoro a tempo indeterminato, anche parziale, ad incremento del numero degli occupati effettivi (e dunque al netto delle turn-over) anche nelle società controllate. Interessa notare che il riconoscimento del credito — il cui ammontare non concorre alla formazione del reddito e/o della base imponibile IRAP — opera in via automatica e cioè mediante detrazione o compensazione dal versamento delle imposte; la sua fruizione è comunque condizionata ad una serie di requisiti stabiliti dalla legge tra cui alcuni obblighi o c.d. clausole sociali: oltre alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo indeterminato e allo stato di disoccupazione dei neo assunti (certificato attraverso la iscrizione delle liste di collocamento o di mobilità o dalla fruizione della c.i.g.), la legge impone il rispetto delle prescrizioni sulla salute e la sicurezza dei lavoratori di cui al D.Lgs. 19 settembre 1994 n. 626 e successive modificazioni e integrazioni; e, soprattutto, la osservanza dei contratti collettivi nazionali per i soggetti assunti (cfr. art. 3 lett. f) g) h) e art. 4 L. 23 dicembre 1998 n. 448; in precedenza art. 4 L. 27 dicembre 1997 n. 449).

Il campo di applicazione del credito di imposta — fin qui limitato alle piccole e medie imprese operanti nelle aree determinate dal legislatore in funzione del tasso di disoccupazione e comunque situate nei territori di cui all'obiettivo I del regolamento (CEE) n. 2052/88 e successive modificazioni — viene esteso a tutti i datori di lavoro dalla legge finanziaria per l'anno 2001 (cfr. art. 5: quest'ultima norma precisa (lett. c) che i contratti collettivi nazionali di lavoro devono essere osservati « anche con riferimento ai soggetti che non hanno diritto al credito di imposta »).

5. Estensione della c.d. clausola sociale agli appaltatori e concessionari di pubblici servizi (sentenza n. 226/1998 della Corte Costituzionale). La valutazione dei costi del lavoro negli appalti pubblici (L. n. 327/2000).

Si è detto (*supra* n. 2) che l'art. 36 St. lav. ha previsto l'inserimento della clausola di equo

sulle retribuzioni corrisposte e non già l'obbligo di versamento della contribuzione corrispondente alle maggiori retribuzioni previste dal contratto collettivo rispetto a quelle effettive ».

(19) Si v. Corte cost., 16 luglio 1987, n. 270, in *Foro it.* 1987 I, c. 1064.

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

trattamento (oltre che negli atti di concessione di benefici) esclusivamente nei « *capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche* ». In virtù di questa precisa formulazione, restavano esclusi dall'area applicativa della norma statutaria gli appalti di servizi e, in genere, i contratti di fornitura alle pubbliche amministrazioni nonché le concessioni di servizio pubblico, realizzandosi così una sostanziale diversità di trattamento tra fattispecie similari (e, secondo la maggior parte della dottrina (la dottrina ha sempre criticato l'esclusione dei rapporti contrattuali tra imprese e P. A. dall'ambito di applicazione della norma statutaria: si veda per tutti Freni - Giugno, 1971, 153 ss.), una ingiustificata diversità di trattamento e quindi una discriminazione contrastante con il principio costituzionale di uguaglianza sancito nell'art. 3 co. 1°, cost.). Del resto anche la Convenzione OIL n. 94/49, comprensiva di ogni specie di appalto, era in disarmonia con l'art. 36 St. lav..

Ciò nonostante soltanto di recente la questione di legittimità della previsione restrittiva contenuta nell'art. 36 è venuta all'attenzione della giurisprudenza (essa è stata sollevata dalla S.C. che ha dichiarato con ordinanza del 16 aprile 1996, n. 328 non manifestamente infondata a fronte dell'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36 St. lav. nella parte in cui non prevede « *l'inserzione obbligatoria della clausola di equo trattamento nei contratti aventi ad oggetto la concessione di pubblici servizi (...)* »).

La Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza del 19 giugno 1998, n. 226 (20), dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 36 L. 20 maggio 1970, n. 300 « *per contrasto con l'art. 3 Cost. nella parte in cui non prevede che, nelle concessioni di pubblico servizio, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il concessionario di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona* ».

La Corte, dopo aver richiamato la *ratio* della norma ravvisandola nell'esigenza — laddove nell'esercizio di un'attività imprenditoriale intervenga la Pubblica Amministrazione — di garantire uno *standard* minimo di tutela ai dipendenti coinvolti, ha affermato che tale livello minimo di protezione sociale si giustifica nelle concessioni di pubblici servizi allo stesso modo degli appalti di opere pubbliche.

Ed infatti anche nella concessione di pubblici servizi la clausola di equo trattamento risponde al principio della « *migliore realizzazione dell'interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la Pubblica Amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o turbative)... E ciò in vista dell'esigenza della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico che l'imprenditore è tenuto a realizzare, attraverso una ricerca di mezzi adeguati e pertinenti allo scopo, tale da comportare una selezione tra gli stessi (soprattutto in tempi di eliminazione dei regimi monopolistici). In tal senso, anche i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di 'equo trattamento', concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo* ».

Questa impostazione è stata confermata dalla Cassazione, la quale ha ritenuto compresa nell'ambito applicativo dell'art. 36 St. lav. — così come ridefinito dalla pronuncia del giudice costituzionale — una convenzione stipulata tra una regione ed una casa di cura privata, qualificandola come concessione amministrativa di pubblico servizio (21).

In conclusione la *ratio* dell'art. 36 L. n. 300 viene identificata non solo nella istanza sociale di garanzia di uno *standard* minimo di tutela del lavoro subordinato ma anche nell'esigenza che nell'attività contrattuale della mano pubblica, la concorrenza non sia falsata da pratiche di sottosalario e di deterioramento delle condizioni di lavoro; e, per questa via, siano assicurati i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 cost.).

In linea con la sentenza n. 226/1998 della Corte costituzionale è anche il più recente intervento legislativo in materia (si tratta della L. 7 novembre 2000 n. 327 sulla valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto di lavori pubblici, di servizi e di forniture). Ai fini della aggiudicazione delle gare e della valutazione, ove previsto, delle c.d. offerte anomale, « gli enti e le amministrazioni pubbliche sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati compa-

note

(20) Corte cost. 19 giugno 1998 n. 226, RC 1998, I, p. 2423 con nota di Pera.

(21) Cass. 29 aprile 1999, n. 4070.

rativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali » (art. 1 co. 1°); « in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione » (co. 2°).

A tutela degli *standards* di sicurezza, « nella valutazione dell'anomalia delle offerte, quando si tratti di settori non disciplinati dalla legge 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modificazioni, e dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e successive modificazioni gli enti aggiudicatori sono tenuti altresì a considerare i costi relativi alla sicurezza che devono essere specificamente indicati e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture » (co. 3°).

Infine ai sensi del co. 4° « sono considerate anormalmente basse ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 25 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, le offerte che si discostino in modo evidente dai parametri di cui ai commi 1, 2 e 3 ».

Con queste previsioni il legislatore sembra avere superato la prospettiva dell'equo trattamento e la tecnica del rinvio ai contratti collettivi; e, soprattutto, ha scelto di subordinare in via preventiva al rispetto delle condizioni di lavoro *normali* e non più soltanto minime la stessa possibilità della aggiudicazione degli appalti.

6. Nuovi modelli di clausola sociale: ristrutturazione e liberalizzazione dei servizi pubblici.

In conclusione — secondo la interpretazione autorevolmente confermata dalla Corte costituzionale — l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori ha stabilito in via permanente e, tendenzialmente omnicomprensiva una connessione tra la attività economica e, in particolare, contrattuale della pubblica amministrazione e la garanzia delle condizioni contrattuali minime per i lavoratori.

Similmente, in materia di agevolazioni contributive e fiscali la applicazione delle condizioni contrattuali minime costituisce presupposto necessario per il godimento dei relativi benefici (v. *supra* n. 4).

Si può dunque riconoscere — nelle c.d. clausole sociali di equo trattamento — la estrinsecazione di un principio di sostegno e valorizzazione della contrattazione collettiva e, insieme di tutela — o garanzia — dei diritti individuali dei lavoratori. In effetti, attraverso la promozione dell'applicazione degli *standard* minimi di trattamento, la norma legislativa si propone non tanto l'obiettivo della estensione c.d. indiretta dei contratti collettivi (questa è, semmai, la tecnica adoperata dal legislatore), quanto l'obiettivo di assicurare migliori condizioni di impiego ai lavoratori dipendenti delle imprese destinatarie delle c.d. clausole sociali. Il richiamo ai contratti collettivi, trova quindi giustificazione in un principio generale di tutela del lavoratore subordinato — principio ricompreso o comunque riconducibile nella generica garanzia apprestata dall'art. 35 co. 1° cost. al lavoro in tutte le sue forme ed esplicazioni — simile ed anzi complementare al principio, implicito nell'art. 39 co. 4° cost. che — affidando ai contratti collettivi ivi previsti la funzione di stabilire una disciplina dei rapporti di lavoro obbligatoria per tutti gli appartenenti alla categoria professionale — assegna alla contrattazione e all'autonomia collettiva la funzione di determinare i trattamenti minimi necessari al riequilibrio della inferiorità contrattuale e perciò alla tutela della posizione individuale del lavoratore (sulla correlazione esistente, all'interno del principio di tutela del lavoro sancito nell'art. 35 cost. tra il principio della protezione del contraente debole e la promozione dell'autotutela collettiva cfr. Treu, 1979, 1 ss. e spec. 4 ss.). Un simile collegamento, ancorché su diversi presupposti, è presente anche nelle c.d. clausole sociali nella misura in cui queste intendono assicurare al lavoratore una tutela minima attribuendo ai contratti collettivi una efficacia soggettiva generalizzata (lo strumento è perciò analogo a quello — sottostante all'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 co. 1° cost. — della estensione indiretta del contratto collettivo come parametro per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente) (si v. in argomento Treu, 1979, 72 ss.).

Si può dunque concludere che, in un simile contesto, la funzione della c.d. clausola sociale è indirizzata in via prioritaria alla tutela del lavoratore come parte contraente debole all'interno del rapporto di lavoro, mentre la finalità promozionale del sindacato e della contrattazione collettiva è soltanto indiretta.

Va aggiunto che a tale obiettivo di tutela della posizione individuale del lavoratore, si accompagna anche l'obiettivo di controllare o quanto meno condizionare — intervenendo dal lato della domanda generata o stimolata dalla mano pubblica, di forza lavoro — la

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

gestione delle imprese e di assicurare la parità tra imprese concorrenti. In effetti il modello legislativo delle c.d. clausole sociali è chiaramente collegato ad un modello di economia più o meno controllata dalla mano pubblica e, in particolare, al modello dell'impresa c.d. funzionalizzata perché sottoposta alla potestà di direzione di un potere pubblico (22). Nell'art. 36 st.lav. il meccanismo della inserzione della clausola sociale nei contratti di appalto e nei provvedimenti di concessione di servizi pubblici è il riflesso del potere di controllo di cui la pubblica amministrazione è titolare nei confronti dei privati esercenti le attività economiche loro devolute. Analogamente, nella legislazione di ausilio finanziario pubblico nelle sue diverse articolazioni, l'ammissione al beneficio importa — con il vincolo alla osservanza diretta o indiretta dei contratti collettivi — un intervento e un controllo sulle condizioni di trattamento dei lavoratori occupati nell'impresa ausiliata.

Tuttavia la più recente evoluzione legislativa presenta una diversa tipologia di norme o c.d. clausole sociali di protezione dei lavoratori. In effetti non poche disposizioni contenute nelle recenti leggi di ristrutturazione e liberalizzazione dei servizi pubblici e delle attività di pubblica utilità — o in provvedimenti e/o accordi collettivi connessi — si atteggiano diversamente dal modello tradizionale. L'obiettivo della tutela dei lavoratori non è più circoscritto al c.d. equo trattamento e, soprattutto, non è collegato al regime semi-pubblicistico della attività né ai sostegni erogati alla impresa privata ma sembra piuttosto collegato all'obiettivo di regolare gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese operanti in determinati settori dell'economia.

La duplicità delle tecniche adoperate e delle linee politiche di intervento perseguite dal legislatore suggerisce perciò di introdurre, nella sistemazione e nella trattazione delle c.d. clausole sociali, una *bipartizione* tra norme o clausole sociali di tutela minimale (tuttora ancorate al modello dello statuto dei lavoratori) e norme o clausole sociali di vincolo alla libertà dell'impresa e alla stessa autonomia collettiva presenti soprattutto (ma non solo) nelle leggi di ristrutturazione e liberalizzazione dei servizi di utilità pubblica.

6.1 L'art. 19 D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422.

Un significativo esempio di vincolo di protezione sociale si rinviene, per il settore del trasporto pubblico locale, nell'art. 19 D.Lgs. 19 novembre 1997, n. 422, conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale a norma dell'art. 4 co. 4° L. 14 marzo 1997 n. 59, dove è stabilito che i contratti di servizio stipulati tra ente locale ed azienda erogatrice devono definire, tra le altre cose, « l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei rispettivi contratti collettivi di lavoro » (art. 19, comma 3, lett. l). Al riguardo si deve sottolineare come, pur con una formulazione ambigua, il riferimento alle « singole tipologie del comparto dei trasporti » pare vincolare le parti all'applicazione obbligatoria, in favore dei lavoratori, del contratto di categoria in vigore per il settore di appartenenza all'atto della stipula del contratto di servizio, escludendo con ciò l'eventualità di una modifica dei precedenti inquadramenti contrattuali (e dunque introducendo un elemento di rigidità e quindi una possibile, per quanto indiretta, limitazione della libertà sindacale).

Va ancora segnalato, sempre nell'ambito della riorganizzazione dei servizi pubblici locali, il DDL di modifica degli artt. 22 e 23, L. 8 giugno 1990, n. 142, attualmente all'esame della Camera dei Deputati.

Tra i criteri di valutazione indicati come necessari ai fini della aggiudicazione delle gare di appalto per l'erogazione di servizi pubblici locali, il disegno di legge prevede che si debba tenere conto del piano di riutilizzo del personale non dirigente dipendente dal gestore uscente.

Il piano deve prevedere « l'applicazione dei trattamenti economici e normativi previsti dal contratto collettivo nazionale di settore, ed esplicitare il modello di organizzazione del lavoro su cui l'impresa subentrante si impegna a realizzare la concertazione con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e con l'ente locale o gli enti locali associati » (art. 23, co. 8°, lett. c).

Mentre il richiamo alla applicazione dei trattamenti collettivi è in linea con la tradizionale tipologia delle clausole sociali di equo trattamento, assume diverso rilievo la previsione

dell'obbligo, per i gestori di servizi locali, di attuare politiche concertative tra le parti sociali localmente individuate secondo il criterio ormai consolidato, della maggiore rappresentatività evidenziandosi con ciò l'introduzione di una diversa e più ampia funzione di sostegno sindacale e politica delle clausole poste a salvaguardia dei diritti dei lavoratori.

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

6.2 Il D.Lgs. 13 gennaio 1999, n. 18

Da segnalare — ancora con riguardo al nuovo modello di clausola sociale finalizzata alla tutela dell'occupazione — è la disciplina introdotta dal D.Lgs. 13 gennaio 1999, n. 18 emanato in attuazione della Direttiva 96/67 CE in materia di libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

In questo settore — sicuramente emblematico per ciò che concerne la liberalizzazione di attività precedentemente esercitate in regime di monopolio o comunque di concessione amministrativa — il legislatore nazionale ha ritenuto di riconoscere ai lavoratori interessati un livello di tutela particolarmente elevato. In tal senso va segnalato il disposto dell'art. 14 rivolto a garantire in caso di trapasso (o c.d. subingresso) della gestione dei servizi, il mantenimento dei livelli di occupazione e la continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore (23).

Il vincolo imposto da questa norma è quindi particolarmente intenso: si prevede (n. 1), sia pure per un periodo limitato nel tempo (30 mesi), non solo la continuità dei rapporti di lavoro (ma non la conservazione dei trattamenti economici e normativi), ma anche il mantenimento, limitatamente ad un periodo di due anni, dei livelli di occupazione preesistenti. A questi fini viene prevista (n. 2) a tutela del personale impiegato dal precedente gestore, una continuità nei contratti di lavoro analoga ma non identica a quella prevista dall'art. 2112 c.c. per i casi di trasferimento di azienda da un imprenditore all'altro. Ed infatti anziché in una successione nel contratto di lavoro, detta continuità si concretizza in un obbligo di assunzione del personale trasferito (e dunque in una specie di obbligo a contrarre a carico del nuovo gestore).

Nello stesso D.Lgs. n. 18 del 1999, una ulteriore norma di protezione sociale « allargata » è contenuta nell'art. 13 (« requisiti di idoneità dei prestatori » dei servizi di assistenza) (24). In particolare essa subordina il riconoscimento di idoneità delle imprese e quindi il loro accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra alla osservanza del « tipo di contratto » che, in concreto, viene applicato (« regola ») al rapporto di lavoro dei dipendenti ». Con ciò vincolando, a beneficio dei lavoratori occupati, le imprese prestatrici e, comunque, ad applicare un unico contratto collettivo di settore.

Sia l'art. 13 sia l'art. 14 hanno suscitato, sin dagli inizi, notevoli perplessità, in particolare con riferimento ad una probabile limitazione fattuale della concorrenza quale conseguenza dei vincoli imposti del libero accesso al mercato.

In proposito va evidenziato come la stessa Commissione Europea aprendo una procedura di infrazione (maggio 2000), ha mostrato di ritenere che le disposizioni contenute negli artt. 13 e 14 del D.Lgs. n. 18 non siano conformi agli obiettivi ed al disposto della direttiva 96/67.

6.3 L'art. 8, comma 1, D. Lgs. 16 marzo 1999, n. 79

Ancora tra le più recenti norme di protezione sociale, va ricordato l'art. 8, comma 1, D.Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (emanata in attuazione della direttiva CE 96/92 in materia di norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica). Questa norma nel disciplinare in senso

note

(23) Nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore. Salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo.

(24) Questa norma include tra tali requisiti un « attestato comprovante il rispetto degli obblighi derivanti dalla legislazione sociale e sulla sicurezza del lavoro » affidando all'E.N.A.C. il compito di verificare la idoneità dei prestatori non solo in relazione al possesso dei requisiti stessi ma altresì « al rispetto del tipo di contratto che regola il rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende di gestione e dei servizi aeroportuali e di assistenza a terra ».

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

liberalizzatore l'attività di produzione di energia elettrica — che non potrà superare, per ogni singolo produttore, il tetto del 50% della produzione nazionale — dispone che i piani per la cessione degli impianti, previsti allo scopo di ridurre la capacità produttiva dell'ENEL entro il limite citato, debbano tenere conto, tra le altre cose, « del mantenimento della produzione nei siti e delle ricadute occupazionali ». Va poi sottolineato che l'art. 1, co. 6, prevede il coinvolgimento dei soggetti sociali, anche a mezzo di opportune forme di concertazione, allo scopo di governare gli effetti sociali derivanti da tale provvedimento. Sotto questo profilo si devono inoltre ricordare la legge 30 giugno 2000 n. 186 recante modifiche alla L. 28 gennaio 1994, n. 84, in materia di operazioni portuali e di fornitura del lavoro portuale temporaneo, e lo schema di decreto legislativo recante norme in materia di mercato interno del gas (di attuazione della direttiva 98/30 C.E.).

Anche questi testi legislativi contengono disposizioni dirette alla tutela dei lavoratori coinvolti attraverso l'instaurazione di attività concertative tra le parti sociali. Nel primo caso infatti i ministeri competenti devono promuovere incontri tra le parti sociali allo scopo di stipulare un contratto collettivo nazionale di riferimento in materia di lavoro portuale temporaneo (art 3, co. 13°). Nel secondo caso si prevede che il Ministero dell'Industria e il Ministero del Lavoro — al fine perseguire azioni di governo sugli effetti sociali conseguenti alla trasformazione del sistema del mercato del gas — debbano garantire, pur se limitatamente alla fase di avvio del processo di liberalizzazione, « il coinvolgimento delle parti sociali anche a mezzo di opportune forme di concertazione » (art. 28, co. 4°).

Va infine citato — anche se si tratta non di una legge ma di un atto amministrativo di programmazione — il Piano Generale dei trasporti (Luglio 2000) nel quale un apposito capitolo è dedicato alle regole per la composizione dei conflitti e al governo del costo del lavoro, con le seguenti affermazioni in tema di tutela e flessibilità del lavoro. « Importanza cruciale, nel quadro di apertura alla concorrenza, rivestono le regole poste a tutela dei lavoratori del settore. Al riguardo è opportuno rilevare che il regime di monopolio pubblico ha favorito una sostanziale rigidità dei rapporti di lavoro e le imprese pubbliche hanno spesso svolto un improprio ruolo di sostegno all'occupazione. Così non potrà più essere in un regime di concorrenza, tanto nel mercato quanto per il mercato.

È necessario che l'intero comparto dei trasporti sia in grado di reggere la concorrenza europea per tutti i costi compreso il costo del lavoro. È all'interno di questo orizzonte che bisogna anche verificare l'accogliabilità o meno di « clausole sociali » a favore dei dipendenti delle vecchie aziende che abbiano perso una gara sia per quanto riguarda l'eventuale obbligo di riassunzione che per quanto concerne i singoli livelli retributivi. È necessario dunque combinare un maggior grado di flessibilità nell'uso della manodopera (ovviamente nel rigoroso rispetto delle norme contrattuali nazionali) con una sostanziale protezione del reddito dei lavoratori ».

6.4 La mutazione funzionale delle clausole sociali

In questi ultimi esempi si nota il ricorso al metodo della concertazione tra le parti sociali, che — applicato a livello di settore — viene riconosciuto come strumento politico di composizione dei conflitti insorgenti dai processi di privatizzazione, ammodernamento e riconversione delle imprese operanti e, in particolare, nei servizi pubblici.

In un simile contesto il ricorso alla concertazione va ben oltre la funzione delle tradizionali clausole sociali — di garanzia dell'equo trattamento soprattutto retributivo (mediante il rinvio alla contrattazione collettiva) — per investire le parti sociali del ruolo di governare gli effetti derivanti dai processi di ristrutturazione (e, in particolare, di privatizzazione delle imprese) oppure derivanti dalla liberalizzazione dei mercati settoriali.

Di qui una mutazione funzionale delle c.d. clausole sociali. Le nuove norme di protezione sociale sono infatti indirizzate a fini diversi dalla garanzia dei minimi contrattuali e rivolte piuttosto a garantire la continuità dell'occupazione oppure a sostenere l'azione del sindacato a fronte dei processi di ristrutturazione dell'impresa e di liberalizzazione dei settori economici; e, in sostanza, tendono a funzionare da « ammortizzatori » di tali processi, collocandosi in una prospettiva di tutela di tipo sindacale-collettivo e non più (solo) individuale dell'interesse dei lavoratori (in questo senso la c.d. clausola sociale si trasforma in strumento di gestione di problemi occupazionali e di governo del conflitto e, perciò, inevitabilmente di *vincolo* o limite alla libertà delle imprese).

7. Profili di legittimità costituzionale delle c.d. clausole sociali.

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

La diffusione di norme o c.d. clausole sociali rivolte a limitare, o quanto meno ad orientare, a tutela dell'occupazione e a sostegno del sindacato, la libertà delle imprese e la stessa autonomia collettiva nei settori economici e nelle aree contrattuali fin qui esaminati, presenta non poche problematiche nella misura in cui sembra introdurre una sorta di *vincolo sociale* all'esercizio di talune attività economiche di pubblica utilità e, in definitiva, un condizionamento di origine legale all'ingresso di un nuovi imprenditori nel mercato.

In particolare si tratta di verificare se le norme prima richiamate — siano esse rivolte a tutelare il mantenimento degli *standards* contrattuali e dei livelli di occupazione oppure mirate a vincolare o, quanto meno, influenzare le relazioni industriali e l'autonomia collettiva nei settori interessati (ad esempio individuando determinate aree o unità di contrattazione per la tutela delle condizioni di lavoro; o, ancora, a condizionare determinati esiti dei processi di liberalizzazione all'esperimento di procedure di concertazione e dunque implicitamente, ad obblighi a trattare con le organizzazioni sindacali di settore) — entrino in contrasto con i principi costituzionali e, in particolare con quelli della libertà di iniziativa economica (art. 41 cost.) e della libertà di organizzazione sindacale (art. 39 co. 1°).

In proposito va anzitutto ricordato che il fondamento degli obblighi derivanti dalle clausole sociali di trattamento minimo è stato ravvisato dalla Corte costituzionale (nella più volte citata sentenza 19 giugno 1998 n. 226), nella finalità di assicurare uno *standard* minimo di protezione sociale in base al principio della « migliore realizzazione dell'interesse pubblico « secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o turbative) ».

Su questo presupposto le norme di protezione sociale trovano la loro giustificazione nell'interesse pubblico al migliore e più efficiente esercizio dell'attività imprenditoriale in regime di concessione amministrativa o, comunque, gestita nell'interesse e sotto il controllo dello Stato (appalti di servizi o forniture). La c.d. clausola sociale è, in questa prospettiva, una *eccezione* non solo alla regola della libertà dell'imprenditore di aderire o non aderire alla contrattazione collettiva e alle associazioni sindacali di categoria (c.d. libertà sindacale negativa); ma altresì alla regola della libertà di gestione dell'attività economica che l'art. 41 cost. garantisce a tutti gli imprenditori privati (si v. per tutti Pace, 1992, 457 ss. spec. 495 ss.): il vincolo all'equo trattamento è infatti imposto in funzione dell'interesse pubblico che accede all'attività affidata all'impresa appaltatrice o concessionaria. Analogamente è da dire per le attività economiche incentivate dallo Stato attraverso agevolazioni finanziarie e contributive: qui la funzionalizzazione ai fini di utilità sociale è assicurata dal collegamento tra l'ausilio concesso al privato imprenditore e il suo impegno a conformarsi a determinati programmi produttivi ed occupazionali incluso l'obbligo di applicare determinati trattamenti minimi ai dipendenti.

Un simile rapporto di funzionalizzazione dell'impresa ai fini sociali è, invece, assente in materie come quelle della privatizzazione delle imprese pubbliche o delle società in partecipazione pubblica o di c.d. liberalizzazione dei servizi pubblici.

In queste fattispecie, l'imposizione di specifici vincoli di protezione sociale non è giustificata dall'esercizio di una attività in regime di riserva originaria oppure di appalto o concessione amministrativa; e nemmeno è giustificata dalla erogazione di un incentivo o beneficio economico all'impresa; ma viene dal legislatore collegata alla trasformazione degli assetti proprietari e produttivi indotta dalla apertura di un determinato settore economico alla concorrenza (di regola, in attuazione delle direttive comunitarie). In questo modo l'istanza di protezione sociale viene collegata alla transizione dal regime di monopolio alla concorrenza nell'esercizio dell'attività economica e, dunque, messa in relazione alla possibile entrata di nuovi imprenditori nel mercato) — (si v. in generale Cassese, 2000, 86 ss.). Si ritiene, in sostanza, che il processo di apertura alla concorrenza nei servizi pubblici renda necessarie speciali misure rivolte a salvaguardare i livelli di occupazione e i livelli di trattamento dei lavoratori interessati nonché a sostenere le organizzazioni sindacali che li rappresentano (e ciò — si badi — al di là delle garanzie offerte dal diritto comune: ad esempio in materia di licenziamento collettivo cfr. L. 23 luglio 1991 n. 223 e successive modificazioni; oppure per le vicende di successione nell'impresa e di trasferimento di azienda: cfr. art. 2112 c.c. e art. 47 L. 29 dicembre 1990 n. 428).

Le c.d. clausole sociali
Eduardo Ghera

È allora evidente la difficoltà di estendere a queste nuove « clausole sociali » i principi (e gli argomenti) che sorreggono la motivazione della sentenza n. 226/1998. Ciò è da dire non solo con riguardo al modello tradizionale delle norme di tutela minimale o equo trattamento ma — ed *a fortiori* — anche per le norme di vincolo sociale a tutela dell'occupazione oppure di sostegno alle organizzazioni sindacali nei settori e nei servizi in via di liberalizzazione. In simili ipotesi, l'obiettivo della tutela delle condizioni economiche normative e dell'occupazione dei lavoratori viene perseguito dal legislatore non già attraverso il rinvio ai contratti collettivi per la determinazione dei trattamenti minimi ma comprimendo l'autonomia negoziale e, restringendo, il potere di gestione e, in particolare, di organizzazione dell'impresa (e, in definitiva, limitando la libertà economica dell'imprenditore). In questo modo il vincolo alla libertà e al potere di decisione imprenditoriale — in quanto giustificato da ragioni o esigenze di tipo sociale — sembra configurare un limite all'esercizio dell'attività economica privata da giustificare in base al principio della utilità sociale: cfr. co. 2^a art. 41 cost.).

Di qui l'esigenza di verificare la compatibilità delle norme legislative di c.d. vincolo sociale con i principi affermati dalla Corte costituzionale in relazione al diritto di iniziativa economica privata e ai limiti alla libertà dell'impresa.

7.1 Libertà di iniziativa economica e tutela del diritto al lavoro

In linea di principio, « la libertà di organizzare e gestire l'impresa è un elemento essenziale della libertà della iniziativa economica privata riconosciuta dall'art. 41 comma 1 cost. » (cfr. Corte cost. 22 novembre 1991 n. 420). Questa libertà, tuttavia, può essere limitata non solo al fine di non arrecare danno ai beni della sicurezza, della libertà e della dignità umana ma altresì allo scopo di armonizzare l'esercizio dell'attività economica con i fini di utilità sociale previsti dal co. 2° (cfr. Corte cost. 23 aprile 1965 n. 30) Fini e limiti che « non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore, ma possono essere desunti dalla disciplina dettata in concreto dal legislatore che può essere più significativa, a questo fine, di una *dichiarazione programmatica* o di una *dichiarazione di propositi* inserita nella legge » (Corte cost. 9 aprile 1963 n. 46). In particolare il limite della utilità sociale « può sostanziarsi in valutazioni attinenti alla situazione di mercato » e può dar luogo quindi, ad interventi del legislatore tali da condizionare in qualche modo le scelte organizzative degli operatori economici purché non siano tali da determinare la funzionalizzazione dell'attività esercitata sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto » (Corte cost. 19 dicembre 1990 n. 548). Ancora « alle ragioni di utilità sociale che, a mente dell'art. 41 cost., giustificano le limitazioni all'iniziativa economica privata » si richiama la tutela della salute dei lavoratori (Corte Cost. 14 marzo 1964 n. 21, sul divieto di lavoro notturno nella panificazione); analogamente « la tutela del diritto del lavoratore (non importa se dipendente o autonomo) al riposo settimanale costituisce una delle ragioni di utilità sociale e di salvaguardia della dignità umana poste a limite della libera iniziativa economica privata » (Corte cost. 23 aprile 1974 n. 111; v. anche Corte cost. 26 gennaio 1957 n. 29 secondo cui l'iniziativa economica privata può essere subordinata alle esigenze generali e sociali determinate esclusivamente dalla legge).

Ma, al di là di queste enunciazioni generali — che dimostrano come, secondo la Corte, la determinazione del concetto di utilità sociale sia rimessa alla discrezionalità del legislatore — indicazioni più puntuali si possono trovare in alcune sentenze, nelle quali viene specificamente in rilievo il rapporto tra libertà di iniziativa economica e tutela del diritto al lavoro. Si può iniziare dalla ben nota sentenza 30 dicembre 1958 n. 78 con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale delle norme sul c.d. imponibile di manodopera in agricoltura (D.L.C.P.S. 16 settembre 1947 n. 929). Questa sentenza (in *GC*, 1958, 1290 ss. e ivi le note di Mortati, *Iniziativa economica ed imponibile di mano d'opera*, in *Riv. Corte cost.* 1958, p. 1192; Crisafulli, *Costituzione ed imponibile di mano d'opera*, ivi, 1206; Mazziotti, *Iniziativa economica, proprietà privata, diritto al lavoro*, ivi, 1210.) ha escluso che i fini sociali o di utilità sociale previsti dal comma 2, art. 41 Cost. possano giustificare l'imposizione di limiti alla libertà economica dell'impresa mediante leggi le quali, anziché essere informate alle finalità generali prospettate dalla norma costituzionale (programmi e controlli diretti a coordinare l'attività economica) « siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica dei singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo, a tutto vantaggio di una particolare

categoria economica»; e, pertanto, ha ritenuto che «l'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo al disposto del terzo comma dell'art. 41 e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste».

Queste proposizioni giustificano un forte dubbio di legittimità costituzionale sulle c.d. clausole o norme di protezione sociale finalizzate ad assicurare la continuità del rapporto in favore del personale occupato in determinate imprese o settori economici: come, ad esempio, quella dell'art. 14 D.Lgs. n. 18/1999 la quale, come si è visto, impone alle imprese operanti nei servizi di assistenza a terra negli aeroporti il vincolo della continuità dei rapporti di lavoro. Sembra infatti evidente che attraverso l'imposizione di simili obblighi, i quali incidono sicuramente sulla consistenza qualitativa e quantitativa dell'occupazione, viene fortemente compressa la libertà organizzativa dell'imprenditore se è vero che «il dimensionamento e la scelta del personale impiegato nell'azienda caratterizza il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica» (così la sentenza n. 78/1958).

Questo dubbio di legittimità costituzionale è, d'altronde, rafforzato dalla successiva evoluzione della giurisprudenza della corte costituzionale. Nella sentenza 5 luglio 1990 n. 316 (25), con riferimento alle norme dell'art. 11 co. 3° e 4° D.L. 23 dicembre 1976 n. 857 conv. in L. 26 febbraio 1977 n. 39 — con le quali è stato imposto alle compagnie cessionarie di quote di portafoglio delle imprese assicuratrici in liquidazione coatta amministrativa un obbligo di conservazione dell'occupazione simile a quello previsto per il settore dei servizi a terra — la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità, in raffronto all'art. 41 co. 1° cost., di dette norme escludendo che l'obbligo ivi previsto, pur essendo riconducibile al paradigma dell'imponibile di manodopera, fosse lesivo della libertà di impresa; ma ha motivato tale pronuncia *unicamente sul presupposto della specificità del settore economico interessato*.

Giova riportare i passi salienti della motivazione della sentenza n. 316/1990: «*In senso stretto e proprio l'imponibile di mano d'opera è negativamente qualificato dalla mancanza di correttivi che valgano a bilanciare o temperare in qualche modo l'onere economico derivante all'impresa dall'obbligo di assumere lavoratori in soprannumero. Nel caso di cui si controverte, invece, l'obbligo di assunzione fuori organico è compensato dall'incremento del volume di affari portato dalla contestuale cessione di una quota proporzionale del portafoglio dell'impresa in liquidazione e, in questa acquisizione esso trova il suo fondamento giuridico giusta il principio dell'art. 2112 co. 1° c.c.*».

Da ciò si conclude che una censura di legittimità sotto il profilo dell'art. 41 cost. «*non potrebbe fondarsi se non sulla dimostrazione che il limite imposto alla libertà di organizzazione dell'impresa a tutela dell'utilità sociale comporta un aggravio eccessivo del costo del lavoro tale da pregiudicare gli equilibri finanziari di bilancio*». Ed infine si osserva: «*più in generale, e conclusivamente, va rilevato che l'obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione degli autoveicoli accentua fortemente l'inerenza dell'interesse pubblico alle imprese autorizzate ad esercitarla, e perciò giustifica l'assoggettamento dell'esercizio del diritto d'impresa a limiti più penetranti, a salvaguardia non solo dell'interesse alla continuità dei contratti di assicurazione nel caso di liquidazione coatta di un'impresa, ma anche dell'interesse di conservazione dei livelli occupazionali. Tali limiti sono corrispettivi allo specifico vantaggio che a queste imprese è procurato dall'obbligo imposto ai proprietari di autoveicoli di assicurarsi presso di esse*».

Si tratta di considerazioni fortemente significative nella misura in cui, da un lato, riconoscono che la facoltà di organizzare, anche al suo interno, l'impresa è un elemento essenziale della libertà di iniziativa garantita dall'art. 41 cost.; e, dall'altro, giustificano la compressione di tale libertà sottolineando il collegamento esistente tra l'imposizione di vincoli relativi all'occupazione e l'interesse pubblico inerente al regime controllato dell'attività esercitata e ai vantaggi specifici concessi all'impresa. In questi termini, viene in risalto la diversità che sussiste tra un settore — come quello dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile auto e natanti — operante in regime vincolativo di autorizzazione amministrativa e i settori economici — come sono appunto i servizi pubblici e le attività come quelle della energia e dei trasporti — che il legislatore nazionale e la disciplina comunitaria ha aperto alla concorrenza.

Che la differenza tra settori economici «aperti» e settori economici «chiusi» non possa

(25) GC, 1990, 2033 con nota di Luciani.

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

essere ignorata è confermato, d'altronde, dalla successiva sentenza 28 luglio 1993 n. 356 (26) con la quale la corte costituzionale — chiamata a pronunciarsi sulla norma dell'art. 67 L. reg. sic. 11 marzo 1993 n. 15, la quale faceva obbligo alla società e ai consorzi che hanno assunto l'appalto dei lavori di censimento, catalogazione, inventariazione dei beni culturali e ambientali di assumere prioritariamente una quota di lavoratori « che hanno prestato e prestano la loro opera » nelle attività stesse — ne ha dichiarato la illegittimità per violazione dell'art. 41 cost. in quanto il limite ivi previsto comprime « un elemento, quello relativo al dimensionamento e alla scelta del personale impiegato nell'azienda e al conseguente profilo di organizzazione interna di quest'ultima, che caratterizza il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 cost. (v. sent. n. 78 del 1958). Né si può dire che l'obbligo di assunzione previsto dall'art. 67 sia bilanciato o sostanzialmente temperato dall'erogazione pubblica di benefici diretti a riequilibrare l'obbligo imposto (v. sent. n. 316 del 1990), dal momento che al riguardo nulla è stabilito nella legislazione regionale, né potrebbe essere considerato un beneficio di quel tipo neppure la stipulazione del contratto di appalto ipotizzata dalla difesa della Regione siciliana, costituendo piuttosto la relativa attività l'oggetto per il quale le società e i consorzi indicati agiscono sul mercato ».

7.2 Le norme sindacali interne di comparti dei servizi di pubblica utilità.

Anche le norme di vincolo sociale con le quali il legislatore interviene nelle relazioni sindacali interne ai comparti dei servizi di pubblica utilità, prefigurando sia procedure di concertativo, sia il rinvio ad un modello tipo unitario di contratto collettivo di settore, possono sollevare dubbi di legittimità costituzionale questa volta in riferimento all'art. 39 co. 1^a cost.

Di per sé, la prefigurazione ad opera del legislatore di percorsi concertativi (o, meglio, procedimenti negoziali) tra le parti sociali per governare gli effetti dei processi di liberalizzazione dei mercati (o di trasformazione produttiva) non contrasta con la norma—principio contenuta nell'art. 39 co. 1^o a garanzia della libertà sindacale: questa è infatti comprensiva anche della libertà negoziale delle organizzazioni sindacali e quindi della autonomia collettiva dei gruppi (intesa, quest'ultima, come produzione — in via unilaterale o, di regola bilaterale (contratto collettivo) — di precetti negoziali in funzione normativa per il regolamento dei suddetti interessi (cfr. Giugni, 1996, 69-70.). Pertanto anche la concertazione, come metodo di confronto tra le parti sociali è da ritenere, allo stesso modo della contrattazione collettiva, espressione della libertà e dell'autonomia negoziale delle organizzazioni sindacali.

Da ciò discende che la previsione legislativa di procedure di concertazione e/o negoziazione non può essere ritenuta illegittima purché sia volontaria e cioè rimessa alla autonomia delle parti sociali: si dovrebbe invece escludere che il loro esperimento comporti una limitazione alla libertà delle parti (e, in particolare, dell'impresa) sotto forma di obbligo legale a trattare o — di più — a negoziare con il sindacato. Una simile ipotesi si verificherebbe qualora l'impresa fosse inabilitata a decidere, in assenza del consenso sindacale, su determinate materie. Ed infatti un contrasto con il principio della libertà sindacale si può verificare in presenza di norme di legge limitatrici dell'autonomia collettiva come autotutela o potere di agire per la promozione e la difesa degli interessi collettivi professionali.

A questa stregua si può ipotizzare un contrasto tra il principio, sancito nel co. 1^o dello stesso art. 39, della libertà di organizzazione sindacale e quelle disposizioni che (ad esempio la norma contenuta dall'art. 13 D.Lgs. n. 18/1999 per i servizi aeroportuali) possono essere intese nel senso di vincolare le parti sociali alla applicazione di un unico tipo o modello di contratto collettivo per i dipendenti delle diverse imprese.

In simili disposizioni si prospetta una illegittima interferenza con i principi della libertà sindacale e dell'autonomia collettiva professionale che garantiscono non solo la libertà individuale di associarsi per fini sindacali ma anche la libertà negoziale e di organizzazione sindacale e perciò la libertà delle associazioni sindacali di determinare volontariamente e bilateralmente la formazione e la composizione delle categorie professionali. Ed invero « nell'ordinamento attuale, che garantisce la libertà e l'autonomia sindacale, le categorie professionali hanno rilevanza giuridica non già in base ad astratti concetti di classificazione

settoriale dei lavoratori autoritativamente prestabilite secondo il sistema corporativo, ma in quanto costituiscono entità economico—sociali risultanti dalla spontanea organizzazione sindacale e dalla autonomia collettiva e la nozione di categoria, così intesa, costituisce, come criterio per determinare la sfera di applicazione del contratto collettivo, una componente normativa del sistema, dalla quale non si può prescindere » (così testualmente Corte cost. 26 giugno 1969 n. 105; cfr. anche Corte cost. 15 maggio 1963 n. 70).

In conclusione l'effetto di c.d. accorpamento — che sarebbe indotto dalla esistenza di norme di vincolo sociale rivolte a condizionare le parti in funzione dell'applicazione di un contratto collettivo unico per settore (o raggruppamento) di servizi, diverso da quello liberamente scelto dall'impresa e dai sindacati rappresentativi dei lavoratori dipendenti — violerebbe « la libertà di organizzazione e di inquadramento che l'ordinamento costituzionale non consente sia limitata od annullata dall'intervento autoritativo della legge ma considera parte essenziale della libertà di associazione sindacale » (così Corte cost. 22 dicembre 1965 n. 88; per l'enunciazione di analoghi principi si v. inoltre Corte cost. 24 maggio 1988 n. 330 che ha dichiarato la illegittimità dell'art. 2 R.D.L. 12 agosto 1977 n. 1757 concernente il c.d. nulla osta dell'organo di vigilanza alla stipulazione dei contratti di lavoro dei dipendenti delle Casse di Risparmio).

Si deve allora concludere che il c.d. accorpamento delle aree contrattuali e, in genere, la fissazione per legge di limiti o criteri direttivi per l'inquadramento collettivo categoriale e/o aziendale non può trovare giustificazione nei principi costituzionali della libertà organizzativa e dell'autonomia sindacale e nemmeno copertura nella salvaguardia delle c.d. clausole sociali di equo trattamento alle quale soltanto si riferisce la sentenza n. 226/1998.

D'altronde il c.d. accorpamento delle aree contrattuali — come obiettivo di politica legislativa — dovrebbe essere finalizzato alla esigenza di uniformare la disciplina del rapporto di lavoro nei diversi segmenti di attività nonché a rafforzare il sistema contrattuale ed il governo del conflitto; e, in generale, all'intento di migliorare le relazioni industriali nei settori investiti dai processi di ristrutturazione delle imprese e di liberalizzazione dei servizi. Si tratta di esigenze certo meritevoli di tutela ma che non possono essere confuse con la finalità tradizionale e tipica delle c.d. clausole sociali di garantire un trattamento minimo economico e normativo ai lavoratori; e che in ogni caso, non potrebbero essere soddisfatte a scapito della libertà sindacale e della competenza bilaterale rimessa — per costituzione — alla autonomia collettiva quanto alla determinazione delle aree contrattuali e alla individuazione dei soggetti negoziali.

Queste ultime considerazioni mettono in rilievo come le c.d. clausole sociali di sostegno alla attività e alla organizzazione sindacale in genere — e, tra queste, in specie le previsioni vincolanti all'applicazione di un tipo unico di contratto collettivo — se possono in ipotesi trovare giustificazione nel valore-limite dell'utilità sociale e, dunque prevalere sulla libertà economica dell'impresa, incontrano un preciso limite nella libertà sindacale negoziale. Questa libertà e dunque l'autonomia collettiva sono per effetto dell'art. 39 cost., oggetto di garanzia costituzionale *diretta* (diversamente dall'autonomia contrattuale individuale riconosciuta dagli art. 1321 e 1322 c.c. la quale riceve dalla costituzione una tutela indiretta per effetto delle norme che, come quelle degli art. 41 - 42 cost., si riferiscono ai suoi possibili oggetti: così tra le tante, Corte cost. 21 marzo 1969 n. 37; Corte cost. 28 marzo 1968 n. 16) (si v. in argomento il recente studio di Mengoni, 1997, I, 1 ss.).

8. Osservazioni conclusive.

Sarebbe difficile, di fronte ad un panorama legislativo come quello esaminato, trarre conclusioni di taglio sistematico.

Gli interventi del legislatore in materia di c.d. clausole sociali, si sono susseguiti nell'arco di cento anni e, oltre ad avere origine in momenti storici e politici diversi, si presentano come un *insieme eterogeneo* di norme protettive di gruppi di lavoratori collocati in contesti produttivi e territoriali particolari. Da ciò la impossibilità di costruire le c.d. clausole sociali come istituto giuridico unitario.

Piuttosto il connotato comune delle disposizioni protettive in esame si lascia meglio cogliere sotto il profilo teleologico (e, se si vuole, della politica del diritto). Si tratta della imposizione, alle imprese operanti in determinate attività o settori, di vincoli e/o condizionamenti mirati a promuovere la tutela dei lavoratori incentivando, in cambio di vantaggi diretti (per

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

cui sgravi, agevolazioni) o indiretti (appalti, concessioni), l'applicazione dei contratti collettivi e, in genere, della legislazione del lavoro (si v. Ghera, 1979, 363 ss.).

L'esame condotto sulle sentenze della Corte Costituzionale conferma la molteplicità e la difficoltà dei profili di legittimità che vengono sollevati dalla immissione delle c.d. clausole sociali nei processi di privatizzazione delle imprese e di liberalizzazione del mercato nei servizi pubblici e nelle attività di pubblica utilità.

In effetti, questa — che può essere considerata la seconda generazione delle c.d. clausole sociali — si colloca in un contesto diverso da quello tradizionale (esercizio di attività economiche sotto il controllo pubblico; politica industriale per incentivi) (è il quadro tracciato sinteticamente da Amato, 1992, 7 ss. e qui 14 ss.). Al contrario si è visto (*supra* n. 6) che nella legislazione più recente i vincoli di sostegno al sindacato e, ancor più, ai livelli e alle condizioni dell'occupazione non si inseriscono in un sistema di concessioni e agevolazioni alle imprese ma sono piuttosto finalizzati al controllo degli effetti sociali della liberalizzazione nei servizi pubblici. Indubbiamente l'apertura alla concorrenza, nella misura in cui rende possibile l'entrata di nuovi imprenditori nel mercato oppure determina un diverso assetto produttivo (ad esempio ridimensionando le attività e le imprese già monopoliste ed imponendo alle stesse trasformazioni e ristrutturazioni aziendali), può avere notevoli effetti quantitativi e qualitativi sull'occupazione — in termini di riduzione di posti di lavoro e di redistribuzione della manodopera tra le imprese concorrenti — nonché sulla struttura delle relazioni sindacali influenzando i modelli di contrattazione e di rappresentanza categoriale. Se questo è vero, la previsione legislativa di vincoli sia relativi alla conservazione dell'occupazione, sia relativi alla conservazione dei trattamenti minimi ha un *effetto tipicamente difensivo*; e lo stesso può dirsi — ed a maggior ragione — per le previsioni di vincoli di tipo concertativo-procedimentale oppure di salvaguardia di tipologie e livelli della contrattazione collettiva.

Non è in discussione, evidentemente, il diritto dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali che li rappresentano a tutelare *in via autonoma* e cioè con gli strumenti della contrattazione collettiva e del diritto di sciopero, gli interessi della collettività professionale anche (e, se si vuole soprattutto) dai possibili effetti negativi che l'apertura alla concorrenza può avere sui livelli e la qualità dell'occupazione (in questo caso la concorrenza sarebbe non tra i lavoratori e cioè dal lato dell'offerta di lavoro ma dal lato della domanda e cioè tra gli imprenditori); e lo stesso può dirsi per la protezione degli assetti e dei modelli contrattuali acquisiti nel quadro anteriore alla liberalizzazione. È noto, d'altronde, che il regime pubblicistico della riserva di attività e l'esercizio dei servizi pubblici in regime di monopolio affidato a imprese pubbliche (o anche, a concessionarie private) ha avuto una ricaduta notevolissima sui livelli di occupazione e sui modelli di relazioni sindacali, influenzando sostanzialmente i contenuti della contrattazione collettiva e perciò i trattamenti economici e normativi dei lavoratori (tanto che si è potuto ravvisare una specialità delle relazioni industriali e del rapporto di lavoro in non pochi servizi pubblici) (non è dunque vero — almeno nei servizi pubblici — che una situazione di monopolio istituzionale del lato della domanda di lavoro, pregiudichi la condizione dei prestatori di lavoro e soprattutto, generi una asimmetria del potere contrattuale in senso sfavorevole per i lavoratori (per questo modello economico-giuridico si v. invece Ichino, 1999 529 ss. e spec. 531 ss.).

Diversamente è da dire, però, se un simile obiettivo protezionistico viene perseguito direttamente dal legislatore attraverso norme di vincolo sociale modellate sugli esempi esaminati (*supra* n. 6). In simili ipotesi la norma legislativa, rispecchiando la finalità tipicamente sindacale di tutela difensiva dell'occupazione e di sostegno dell'azione organizzata del gruppo professionale, si risolve nella imposizione eteronoma di restrizioni alla libertà sindacale ed economica delle imprese che dovrebbero soggiacervi.

A stregua di queste considerazioni si deve escludere che le norme di vincolo sociale poste dal legislatore per condizionare — in senso favorevole al sindacato e ai lavoratori interessati — i processi di liberalizzazione nei servizi pubblici, si configurino quale strumento necessario per porre rimedio ad una situazione di squilibrio strutturale nel mercato (settoriale) del lavoro (e, in particolare, per correggere una asimmetria di potere contrattuale dal lato dell'offerta verso la domanda di lavoro).

Segue da ciò che la giustificazione costituzionale di simili vincoli di origine legale non potrebbe essere dedotta in via prevalente dalla tutela del lavoro in genere (art. 35 cost.) e, in specie, del diritto al lavoro (art. 4 co. 1° cost.); ma dovrà piuttosto trovare il suo fondamento prioritario nella libertà dell'iniziativa economica privata e nei limiti che le sono coesenziali a mente dell'art. 41 co. 2° cost.: non solo dunque di limiti c.d. minimi posti a

tutela della libertà, della sicurezza e della dignità della persona ma anche i limiti di tipo finale derivanti dal principio dell'utilità sociale (sul significato della « clausola generale » di utilità sociale cfr. in vario senso, Luciani, 1983, 79 ss.; Paladin, 1965, 319 ss.; Oppo, 1988, I, 305 ss. spec. o. 322 ss.).

Su queste premesse, spetterà all'interprete e, ove adito, al giudice delle leggi entrare nel difficile percorso del bilanciamento degli interessi protetti, a livello costituzionale (sul bilanciamento di interessi si v. Bin, 1992, 56 ss. Per una analisi approfondita dell'uso di tale metodo nella giurisprudenza della Corte, cfr. Scaccia, 2000, 309 ss. e spec. 324 ss.), rispettivamente, dal diritto al lavoro e dal diritto all'iniziativa economica; e all'esito di tale bilanciamento, stabilire se le restrizioni imposte alla libertà economica trovando giustificazione nel fine di tutelare i lavoratori, siano altresì giustificate da ragioni di utilità sociale deducibili dalla formula — per altro elastica e variabile sui contenuti — dell'art. 41 co. 2°.

La scelta politica di immettere i vincoli sociali nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici dovrà perciò essere verificata attraverso il sindacato di ragionevolezza non solo della finalità dichiarata o comunque perseguita dalla norma ma anche della congruità dei mezzi adoperati dal legislatore per raggiungere tale finalità (27).

In definitiva, in questa operazione di contemperamento tra diritti antagonisti (o, meglio, concorrenti) occorre chiedersi se i vincoli e le limitazioni previsti dalle c.d. clausole sociali a tutela dei lavoratori e del sindacato siano assistiti « dai requisiti di adeguatezza e proporzionalità che costituiscono vincoli generali dell'attività legislativa intesa a comprimere diritti dei privati » (28); o, al contrario, comportino un sacrificio del diritto di libera iniziativa economica privata nel suo *contenuto essenziale*: contenuto da ravvisarsi non solo nella dimensione « verticale » (e cioè verso l'autorità statale) della libertà economica, intesa come potere di gestione dell'attività economica e di organizzazione dell'impresa (in particolare, di organizzazione del lavoro); ma altresì nella dimensione « orizzontale » (e cioè verso gli altri soggetti privati) della libertà di mercato e quindi dell'esercizio della concorrenza (come la libera esplicazione, su un piano di parità delle attività imprenditoriali (29)).

A questo proposito non può essere trascurato che il principio della libertà di mercato e la tutela della concorrenza ricevono una tutela rinforzata dal diritto comunitario sia originario sia derivato (30). In questa prospettiva, che vede le regole poste dal Trattato (e recepite nell'ordinamento nazionale dalla L. 20 ottobre 1990 n. 287) a tutela della concorrenza e del mercato integrarsi con le norme costituzionali, il principio dell'uguaglianza e della concorrenza tra gli imprenditori (e, *in primis*, la libertà di accesso al mercato) assumono rilevanza costituzionale entrando a far parte dei fini di utilità sociale garantiti dal co. 2° art. 41 cost. (31).

Pertanto una volta ritenuto che, proprio in virtù dello stesso principio di utilità sociale, la tutela della concorrenza sia un principio costituzionalmente protetto, ci si dovrà chiedere se dai vincoli di protezione sociale connessi dal legislatore ai processi di liberalizzazione, derivi una restrizione eccessiva — e cioè sproporzionata rispetto al fine — della libertà di quella stessa concorrenza che il legislatore si propone di instaurare nei servizi pubblici.

Si tratta di valutare se il vantaggio, riconosciuto ai sindacati e ai lavoratori in termini di difesa delle condizioni di lavoro e dei livelli di occupazione, non comporti ingiustificate differenze di trattamento tra i lavoratori destinatari del vincolo sociale e la generalità dei lavoratori, con lesione del principio di uguaglianza, da un lato; e, dall'altro, se detto

note

(27) Cfr. Morbidelli, 1989, 3-4.

(28) Così testualmente Corte cost. 10 gennaio 1997 n. 1, in *GC* 1997, p. 6. Sui canoni di adeguatezza e proporzionalità nel sindacato di uguaglianza-ragionevolezza delle leggi, la bibliografia è immensa: si v. anche per un primo orientamento, Scaccia, 2000, 294 ss.

(29) Si è scritto che non solo la libertà ma anche la parità di concorrenza « è valore implicito nella libertà di iniziativa in quanto libertà di tutto », (così Oppo, 1988, 328). Nel senso che la libertà di concorrenza è parte integrante ed essenziale della libertà di iniziativa economica di impresa, Corte cost. 1966 n. 65; Corte cost. 1982 n. 225. In dottrina, Galgano, 1979, 11 ss. Pace, 1992, 493 ss.

(30) Si è osservato da più parti (cfr. Bognetti, 1985, 51 ss.; Cassese, 2000) che la vigente « costituzione economica » è ormai il prodotto della integrazione tra le norme e i principi comunitari e i principi costituzionali (art. 41-47) riferibili agli istituti e alle libertà economiche. La prevalenza dei principi comunitari della economia di mercato è riconsolata anche da chi ne metta in evidenza l'antinomia con i principi presenti degli artt. 41 e segg. della Costituzione (Irti, 1998, 18 ss.).

(31) Sulla interrelazione tra libertà di concorrenza, libertà di iniziativa economica e utilità sociale si v. da ultimo Pace, *La corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza ?* (osservazione a Corte cost. 7 ottobre 1998 n. 384).

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

vantaggio, comprimendo eccessivamente la libertà economica, oltre a penalizzare le imprese, non sia lesivo dalla libertà di concorrenza.

Vale la pena di aggiungere che anche le imprese di servizio pubblico, ai sensi dell'art. 90 T.C.E. sono sottoposte alle regole della concorrenza, salva « la specifica missione loro affidata ». Analogamente l'art. 8 L. 20 ottobre 1990 n. 297 prevede la possibilità di deroghe alle regole della concorrenza per le imprese « esercenti la gestione di servizi di interesse economico generale » oppure operanti in regime di monopolio « per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati ».

Vi è dunque una tendenziale parificazione non solo tra impresa pubblica e privata ma anche tra le imprese incaricate della gestione dei servizi pubblici e la categoria degli imprenditori come genere di soggetti investiti non solo della titolarità ma anche del concreto esercizio del diritto alla libertà economica.

Ma vi è di più. In questa prospettiva, ci si deve interrogare anche sulla compatibilità dei vincoli sociali con i principi comunitari della non discriminazione sulla base della nazionalità (art. 14 T.C.E. e della libertà di concorrenza (art. 81 - 89 T.C.E.) tra imprenditori.

In effetti l'imposizione (si pensi al caso, richiamato supra n. 6.3, degli art. 13-14 D.Lgs. n. 18/1999) di condizionamenti fortemente penetranti all'esercizio della libertà di impresa può avere l'effetto di limitare di fatto proprio quel diritto di entrata di nuovi operatori nel settore che costituisce esplicitamente lo scopo delle discipline comunitarie della concorrenza.

Deve infatti rilevarsi che simili condizionamenti potrebbero apparire discriminatori nei confronti delle imprese provenienti da altri Stati membri della Comunità, e quindi in contrasto con l'art. 14 T.C.E..

Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee (si consideri per tutte la recente sentenza 24 novembre 1998, n. 274), infatti, sono incompatibili con il principio di cui all'art. 6 (ora 14) del trattato CE non soltanto le discriminazioni palesi e dirette da parte del legislatore nazionale — e cioè quelle che espressamente attribuiscono vantaggi alle imprese nazionali o, all'opposto, svantaggi alle imprese comunitarie — ma anche le discriminazioni dissimulate e indirette, e cioè quelle che derivano da norme che, pur formalmente applicabili sia alle imprese nazionali che a quelle degli altri Stati membri, si traducono, per la natura delle condizioni previste per la loro applicazione, in svantaggi per le imprese non nazionali.

Quest'ultimo potrebbe essere il caso delle c.d. clausole sociali relative all'occupazione e alle relazioni sindacali: che, per loro natura, impongono vincoli supplementari alle imprese e quindi alla concorrenza, la cui osservanza è agevolmente ottenibile dalle imprese già operanti nel settore e dai soggetti già presenti nel sistema delle relazioni industriali. Pur con le cautele che la delicatezza del tema impone, si può quindi sollevare il problema della compatibilità di siffatte clausole sociali con il principio comunitario di non discriminazione. C'è ne è abbastanza per concludere che l'evoluzione centenaria delle c.d. clausole sociali come strumento di politica legislativa per la tutela dei lavoratori occupati nei servizi e/o imprese di pubblica utilità è giunta ad un punto di svolta, rappresentato dallo scenario europeo e dalla nuova qualità delle relazioni industriali.

Bibliografia

- Amato** (1992), *Il mercato nella costituzione*, in *QC*, 7 ss.
- Balandi** (1973), *Le « clausole a favore dei lavoratori » e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 698 ss.
- Bellavista** (1999), *La clausola sociale dell'art. 36 st.lav. e l'art. 2070 c.c.*, in *RIDL*, II, 462 ss.
- Bin** (1992), *Diritti e argomenti*, Milano, 56 ss.
- Bognetti** (1985), *La costituzione economica italiana*, Milano.
- Bortone** (1979) *Commento all'art. 36*, in *Lo statuto dei lavoratori*, Giugni (a cura di), Milano, 646 ss.
- Buonocore** (1985), *L'impresa e lo statuto*, in *GC*, 1985, I, 929 ss.
- Carbone** (1992), *Gli sgravi contributivi nella giurisprudenza 1968-1992*, in *FI*, 1992, I, c. 505 ss.
- Carbone** (1995), « Vecchi » e « nuovi » sgravi contributivi (e fiscalizzazione) nella legislazione e nella giurisprudenza, in *FI*, I, 136 ss.
- Carbone** (1997), *Fiscalizzazione degli oneri sociali*, in *ED*, *Aggiornamenti*, I, 454 ss.
- Carnelutti** (1909), *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *RDComm.*, I, 416 ss.

- Cassese** (2000), *La nuova costituzione economica*, Bari 2000.
- Centofanti** (1975), *Sub art. 36*, in Prosperetti (diretta da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1194 ss.
- Cinelli** (1999), *Diritto della previdenza sociale*, Torino.
- Crisafulli** (1958), *Costituzione ed improprietà di mano d'opera*, in *RCC*, 1206 ss.
- Freni - Giugni** (1971), *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano, 153 ss.
- Galgano** (1978), *Il risanamento programmato dell'impresa*, in *RS*, 1186 ss.
- Galgano** (1979), *Sub art. 41* in *Commentario della Costituzione*, Branca, 11 ss.
- Garofalo D.** (2000), *Costo del lavoro e nuova occupazione: il quadro normativo*. In *Finanziamenti su misura*, in *News*, n. 5, 20 ss.
- Ghera** (1979), *Le sanzioni civili nel lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979 305 ss.
- Giannini** (1988), *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 184 ss.
- Giugni** (1996), *Diritto Sindacale*, Bari.
- Ichino** (1999), *Sul contenuto e l'estensione del lavoro nel Titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro in onore di G. Giugni*, Bari, 529 ss.
- Irti** (1998), *L'ordine giuridico del mercato*, Roma.
- Luciani** (1983), *La produzione economica privata del sistema costituzionale*, Padova, 79 ss.
- Luciani** (1990), *Libertà di impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. n. 316 del 1990 della Corte costituzionale*, in *GC*, 2033 ss.
- Mancini** (1972), *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c. c.*, Scialoja e Branca (a cura di), Bologna - Roma, 542 ss.
- Maziotti** (1958), *Iniziativa economica, proprietà privata, diritto al lavoro*, in *RCC*, 1210 ss.
- Mengoni** (1997), *Autonomia privata e costituzione*, in *B.B.T.C.*, I, 1 ss.
- Morbidelli** (1989), *Iniziativa economica privata*, in *Digesto Disc.publ.*
- Mortati** (1958), *Iniziativa economica ed improprietà di mano d'opera*, in *RCC*, 1192 ss.
- Napoletano** (1953), *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *RGL*, I, 267 ss.
- Oppo** (1988), *L'iniziativa economica*, in *RDC*, I, 305 ss.
- Pace** (1992), *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova.
- Pace** (1998), *La corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza? (osservazione a Corte cost. 7 ottobre 1998 n. 384)*, in .
- Paladin** (1965), *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano.
- Pera** (1988), *Il rispetto della contrattazione collettiva nella concessione di pubblici servizi*, in *RC*, 1998, I, 2423.
- Romeo** (1988), *L'impresa assistita nel diritto del lavoro*, Milano.
- Scaccia** (2000), *Gli « strumenti » della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 309 ss.
- Serrani** (1971), *Lo stato finanziatore*, Milano, 1971.
- Serrani** (1977), *Funzionalizzazione dell'impresa e controllo sull'uso del pubblico denaro*, in *Il controllo sociale delle attività private*, Rodotà (a cura di), Bologna, 209 ss.
- Spagnuolo Vigorita** (1964), *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli.
- Treu** (1979) *Sub art. 35*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1 ss.
- Treu** (1979), *Sub art. 36*, in *Commentario della Costituzione, cit.*, 72 ss.
- Tullini** (1990), *Finanziamenti pubblici alle imprese e « clausole sociali*, in *RTDPC*, 1990, 33 ss.
- Vincenti** (1998), *Origine ed attualità della c.d. clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, in *DL*, I, 429 ss.

Le c.d. clausole sociali
Edoardo Ghera

Bibliografia

La promozione dei diritti sociali fondamentali nell'era della globalizzazione

Adalberto Perulli (*)

Sommario

1. Globalizzazione e competizione tra sistemi sociali. 2. La clausola sociale. 3. L'attuale quadro normativo. 3.1. La prospettiva multilaterale globale. 3.1.1. Il ruolo di FMI e Banca Mondiale. 3.1.2. ECA new guidelines. 3.1.3. I fondi pensione. 3.2. La prospettiva multilaterale regionale. 3.3. La prospettiva unilaterale o autonoma: gli USA e l'UE. 4. Conclusioni.

1. Globalizzazione e competizione tra sistemi sociali

«L'importanza crescente dei centri e delle istituzioni di regolazione sovranazionale del mercato e dell'economia genera un nuovo tipo di questioni di valore, legate alla denazionalizzazione del diritto del lavoro. Il dibattito sulle clausole sociali da inserire negli accordi del commercio internazionale promossi dal WTO, ad esempio, pone in termini nuovi la questione se a livello mondiale si debbano fissare condizioni minime di protezione dei lavoratori (questione fino ad ora affidata all'opera meritoria, ma alquanto inoffensiva, dell'Organizzazione internazionale del lavoro)».

La citazione, tutt'altro che rituale, è da uno degli ultimi scritti di Massimo D'Antona sul «Diritto del lavoro di fine secolo» (D'Antona, 1998). Nello stesso torno di tempo Federico Mancini, nel suo saggio «Per uno stato europeo», richiamava l'attenzione sugli effetti problematici della «denazionalizzazione dell'economia, specie dei mercati finanziari e della stessa produzione industriale, per le politiche del lavoro ed i sistemi di sicurezza sociale europei» (Mancini, 1998). Questo *idem sentire* che accomuna i due insigni giuristi al cui «ricordo» questo Convegno è dedicato mi pare emblematico perché esprime, da una parte, lo spaesamento del giuslavorista (abituato a confrontarsi con la dimensione statale-nazionale su cui poggiano i sistemi di diritto del lavoro) di fronte alla crescente sproporzione tra le istituzioni politiche nazionali e la dimensione internazionale dei processi economici; e, d'altra parte, la consapevolezza che solo operando nell'ambito di istituzioni sovranazionali, su scala regionale o mondiale, si possa ricondurre la globalizzazione economica a principi politicamente e socialmente condivisi, che attribuiscono legittimità all'azione del mercato e del libero scambio.

Il dato essenziale da cui partire è che la globalizzazione economica, coinvolgendo sempre più fattori culturali, ambientali e sociali, si caratterizza per l'avvio di una inedita *competizione tra sistemi sociali*. Nella misura in cui le barriere tariffarie si riducono o spariscono e i costi legati alla distanza diminuiscono drasticamente (grazie al progresso tecnologico delle telecomunicazioni e dei trasporti internazionali), la competizione si trasferisce alle condizioni sociali di produzione di ciò che viene scambiato. La conseguenza è che i sistemi

note

(*) Si tratta, con l'aggiunta dei riferimenti bibliografici e qualche lieve modifica, della relazione tenuta dall'autore al Convegno su «Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali», Trento 23-24 novembre 2000.

La promozione dei diritti sociali

Adalberto Perulli

economici aggrediscono i fattori sociali e culturali che alterano lo scambio al fine di diminuirne i costi ed affrontare al meglio la competizione internazionale; in questo contesto la ricerca di maggiore competitività viene spesso perseguita, anche nei sistemi economici consolidati, riducendo gli *standards* sociali e praticando strategie di *sweatshop* piuttosto che attraverso la riprogettazione dei modelli organizzativi di produzione (Piore, 1990).

Se la globalizzazione non è una semplice estensione degli scambi commerciali, degli investimenti e della mobilità del capitale finanziario, ma implica anche una competizione intensiva tra sistemi sociali, si fa più urgente delineare un'orizzonte istituzionale globale per i diritti fondamentali del lavoro, che sottragga gli aspetti sociali agli automatismi di mercati finanziari sempre più autoreferenziali e ponga le condizioni per una tendenziale convergenza dei sistemi di relazioni industriali. Questa istanza, che fa corpo con quell'idea di *global governance* volta a porre rimedio agli effetti perversi della globalizzazione economica, impone non solo di ripensare il ruolo dei governi nazionali — i quali, nonostante tutto, continuano ad essere le cellule di base della comunità internazionale — ma, soprattutto, quello delle istituzioni sovranazionali che dovrebbero contribuire a realizzare, secondo l'espressione dell'ONU, una « globalizzazione dal volto umano », ovvero « consentire ad ogni donna e a ogni uomo di accedere ad un lavoro decente e produttivo in condizioni di libertà, di equità, di sicurezza e di dignità » (BIT, 1999): obiettivi, questi, peraltro oggi « favoriti » dalla progressiva affermazione dei diritti universali dell'uomo — Stefano Rodotà (2000) ha parlato al proposito di una « esplosione dei diritti fondamentali » —, tema sempre più presente nell'azione dei governi occidentali e all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali.

Per tentare di realizzare questo ambizioso obiettivo è necessario immaginare e consolidare nuovi meccanismi di governo dei processi economici globali, in grado di fronteggiare le dimensioni oggi acquisite dal potere economico sovranazionale e di regolarne le tendenze. Questo progetto si sta lentamente e faticosamente formalizzando attorno ad una serie di strumenti operativi, tra i quali spiccano quelli fondati sul collegamento tra sistema commerciale internazionale e le norme di lavoro internazionalmente riconosciute. I principi regolativi del commercio internazionale, in quanto dotati di un supporto istituzionale e di un apparato normativo che permette particolari livelli di interferenza nei sistemi nazionali, unitamente a meccanismi di controllo, risoluzione delle controversie e di sanzione, possono infatti offrire un *binding multilateral framework* atto a correggere le più vistose distorsioni del mercato costituite dalla differenza tra i costi sociali nei vari paesi concorrenti, su scala mondiale o regionale.

In questo scenario si pone il tema della « clausola sociale », che si candida ad integrare e completare i principi di non discriminazione (c.d. trattamento della nazione più favorita) e della reciprocità attualmente posti alla base dei negoziati commerciali multilaterali, contribuendo a conciliare l'imperativo della competitività globale con l'obiettivo dell'equità sociale, intesa, quest'ultima, come equa distribuzione delle opportunità e dei frutti dello sviluppo nelle diverse aree del globo.

2. La clausola sociale

L'opzione di regolare gli aspetti sociali della globalizzazione (anche) nel quadro delle istituzioni che disciplinano l'ordine economico mondiale fondato sul libero scambio ha una lunga storia, che affonda le radici nei legami strettissimi che collegano il diritto internazionale del lavoro alla regolazione della concorrenza. L'argomento che vede nella disciplina internazionale del lavoro un presupposto del *fair trade*, cioè di relazioni commerciali eque e non perturbate da dislivelli eccessivi nelle dotazioni di diritti sociali dei paesi interessati agli scambi, già trovava espressione nelle Conferenze intergovernative della fine dell'800 e verrà ripreso con vigore in ambienti sindacali e governativi dopo il primo ed il secondo conflitto mondiale; basti ricordare che nel preambolo del Trattato di Versailles, che costituisce a tutt'oggi parte integrante della costituzione dell'OIL, si afferma che « la mancata adozione da parte di uno stato di condizioni lavorative realmente umane costituisce un'ostacolo agli sforzi degli altri Stati desiderosi di migliorare le sorti dei lavoratori del proprio paese ». Ma la sede in cui più ci si avvicinò ad un accordo internazionale che stabilisse un legame istituzionale fra politiche del lavoro e politiche commerciali fu il progetto di Convenzione istitutiva dell'*International Trade Organization* (ITO) firmato all'Avana nel 1948 (la famosa Carta dell'Avana, mai ratificata a causa dell'opposizione del

Congresso USA, dalle cui ceneri nascerà il GATT), nell'ambito del quale si riconosceva che « l'esistenza di condizioni di lavoro inique, in particolare nei settori di esportazione, crea difficoltà negli scambi internazionali », e si affidava alla costituenda ITO il compito di eliminare le condizioni di lavoro inique (*unfair labor conditions*) specie in quelle imprese orientate all'esportazione, e perciò maggiormente indotte a praticare condizioni di impiego sfavorevoli per ragioni di concorrenza internazionale.

Uno degli argomenti a favore del collegamento tra commercio internazionale e *labor standards* è quindi di ordine principalmente economico e riguarda i fenomeni di distorsione della concorrenza internazionale posti in essere dai paesi a basso salario e a bassa — o nulla — protezione sociale. L'intento è cioè evitare che i Paesi che non rispettano taluni diritti sociali fondamentali godano di un vantaggio competitivo artificiale e quindi indebito nei confronti dei *partners* commerciali che viceversa quei diritti riconoscono e garantiscono; il fenomeno che si intende stigmatizzare è, insomma, quello del c.d. *dumping* sociale, concetto alquanto controverso che allude alla produzione e commercializzazione di prodotti sul mercato internazionale ad un prezzo inferiore a quello che sarebbe il loro costo « normale » se il paese esportatore rispettasse i diritti sociali fondamentali e si adoperasse per il miglioramento delle condizioni di lavoro e di salario. In sostanza, il bene esportato non riflette i costi sociali di produzione valutati secondo i parametri del paese d'importazione. Questo argomento può essere sviluppato (e teoricamente argomentato) sia nella prospettiva volta a stabilire un *level playing field* che garantisca una certa parità di costi imposti dalle legislazioni lavoristiche, sia nella direzione volta ad imporre il rispetto di un livello minimo di diritti al fine di evitare una competizione sociale distruttiva — la *race to the bottom* paventata dai critici della globalizzazione. In entrambe le prospettive i diritti fondamentali vengono apprezzati quali *precondizioni* dello sviluppo, capaci di assicurare nel lungo termine un processo dinamico dell'economia e una convergenza nei livelli di benessere economico e sociale.

Tale prospettiva, che peraltro non intende ridurre i diritti fondamentali a meri corollari delle regole di concorrenza, si fonda sulla valorizzazione di una dimensione economica che utilizza gli *standards* sociali quale strumento per istituire un quadro di regole commerciali eque e rispettose della clausola *ceteris paribus*. Il congegno tecnico-giuridico atto a fissare condizioni minime di protezione dei lavoratori è la c.d. clausola sociale: inserita nei trattati diretti all'abolizione negoziata delle restrizioni e delle discriminazioni statali in materia di scambi internazionali, la clausola designa peculiari norme aventi ad oggetto i diritti sociali internazionalmente riconosciuti, il cui rispetto diviene condizione per il godimento dei benefici indotti dalla liberalizzazione dei flussi commerciali, ovvero di benefici ulteriori e selettivi, evitando di incorrere, in caso di inadempimento, in vere e proprie sanzioni economiche. La clausola sociale tende quindi a stabilire, in varia guisa, un criterio di *condizionalità sociale* nell'ambito del governo degli scambi economici internazionali: essa consente di limitare o interdire le importazioni, o le importazioni sotto un regime preferenziale, di prodotti provenienti da Paesi, settori produttivi o imprese, ove i regimi lavorativi sono inferiori agli *standards* convenzionalmente stabiliti. In quanto risultanti dalla saldatura tra progresso economico (derivante dalla liberalizzazione economica) e progresso sociale, le clausole in esame dovrebbero contribuire a fondare una autonoma « dimensione sociale » del commercio internazionale, assai più vincolante rispetto agli attuali assetti perché assistita da un vero e proprio sistema di contromisure economiche sotto forma di barriere tariffarie o altre restrizioni all'accesso al mercato interno. Sotto il profilo dell'*enforcement* la clausola sociale si distingue, quindi, sia dalle tradizionali convenzioni di diritto internazionale volte alla protezione dei diritti umani, sia dalle norme OIL, il cui apparato sanzionatorio si fonda sulla persuasione e sull'alto valore morale delle raccomandazioni, ma la cui effettività è, come ben noto, assai scarsa.

A questo punto dobbiamo tornare alla *questione di valore* che ci ha posto Massimo D'Antona: è giusto perseguire questa strategia? O forse la clausola sociale è una terapia sbagliata? E ancora: l'esistenza di marcate differenze nelle condizioni di lavoro rappresenta un fattore di espansione del commercio internazionale in quanto rende i Paesi più « diversi » e accentua quindi i vantaggi dello scambio? Oppure tali differenze minano la legittimità stessa del sistema di scambi internazionali in quanto conferiscono a certi Paesi un vantaggio competitivo iniquo all'insegna della formula « bassi *standards* sociali-bassi costi di competizione »?

Al riguardo, il dibattito teorico e politico è molto acceso e presenta elementi contraddittori (di questi è un buon esempio lo studio OCSE (1996), che da una parte rassicura i PVS

**La promozione dei
diritti sociali**
Adalberto Perulli

relativizzando gli effetti economici dei diritti sociali e la loro incidenza sulla competitività internazionale, dall'altra non esclude l'utilizzo di clausole sociali nel contesto WTO: il che, data la premessa, perderebbe di senso, almeno sotto il profilo economico). Si tratta, comunque, di un contrasto che segna una vera e propria spaccatura tra i Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo, i quali, peraltro, esprimono perplessità — se non ostilità — già in merito alla scelta, attualmente in discussione in ambito WTO, di adottare regole multilaterali di tutela della concorrenza (Bernini, 2000).

Da una parte militano i detrattori della clausola sociale (*in primis* i PVS), i quali, nel lanciare accuse di neo-protezionismo indiretto ai Paesi occidentali — che dietro il paravento della difesa dei diritti umani perseguirebbero in realtà lo scopo di erigere barriere protezionistiche per i settori meno redditizi — si appellano vuoti alla teoria economica dei costi comparati per dimostrare il legittimo vantaggio comparativo dei PVS con bassi *standards* sociali, vuoti a concezioni relativistiche che negano la valenza universale dei diritti umani e sociali (come se questi fossero, insomma, il frutto di un'ideologia occidentale, ovvero il portato di quella « occidentalizzazione del mondo » di cui parla S. Latouche).

All'opposto, i fautori della clausola sociale (*in primis* gli USA, alcuni governi europei e le organizzazioni sindacali internazionali) stigmatizzano i fattori di competitività dei PVS fondati, fra l'altro, sullo sfruttamento del lavoro minorile, sulla repressione dei diritti sindacali e sulla sistematica negazione dei più elementari diritti sociali. Secondo questa prospettiva una riduzione dei *core labor standards* in un dato paese è associata ad un calo dei costi di produzione e ad una maggiore competitività a livello internazionale delle relative imprese. In un sistema di scambi commerciali fortemente integrato, le imprese operanti nei territori in cui la legislazione garantisce un livello di protezione sociale inferiore a quello presente altrove, approfittano di un importante vantaggio competitivo ed innescano un fenomeno di *cost competition* che crea notevoli rischi sociali: il prezzo di vendita è infatti uno dei principali fattori incidenti sulla curva di domanda, tanto più se i beni in concorrenza sono succedanei e quindi fungibili. In un contesto che vede l'allargamento della schiera dei *competitors* ai PVS, le altre nazioni reagiranno abbassando a loro volta i propri *labor standards*, da cui sacturisce un livellamento verso il basso degli *standars* sociali su scala internazionale.

Posizioni intermedie, come quella assunta dalla Commissione europea, prospettano soluzioni graduali, basate su un concetto dei diritti fondamentali che non dovrebbe comunque rimettere in discussione il diritto dei PVS a utilizzare il vantaggio comparativo di una manodopera abbondante e a buon mercato.

Evidentemente questo dibattito — sin qui foriero di ripetuti stalli operativi — andrebbe superato abbracciando una concezione più avanzata dello sviluppo economico—sociale. In tal prospettiva non si tratta più di domandarsi se alcune libertà politiche e sociali siano o meno favorevoli allo sviluppo, ovvero siano o meno compatibili con lo stadio di sviluppo dei PVS e quindi, in ipotesi, differibili finché non si ottenga una adeguata crescita economica di base; si tratta bensì di considerare quei diritti come *parti costitutive* dello sviluppo, come « capacitazione sociale », secondo la definizione che ne ha dato A. Sen nel suo libro più recente, dal titolo « Lo sviluppo è libertà » (Sen, 2000a; nozione accolta anche da Giddens, 2000). Come dire, da un lato, che il miglioramento delle condizioni sociali non è semplicemente la conseguenza automatica della crescita economica, ma anche il frutto dello sforzo consapevole dei governi e delle forze politiche e sociali volte a correggere i « fallimenti » del mercato; dall'altro che il valore contemplato dai diritti sociali fondamentali dovrebbe determinare l'ordinamento e l'attività dei poteri costituiti e che il bene o interesse in essi considerato dovrebbe essere protetto comunque. A questo punto, come si vede, le ragioni puramente economiche o « mercantilistiche » sottese all'adozione della clausola sociale incrociano le ragioni etiche e giuridiche che suggeriscono di collegare *standards* sociali e commercio internazionale in una prospettiva complementare a quella sin qui descritta, in cui i diritti cessano di essere strumentali al mercato ma sono gli strumenti di governo del mercato che vengono piegati verso una dimensione assiologica e valoriale.

Peraltro, se per anni si è discusso su quali fossero i *core labor standards* che tutti Paesi dovrebbero impegnarsi a rispettare, è ormai enucleabile un nucleo minimo di diritti sociali « incondizionati », cioè non declinabili in ragione del diverso grado di sviluppo economico e delle diversità culturali: questi diritti, già contemplati, oltre che da Convenzioni OIL, dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dai Patti ONU del 1966 sui Diritti Civili e Politici e sui Diritti Economici e Sociali, sono stati riconosciuti come « basilari » dalla Dichiarazione di Copenaghen sullo Sviluppo sociale ed infine consacrati dalla storica

Dichiarazione adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro, nella sua 86a sessione (Ginevra, 18 giugno 1998).

Libertà di associazione e del diritto di contrattazione collettiva; divieto del lavoro forzato e obbligatorio; tutela del lavoro dei minori; divieto di discriminazione: questo « set » di *core labor standards*, taluni sostanziali, altri procedurali, deve considerarsi sottratto ad ogni critica relativistica e dunque di applicazione universale. Le necessità dello sviluppo non possono essere un pretesto per pratiche abusive e violazioni di questi diritti universali, tanto che l'OIL ne richiede ora il rispetto agli Stati membri in virtù della mera appartenenza all'Organizzazione, anche qualora non abbiano ratificato le convenzioni in oggetto (Di Turi, 2000). Si tratta, invero, di diritti dei lavoratori che si atteggiavano essenzialmente come diritti umani internazionalmente riconosciuti. Valga un solo esempio, l'utilizzo di manodopera infantile in rapporti di lavoro che, per loro natura o per le circostanze in cui si svolgono, mettano a repentaglio la loro salute fisica e morale dei minori, prassi, questa, riconducibile alla nozione di « trattamenti crudeli, disumani e degradanti » (artt. 1 e 56 della Carta ONU) il cui divieto è senz'altro riconducibile allo *ius cogens* (M. Diller, A. Levy, 1997). In questa prospettiva può dunque fondatamente avanzarsi la tesi che la clausola sociale ha natura codificatoria di principi in realtà già operanti sul piano del diritto internazionale generale: i trattati commerciali che ospitano o in futuro ospiteranno una clausola sociale dovrebbero di conseguenza interpretarsi come conferma, ampliamento e specificazione di norme consuetudinarie già esistenti (Di Turi, 1998) (1).

3. Il quadro normativo attuale.

Per offrire un quadro ragionato e differenziato di operatività della clausola sociale è opportuno distinguere una prospettiva multilaterale globale, una dimensione multilaterale regionale ed infine le pratiche unilaterali poste in essere dagli USA e dalla UE.

3.1. La prospettiva multilaterale globale.

I negoziatori dell'Accordo Generale sulle Tariffe Doganali e sul Commercio (GATT) non recepirono le indicazioni della Carta dell'Avana e scartarono di codificare il *dumping* sociale, optando per una definizione più ristretta che limita l'operatività delle procedure antidumping alla vendita di un prodotto su un mercato estero ad un prezzo inferiore al suo valore normale, cioè un prezzo inferiore a quello praticato nel mercato di origine o un prezzo comunque insufficiente a coprire i costi di produzione (c.d. *international price discrimination*). L'unica norma espressamente volta a contrastare fenomeni di *dumping* sociale rintracciabile nell'*existing framework* risultante dal complesso pattizio raccolto sotto l'egida della WTO è l'art. XX, relativo ad un sistema di deroghe denominato « eccezioni generali », che consente di adottare misure restrittive degli scambi per ragioni legate, fra l'altro, alla commercializzazione di articoli fabbricati con utilizzo di lavoro carcerario o da manodopera sotto costrizione. *De iure condendo* la via maestra dovrebbe condurre alla riformulazione dell'art. XX, inserendo delle nuove eccezioni relative al mancato rispetto di taluni diritti sociali con il risultato di sottomettere alla disciplina GATT/WTO le obbligazioni contenute nelle convenzioni OIL attinenti ai diritti sociali fondamentali. È significativo, peraltro, che nessuna delle misure unilaterali adottate da singoli Stati per evitare il *dumping* ecologico — misure cioè dirette ad imporre agli Stati che praticano il c.d. *shopping* ambientale — abbia superato il vaglio di compatibilità con il GATT, risultando in contrasto con il principio del trattamento nazionale e con il divieto di restrizioni quantitative, e comunque ingiustificate alla stregua dell'art. XX.

Volendo ampliare lo sguardo ad altri istituti, reperibili in seno al GATT, che comportano una competenza WTO sui comportamenti degli Stati atti a incidere sulle condizioni di concorrenza, vengono in rilievo la disciplina delle sovvenzioni, le clausole di salvaguardia e la protezione delle concessioni e dei vantaggi. La sovvenzione pubblica alle esportazioni (artt. VI e XVI GATT) è considerata uno strumento di distorsione del commercio

note

(1) Nella monografia *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, 80, a causa di un refuso ho attribuito a O. D. A. Morello la paternità di un articolo a firma C. Di Turi. Colgo l'occasione per scusarmi con il dott. Di Turi dell'involontario errore.

La promozione dei diritti sociali
Adalberto Perulli

internazionale; si può avanzare l'ipotesi che la pratica di *standards* lavorativi deteriori rispetto a quelli internazionalmente riconosciuti nei settori di esportazione, tollerata (o addirittura incentivata, come accade nelle « zone franche d'esportazione ») dal governo, sia assimilabile ad un sussidio o sostegno al reddito o al prezzo concesso alle imprese nazionali. Si tratterebbe, in sostanza, di un « fallimento » dello Stato qualificabile in termini di *unfair subsidy* e quindi soggetto alla procedura dei dazi compensativi (Standford, 1991). Quanto alle clausole di salvaguardia, previste dall'*Agreement on Safeguards* annesso all'accordo WTO, sono disposizioni convenzionali che prevedono la facoltà di derogare temporaneamente alle norme di un trattato, per esempio limitando le importazioni, laddove la produzione nazionale sia suscettibile di venire perturbata da importazioni a basso prezzo (art. XIX GATT). Per la genericità e adattabilità delle circostanze che legittimano il ricorso a misure di salvaguardia, una correlazione con la clausola sociale non può essere esclusa; del resto, proprio al fine di scongiurare il rischio di applicazione di misure conservative di salvaguardia, i contraenti dell'Accordo SEE hanno predisposto modalità di armonizzazione non solo in campo economico ma anche sociale e ambientale con riferimento alle regole comunitarie in materia di salute e sicurezza, divieto di discriminazione, dialogo sociale (artt. 67, 69, 70, 71).

Infine, l'art. XXIII del GATT, così come ampliato dalle procedure di composizione delle controversie in sede WTO, contempla una clausola generale relativa ad una « situazione » tale da annullare o compromettere i vantaggi risultanti dall'Accordo, legittimando l'attivazione di un'inchiesta che potrà sfociare nella sospensione di qualsiasi concessione o obbligo derivante dal GATT. Gli Stati Uniti, unitamente al Congresso dei sindacati inglesi, hanno da tempo proposto di utilizzare l'art. XXIII per imporre sanzioni commerciali ai paesi che non assumono misure a sostegno dei *labor standards*.

Nonostante queste compatibilità della clausola sociale con gli assetti istituzionali che regolano il commercio mondiale, la discussione relativa all'inserimento espresso di criteri di condizionalità sociale nel *corpus* WTO ha sortito, finora, scarsi risultati. Dopo le timide prospettive apertesi a Marrakesh con l'autorizzazione all'inclusione di punti aggiuntivi nell'agenda della WTO, si sono susseguite due dichiarazioni ministeriali nei meeting di Singapore (1996) e di Ginevra (1998); nella prima le parti hanno rinnovato il loro impegno ad osservare i diritti sociali fondamentali internazionalmente riconosciuti, indicando però nella sola OIL la sede competente a monitorare e promuovere i labor standard (salvaguardando così l'esigenza di non utilizzare le norme internazionali del lavoro a fini protezionistici); la seconda contiene solo un fugace cenno all'impegno dei governi in materia di diritti dei lavoratori e dell'ambiente.

Alla terza Conferenza ministeriale WTO di Seattle (novembre 1999) l'obiettivo centrale dei paesi industrializzati riguardava l'apertura di un grande negoziato che includesse una serie di questioni trasversali, definite quali « *second generation issues* », relative alle interazioni tra commercio e investimenti, politiche di concorrenza, trasparenza negli appalti pubblici, nonché, per quanto qui interessa, la tutela dell'ambiente, le condizioni di lavoro, la protezione della salute. Il movimento sindacale internazionale e alcuni governi dei paesi industrializzati, tra i quali quello italiano, chiedevano la costituzione di un *working party* in seno alla WTO (simile al già operativo « Gruppo di lavoro in tema di commercio e ambiente ») con il compito di esaminare le relazioni tra il commercio internazionale e le condizioni lavorative; pur non essendo un tavolo negoziale vero e proprio, il Gruppo di lavoro avrebbe permesso di promuovere e formalizzare in seno all'organizzazione un'attenta valutazione degli effetti della liberalizzazione del commercio su occupazione, norme di lavoro e sviluppo sociale, nonché di valutare le modalità di inclusione di tali norme nei meccanismi e nelle procedure WTO. Secondo la proposta degli USA il *working party* avrebbe dovuto esaminare, in collaborazione con altre istituzioni quali la Banca Mondiale, il FMI e l'OIL, i rapporti tra commercio e occupazione, norme di lavoro, ruolo degli incentivi finalizzati a promuovere il rispetto degli *standards* sociali, lavoro minorile e forzato, nonché gli effetti delle deroghe alle normative nazionali adottate in specie nelle zone di libero scambio. Dal suo canto, il Consiglio UE, dopo una lunga discussione che ha visto i paesi membri su posizioni diversificate, ha concordato una linea di azione secondo la quale la WTO dovrebbe, in collaborazione con altre organizzazioni internazionali interessate, incoraggiare incentivi positivi per promuovere il rispetto delle norme fondamentali del lavoro.

Come è noto, la pressione esercitata dai Paesi industrializzati e le critiche avanzate dalle organizzazioni dei consumatori, dai sindacati dei lavoratori e dalle altre organizzazioni non

governative interessate ai fallimenti « sociali » e ambientali della *trade liberalization* hanno contribuito all'insuccesso della Conferenza di Seattle. La situazione attuale è di stallo: il nuovo *Round* negoziale stenta a ripartire, la riforma istituzionale della WTO non decolla, v'è il problema dell'adesione di nuovi membri (*in primis* la Repubblica Popolare Cinese, la quale, come è noto, persegue una politica di non ingerenza in materia di diritti umani).

Al contempo, tuttavia, l'aver posto in termini programmatici il problema politico dei rapporti tra commercio internazionale e *non-trade issues* pone le basi per il rilancio di una dimensione sociale nell'ambito WTO, a partire dal rispetto delle norme fondamentali del lavoro nelle politiche e negli accordi dell'organizzazione (Treu, 1998). La vigorosa rivendicazione, anche a livello di manifestazioni di piazza, di valori considerati essenziali per l'integrazione dei mercati (rispetto dell'ambiente, dei diritti umani, degli *standards* sociali) ha posto sul tappeto, in termini forse irreversibili, il confronto attorno al quale è destinato a ruotare l'apertura generalizzata degli scambi coinvolgenti Nord e Sud del mondo. Ciò probabilmente in un'ottica meno centrata sull'utilizzo di sanzioni commerciali e maggiormente favorevole a misure incentivanti, da utilizzarsi sinergicamente con adeguate politiche internazionali di cooperazione allo sviluppo, che includano assistenza finanziaria e tecnica (per esempio nel settore dell'istruzione, formazione professionale, scolarizzazione ecc), e siano rivolte selettivamente verso quei governi che dimostrino fattivamente impegno e competenza nel miglioramento dei propri *standards* sociali.

Altre iniziative in atto convergono nella medesima direzione. Vengono in rilievo, a tal proposito, le funzioni delle istituzioni finanziarie internazionali (quali FMI e Banca Mondiale) e il ruolo degli investitori internazionali.

3.1.1. Il ruolo di FMI e Banca Mondiale.

Quanto alle prime, la Confederazione internazionale dei sindacati liberi ha recentemente presentato un documento al Consiglio dei governatori del FMI e della Banca Mondiale svoltosi a Praga (settembre 2000) in cui si chiede di includere le Organizzazioni sindacali sia nei programmi e progetti specifici per i singoli Paesi sia nelle consultazioni previste dall'art. IV del FMI, nonché di inserire le norme fondamentali del lavoro nella politica generale delle istituzioni finanziarie e delle banche regionali di sviluppo, prevedendo il rispetto degli *standards* sociali (come definiti nella Dichiarazione OIL) nelle Linee Guida della Banca Mondiale sugli appalti pubblici. Un rapporto di stretta collaborazione, se non di integrazione, fra OIL e Banca Mondiale (che possiede un'esperienza più che cinquantennale nel campo dello sviluppo dei paesi del terzo mondo) potrebbe contribuire efficacemente al miglioramento delle condizioni sociali nei PVS. Il fatto che la banca Mondiale condizioni l'erogazione dei propri finanziamenti non solo a misure specifiche in campo sociale ma, più in generale, all'adozione di politiche strutturali e macroeconomiche sostenibili fornirebbe un'ulteriore garanzia sull'efficacia di tali interventi (Faini, 2000). Clausole sociali potrebbero quindi essere inserite nei bandi di gara e in altri documenti contrattuali della Banca mondiale e delle banche di sviluppo. Il rispetto dei diritti sociali fondamentali dovrebbe inoltre rientrare tra i criteri di eleggibilità dei Paesi in via di sviluppo ammessi ad una riduzione totale o parziale del debito contratto con i Paesi ricchi, prevedendosi l'utilizzo di risorse temporanee di finanziamento rapido per le spese sociali urgenti a patto che siano rispettati i diritti umani ed in particolare i diritti sociali fondamentali.

3.1.2. ECA new Guidelines.

Si è di recente costituito in seno all'OCSE un gruppo di lavoro sulle linee—guida socio—ambientali per le agenzie governative di credito alle esportazioni che svolgono attività di finanziamento, fidejussoria e assicurativa nei confronti degli operatori (in Italia la SACE). Il Trade Union Advisory Committee presso l'OCSE (TUAC) sostiene che tali linee-guida dovrebbero subordinare l'accesso ai finanziamenti e l'assicurazione/riassicurazione dei crediti all'esportazione, al rispetto, dai parte delle imprese operanti all'estero, dei diritti sociali fondamentali consacrati dall'OIL (Brighi 2000). Inoltre, tra i c.d. rischi paese — attualmente legati a parametri tradizionali: rischi politici, catastrofici, commerciali — dovrebbe includersi anche il grado di rispetto degli *standards* sociali, con la conseguenza che se, ad esempio, un'impresa decide di delocalizzare la propria attività in Birmania — Paese condannato dall'OIL perché consente la pratica del lavoro forzato — è costretta a corrispondere interessi sui fi-

**La promozione dei
diritti sociali**
Adalberto Perulli

nanziamenti e sull'assicurazione a tassi proporzionalmente più elevati. Si eviterebbe in tal modo che attraverso l'utilizzo di fondi pubblici — quali sono quelli destinati a finanziare i progetti di internazionalizzazione delle imprese — si finisca, di fatto, per finanziare il *dumping* sociale.

3.1.3. I fondi pensione.

Il 13 novembre 2000 il Consiglio di amministrazione di Calper, il più importante fondo pensioni statunitense, ha deciso di adottare il rispetto delle norme sociali fondamentali consacrate dall'OIL tra i criteri che orientano i propri investimenti finanziari nei Paesi emergenti. L'AFL-CIO, che ha attivamente militato a favore di questa misura, ha sottolineato trattarsi di un avvenimento storico, che impone un nuovo criterio direttivo ai gestori dei fondi. Da Ginevra, l'OIL saluta con favore il « *coup de pouce* » che Calper ha dato alla diffusione delle norme internazionali del lavoro. La scelta di Calper dimostra come, a fianco dei fondi di investimento propriamente « etici », ovvero dei fondi c.d. « socialmente responsabili » (che rappresentano oltre 200 miliardi di dollari negli USA), grandi istituzioni finanziarie siano altrettanto disposte a praticare una sorta di moralizzazione delle proprie pratiche di investimento.

3.2. La prospettiva multilaterale « regionale ».

Nell'ambito dei processi di integrazione economica regionale e interregionale le esperienze cui riferirsi sono il Mercosur (Mercado del Cono Sur) e il Nafta. Quanto al primo, con la Dichiarazione di Montevideo del 9 maggio 1991 le parti hanno previsto la costituzione di un Gruppo di lavoro a composizione tripartita chiamato ad affrontare le questioni legate a rapporti di lavoro, impiego e sicurezza sociale. La metodologia utilizzata è di tipo tradizionale (cioè basata sulla ratifica delle convenzioni OIL) e gli esiti non sono certo soddisfacenti; infatti, il Gruppo si è limitato a proporre la ratifica di 35 Convenzioni OIL, con esclusione di quella fondamentale sulla libertà sindacale e della Convenzione sull'età minima di ammissione al lavoro. Peraltro, di queste solo nove sono state ratificate da tutti i paesi membri del Mercosur.

Molto più interessante è la prospettiva apertasi con la sottoscrizione dell'Accordo Nordamericano di Cooperazione sul Lavoro (NAALC), che rappresenta un peculiare caso di clausola sociale adottata nel contesto dell'Accordo di libero scambio tra USA, Canada e Messico. Tale *Agreement* costituisce invero il primo accordo libero-scambista che appresta una specifica strumentazione istituzionale volta ad incoraggiare la tutela di *standards* sociali mediante un meccanismo procedurale che consente il contemperamento fra la *trade liberalization* e il rispetto dei diritti sociali fondamentali. Incorporando obiettivi diversi da quelli della liberalizzazione commerciale, il c.d. NAFTA *Side Agreement* si propone come modello per l'integrazione di valori sociali e ambientali nei processi sovranazionali che regolano la globalizzazione economica (Biagi, 1994).

Il NAALC è un accordo complesso: si compone di un Preambolo, di cinquantacinque articoli e sette allegati (*Annex*), che vengono considerati, ai sensi dell'art. 50, parte integrante dell'intesa. L'Accordo impone a ciascuna parte contraente l'obbligo di rispettare in modo efficace la propria legislazione interna, disattendendo, in tal modo, l'aspirazione ad una tutela universalistica dei diritti sociali; infatti i Paesi firmatari stabiliscono che i *Labor Principles* elencati nell'accordo non hanno lo scopo di fissare norme minime comuni (non c'è una armonizzazione verso l'alto), ma individuano a titolo indicativo delle « aree di interesse » in cui ciascuno, a proprio modo, ha stabilito leggi, regolamenti procedure e prassi di tutela (2). Posto che l'art. 2 riconosce il diritto di ogni Parte di « stabilire *standards* di

note

(2) L'*Annex 1* definisce detti "Labor Principles" quali "valori guida" che le parti si impegnano a rispettare, e li individua nei seguenti ambiti tematici: 1) libertà di associazione e diritto di organizzazione sindacale; 2) diritto di contrattazione collettiva; 3) diritto di sciopero; 4) proibizione del lavoro forzato; 5) protezione del lavoro dei fanciulli e dei giovani; 6) protezione degli *standards* minimi di tutela dell'occupazione (per es., minimi salariali e fidejussioni per prestazioni di lavoro straordinario); 7) eliminazione delle discriminazioni sul lavoro; 8) diritto alla pari retribuzione tra uomini e donne aventi pari mansioni e operanti nella medesima impresa; 9) prevenzione delle malattie professionali e degli infortuni sul lavoro; 10) diritto di indennizzo in caso di malattie e infortuni sul lavoro; 11) protezione dei lavoratori migranti.

lavoro e di adottarli e modificarli in accordo con le proprie leggi e i propri regolamenti », nulla impedirebbe agli Stati di abbassare i propri *standards* nel tentativo di attrarre capitali stranieri. Il rischio di una *social devaluation*, paventata da molti commentatori, può tuttavia essere evitato in virtù dell'impegno, prescritto dallo stesso art. 2 e gravante su ciascuna parte, « di garantire *labor standards* di alto livello e di sforzarsi costantemente di migliorarli ». La *ratio* della norma è quindi di chiara impronta progressista: da un lato riconosce la reciproca potestà e autonomia legislativa degli Stati, assecondando la ritrosia di questi ultimi a cedere quote di sovranità; dall'altro provvede ad imporre la direzione verso la quale gli ordinamenti devono muoversi, assoggettandoli ad una sorta di « autolimitazione » o *self-restraint* (Perulli, 1999).

Un secondo profilo critico riguarda la diversa tutela assicurata agli undici *Labor Principles*: l'Accordo esclude dal livello più forte di tutela proprio i diritti sindacali, riservando alla violazione dei diritti di organizzazione, contrattazione collettiva e sciopero non già sanzioni economiche bensì la mera attivazione di « consultazioni ministeriali ». Solo la violazione di alcuni *labor standards* riguardanti materie attinenti alla sicurezza sul lavoro e alla salute, al lavoro minorile e al salario minimo consente, attraverso l'iniziale esperimento di consultazioni interministeriali, di giungere sino alla formazione di un *Arbitral Panel*, il quale può concludersi con l'irrigazione di sanzioni finanziarie. L'ambito di operatività delle sanzioni è quindi rigorosamente circoscritto: queste scattano solo nel caso in cui le violazioni del patto, oltretutto persistenti, si dimostrino "trade-related" e "cover by mutually recognized labor laws" (NAALC, art. 49, "Definitions"). In altre parole, non ogni violazione risulterà censurabile, ma solo quelle che, concretandosi nella mancata reazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti alle infrazioni commesse dai singoli soggetti economici per conseguire un indebito vantaggio comparativo, appaiono rilevanti ai fini dell'integrazione economico-commerciale perseguita dal NAFTA; inoltre, la mancata applicazione dovrà riguardare discipline giuslavoristiche che abbiano ottenuto riconoscimento dai contraenti quanto alla capacità di rendere azionabili diritti e livelli di tutela.

Le procedure di infrazione sin qui attivate hanno tutte ad oggetto la violazione di diritti sindacali, mentre la procedura di *Review* ha dato esiti non trascurabili, grazie in particolare alla convocazione di Forum pubblici di sensibilizzazione dell'opinione pubblica e alle conseguenti sanzioni « mediatiche », nonché alla collaborazione transnazionale fra OO.SS. in un'area in cui prevalgono fattori che tradizionalmente non facilitano la solidarietà internazionale tra sindacati. Tale collaborazione è stimolata dalla necessità che una procedura di *submission* relativa ad un Paese venga introdotta presso la struttura amministrativa (NAO) di altro Paese, da parte, quindi, di un'organizzazione straniera. È significativo ricordare a tal riguardo il collegamento — foriero anche di un significativo sostegno economico — che si è in tal modo venuto a creare tra OO.SS. messicane indipendenti (come il *Frente autentico del trabajo* o il *Sindicato de Telefonistas de la Republica Mexicana*) e OO.SS. canadesi e statunitensi.

Nonostante gli stretti limiti di operatività, la predisposizione di una clausola sociale assistita da un vero e proprio apparato sanzionatorio (che va ben al di là della "pressione morale" e della *mobilisation of shame*, in cui si risolve, in sostanza, l'azione dell'OIL) all'interno di un accordo multilaterale di libero scambio costituisce un fatto senza precedenti. Ciò segna, da un lato, una netta frattura con le passate esperienze di regolazione internazionale dell'economia e degli scambi commerciali, in particolare con il GATT; e modifica, dall'altro, l'approccio unilaterale sin qui dominante nella politica commerciale USA, rendendolo più consono ai principi del diritto internazionale e della disciplina multilaterale dei rapporti commerciali mondiali.

Si tratta di un'elencazione omnicomprensiva, che risponde ad una tecnica redazionale accolta in altri trattati e accordi internazionali (cfr., ad esempio, i dodici principi enunciati nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989), seppure, nel caso di specie, assai avara nell'individuazione degli aspetti caratterizzanti le fattispecie individuate ai fini dell'interpretazione e applicazione della normativa regolatrice; nessuna menzione, in particolare, viene fatta alle relative Convenzioni dell'OIL, che i *Principles* dunque rispettano ma alle quali formalmente non rinviano. È importante segnalare, al riguardo, che detti principi non stabiliscono in alcun modo *standards* minimi comuni, ma solo "ampie aree di interesse" su cui le Parti hanno sviluppato, ciascuna a proprio modo, "leggi, regolamenti, procedure e pratiche" volte alla "protezione degli interessi delle rispettive forze-lavoro" (*Annex 1*).

La promozione dei
diritti sociali

Adalberto Perulli

3.3. La prospettiva unilaterale, o « autonoma »: gli USA e l'UE.

Per prospettiva unilaterale intendiamo l'instaurazione di una politica commerciale volta alla protezione dei diritti sociali da parte di una singola potenza economica. E' chiaro che l'assenza di un quadro multilaterale riguardante il rapporto tra commercio e norme di lavoro comporta il rischio di adozione di misure unilaterali che confliggono con i principi di liberalizzazione. Gli Stati Uniti, alfieri di una tradizione di applicazione extraterritoriale della legislazione antitrust e principale sostenitore dell'inserimento di una clausola sociale nel GATT/WTO, hanno adottato una legislazione antidumping particolarmente « aggressiva », che condiziona l'accesso al mercato interno, ovvero subordina il mantenimento di benefici commerciali non reciproci, al rispetto, tra l'altro, di un *set* di diritti sociali c.d. « internazionalmente riconosciuti ». Il testo che presenta le più estese capacità operative è l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act del 1988* che attribuisce al rappresentante USA per il commercio di imporre sanzioni ad ogni *partner* che persegua pratiche commerciali sleali o distorsive del mercato; un atto o politica è considerata tale quando costituisca un « persistente modello di condotta » che nega i diritti di associazione dei lavoratori e i diritti di organizzazione e contrattazione collettiva, permette forme di lavoro carcerario e coatto, lavoro minorile, non prevede standard minimi in materia di salario, orario, salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (Perulli, 1999).

Il principale problema sollevato dalla legislazione statunitense (e che è tipico di tutti gli strumenti unilaterali) attiene all'ampia discrezionalità politica nell'utilizzo delle misure sanzionatorie: lo dimostrano casi emblematici di gravissime violazioni dei diritti umani e sindacali in Cile, Guatemala, Malaysia e Sud Corea, denunciati a più riprese dal sindacato americano non seguiti da alcuna sanzione commerciale. Una volta adottata la politica dell'unilateralismo aggressivo, insomma, decisive restano le ragioni strategiche economiche e di sicurezza nazionale, sulla cui base decidere la convenienza di utilizzare o meno le sanzioni.

Meno aggressivo e più « promozionale » è il ruolo svolto dall'UE mediante il sistema di preferenze generalizzate. I sistemi di preferenze generalizzate non condizionano l'accesso al mercato bensì il solo trattamento preferenziale non reciproco concesso dai Paesi industrializzati ai PVS; il SPG rappresenta quindi un meccanismo di giustizia distributiva nel sistema del commercio internazionale con portata generale, in deroga alla normativa GATT/WTO. La CE ha concesso, a partire dal 1971, preferenze tariffarie generalizzate per prodotti industriali finiti e semilavorati provenienti da PVS, autorizzando un trattamento doganale più vantaggioso rispetto a quello normalmente praticato e consistente nell'abbattimento totale o parziale dei dazi all'importazione. Il Consiglio, adottando il 19/12/1994 un nuovo SPG ha sancito per la prima volta un legame tra commercio e rispetto dei diritti sociali fondamentali con due tipi di misure: la prima è una *sanzione negativa* costituita dal ritiro temporaneo totale o parziale dei vantaggi che si accompagnano allo schema di preferenze accordate nel caso di pratica di qualsiasi forma di schiavitù come definita nelle Convenzioni di Ginevra e nelle Convenzioni OIL n. 29 e n. 105, nonché nel caso di esportazione di prodotti fabbricati nelle carceri. Grazie a questa previsione il Consiglio ha sospeso l'accesso al SPG di Myanmar (24 marzo 1997).

La seconda previsione è di tipo *promozionale*: espressione di un approccio più cooperativo che punitivo, essa consiste nella concessione di uno speciale regime di incoraggiamento il cui obiettivo è di aiutare i Paesi destinatari a migliorare il loro sviluppo apprestando politiche sociali più avanzate. A partire dal 1 gennaio 1998 possono essere concesse delle preferenze supplementari (pari al 20% extra) a quei Paesi, già ammessi al SPG, che dimostrino di aver adottato e di applicare effettivamente disposizioni legislative interne contenenti nella sostanza le norme delle convenzioni OIL n. 87 (libertà sindacale), n. 98 (organizzazione e contrattazione collettiva), n. 138 (età minima di ammissione al lavoro). Il Regolamento del Consiglio 11541/98 ha inoltre previsto che la domanda includa le misure intraprese per implementare e monitorare l'effettività della legislazione sociale nonché un impegno del governo interessato ad assumersi la piena responsabilità nel controllo e nello svolgimento delle procedure previste.

Nonostante il SPG costituisca uno strumento europeo e unilaterale, il Consiglio concederà i margini aggiuntivi sulla base di criteri accettati a livello internazionale, obiettivi e operativi e di un rapporto della commissione che terrà conto dei risultati degli studi compiuti in ambito OIL, WTO e OCSE, promuovendosi un inedito meccanismo di controllo basato

sulla cooperazione tra diverse Organizzazioni internazionali che dovrebbe costituire la spina dorsale di ogni futura ipotesi di inserzione di una clausola sociale nei trattati commerciali. Considerando l'espresso riferimento alle Convenzioni OIL il sistema europeo si caratterizza nel complesso come maggiormente rispettoso dei principi di diritto internazionale rispetto a quello statunitense. Un elemento disfunzionale riguarda il meccanismo duale tra misure sanzionatorie e promozionali: in base alla logica descritta, un Paese che non rispetta i diritti sindacali può godere degli stessi trattamenti preferenziali concessi ad un Paese che rispetta quegli stessi diritti, se quest'ultimo non viola il divieto di schiavitù e di lavoro forzato.

4. Conclusioni.

Ha scritto di recente Tiziano Treu che affrontare su scala europea il tema dei diritti fondamentali e dei diritti sociali in specie « è un esercizio difficile » (Treu, 2000). Questa considerazione vale, a maggior ragione, se il tema viene proiettato nella dimensione mondiale, laddove le culture nazionali appaiono assai più diversificate rispetto ai contesti « regionali » e i tentativi di armonizzazione delle condizioni di lavoro vengono percepiti come un indebolimento delle basi di vantaggio comparato dei Paesi in via di sviluppo. La maggior parte della dottrina economica neoclassica sostiene che gli interessi dei lavoratori, in ogni parte del mondo, sono meglio protetti da accordi di libero scambio che non menzionino le norme sociali fondamentali; secondo tale postulato, l'efficienza economica è assicurata a patto che ciascun Paese sia libero di scegliere in piena indipendenza i propri *standards* sociali (Bhagwati, 1994). Ma i « difensori » della dimensione sociale del commercio internazionale ribattono che in assenza di una armonizzazione normativa gli accordi di libero scambio conducono fatalmente ad uno sfruttamento disumano del lavoro su scala mondiale; la clausola sociale, lungi dall'esprimere intenti protezionistici, rappresenta dunque un « atto di solidarietà » volto a sottrarre dal gioco distruttivo della concorrenza i diritti sociali fondamentali (De Martino, 1998).

Come si vede, le tensioni fra globalizzazione e coesione delle società sono reali e difficilmente scompariranno spontaneamente. L'esigenza di « une approche mondiale elle aussi des grandes questions éthiques et des processus politiques et sociaux fondamentaux » (Sen, 2000b) rimane dunque affidata ad istituti ancora fragili e dal futuro incerto, soggetti come sono a fattori complessi di carattere economico e politico. Nondimeno, il prefigurare strumenti regolativi capaci di coniugare gli imperativi della competizione globale con la questione della giustizia sociale rappresenta un compito imprescindibile per il diritto del lavoro del nuovo millennio.

Bibliografia

- Bernini** (2000), *La dimensione internazionale della concorrenza: prospettive di regolazione in ambito OMC*, in Tesaurò, D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 203 ss.
- Bhagwati** (1994), *Free Trade: Old and New Challenges*, in *The Economic Journal*, n. 104.
- Biagi** (1994), *L'accordo nordamericano di cooperazione sul lavoro*, in *LG*, 679 ss.
- BIT* (1999), *Un travail décent*, Rapport du Directeur général.
- Brighi** (2000), *Intervento*, OECD Forum, 26-28 Giugno.
- De Martino** (1998), *L'harmonisation des normes de travail dans une perspective internationaliste*, in *Syndicalisme et Société*, 265 ss.
- D'Antona** (1998), *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *RGL*, 319 ss.
- Di Turi** (1998), *Liberalizzazione dei flussi commerciali internazionali, norme di diritto internazionale del lavoro e promozione della dignità umana*, in *DCSI*, 51 ss.
- Di Turi** (2000), *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in *RDI*, 113 ss.
- Faini** (2000), *I Labour Standards. Aspetti economici e assetti istituzionali*, in Iapadre (a cura di) *Costruire regole nella globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 187 ss.
- Giddens** (2000), *The Third Way and its Critics*, trad. it. *Cogliere l'occasione*, Carocci, Roma.
- Mancini** (1998), *Per uno Stato europeo*, in *Il Mulino*, 405 ss.
- Perulli** (1999), *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova.
- Piore** (1990), *Labor Standards and Business Strategies*, in Herzenberg, Perez-Lopez, *Labor Standard and Development in the Global Economy*, Washington D.C., 35 ss.

La promozione dei diritti sociali

Adalberto Perulli

Bibliografia**Sen** (2000a), *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano.**Sen** (2000b), *Travail et droits*, in *RIT*, 129 ss.**Standford** (1991), *Going South. Cheap Labour as an Unfair Subsidy in North American Free Trade*, Canadian Center for Policy Alternatives, Ottawa.**Treu** (1998), *Sviluppare la competitività e la giustizia sociale: le relazioni fra istituzioni e parti sociali*, in *DRI*, 423 ss.**Treu** (2000), *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 429 ss.

« Diritti fondamentali al lavoro » e responsabilità degli Stati

Piera Fabris (*)

Sommario

1. Attualità di un programma di giustizia sociale nel mondo globalizzato: l'OIL e le nuove esigenze. 2. Diritti sociali e « internazionalizzazione » dei diritti umani. 3. Dal diritto dei popoli allo sviluppo (1981) alla inscindibilità dei diritti umani e diritti sociali (Dichiarazione di Vienna, 1993). 4. L'azione dell'OIL: la realizzazione dei diritti umani. Il recepimento da parte delle Corti per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. 5. (*segue*): L'interpretazione dinamica: le obbligazioni positive come prolungamento dei diritti umani. 6. L'ultima giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: la Convenzione europea come garanzia collettiva dei diritti dell'uomo. La responsabilità *erga omnes* degli Stati membri. 7. L'OIL come organizzazione universale specializzata in materia di realizzazione dei diritti umani: verso la coesione sociale. 8. La Dichiarazione OIL « sui diritti fondamentali al lavoro » (1998): l'effetto « normativo » nei confronti dei terzi... 9. ...e degli Stati membri: la responsabilità *erga omnes* per la realizzazione dei diritti fondamentali al lavoro. Superamento della clausola sociale. 10. I diritti fondamentali al lavoro come diritti inderogabili, ma *dinamici*. Il principio « internazionale » di favore come principio regolatore del rapporto tra le diverse fonti.

1. Attualità di un programma di giustizia sociale nel mondo globalizzato: l'OIL e le nuove esigenze.

La globalizzazione sta sconvolgendo rapidamente il tradizionale universo giuridico e ne evidenzia l'intrinseca inadeguatezza a disciplinare una realtà in continua evoluzione ed espansione, non riportabile negli schemi conosciuti di tempo, luogo e spazio (1), categorie profondamente modificate dalle tecnologie informatiche e telematiche. In particolare — e volutamente limitando, per ora, lo sguardo al cosiddetto mondo del lavoro — l'ampliamento del mercato a dimensioni mondiali altera le componenti e i presupposti della concorrenza tra le imprese, con fatali ripercussioni sulle strategie e sulla struttura della attività imprenditoriale (Sono ormai numerosi gli studi in proposito. Tra i più recenti e significativi, v. Supiot, 1999, e il dibattito che tale rapporto sta suscitando in Francia, riportato in *D.S.*, 1999, n. 5; Diller, 1999, 107ss. Per un esempio del mutamento indotto in Italia dall'attuazione del diritto comunitario sulla disciplina della concorrenza v. De Vita, 1998, 821 ss. e, con più attinenza al diritto del lavoro, Di Via, 2000, 279 ss e Napolitano, 2000, 429 ss). La

note

(*) Il saggio costituisce un approfondimento e rielaborazione della *Introduzione* all'incontro di studio sul tema « *Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione: il dialogo tra le fonti internazionali per il dialogo tra i popoli* » (Ferrara, 15 ottobre 1999); v. la *Sintesi delle relazioni*, a cura di Guglielmi, in *Studium juris*, 2000, 484 ss.

(1) Sulla distinzione tra « territorio » e « spazio » v. Irti, 1999, I, 22 ss. il quale osserva, tra l'altro, che pur essendo entrambi concetti giuridici, al primo fa riscontro un'entità del mondo fisico (v. il territorio statale), mentre « lo spazio è una mera *dimensione giuridica degli scambi* » (il corsivo è dell'a.); v. pure, Rossi, 1996, 12. Ma neanche il termine *mercato* ha, oggi, una definizione univoca: v. Schlesinger, 1999, 187 ss.

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

trasformazione del conflitto tra capitale e lavoro che ne consegue — forse ancora non conclusa e comunque non percepita in tutta la sua profondità evolutiva (2) — colpisce il giuslavorista per il mutamento più immediato impresso sulla posizione del lavoratore, fatalmente sospinto fuori dall'impresa che ormai tende ad utilizzarne la sola prestazione per quel tanto che serve, fino a rimettere in discussione il principio, ritenuto ormai acquisito, secondo il quale il lavoro non è una merce. I « nuovi lavori », che sembrano proporre insoliti orizzonti al lavoratore per « riappropriarsi del proprio lavoro », lasciano intravedere un percorso che si dipana pericolosamente tra precarietà e illegalità, facendo rivivere i vecchi fantasmi dello sfruttamento.

Analoghi e paralleli sconvolgimenti riguardano il mondo sindacale, ponendo in crisi non solo le tradizionali categorie e strategie di azione, ma soprattutto la struttura e l'organizzazione interna del sindacato in rapporto anche all'ampiezza territoriale del campo di azione, ai rapporti con i nuovi interlocutori internazionali e alle relative tipologie di azione (3); infine, ai nuovi poteri di cui, secondo le più recenti interpretazioni del Trattato di Amsterdam (4), il sindacato si trova investito.

Ancora una volta, e in modo non sostanzialmente difforme da quanto avveniva — sia pure con caratteristiche e dimensioni assai ridotte e qualitativamente, almeno per certi aspetti, differenziate — all'indomani della rivoluzione industriale, si presenta la situazione di persistente, estremo pericolo per la pacifica convivenza tra i popoli, che portò, nel lontano 1919, alla costituzione della Organizzazione internazionale del lavoro, organo autonomo della Società delle Nazioni per la realizzazione di un programma di giustizia sociale che potesse assicurare una pace universale durevole. Su questi temi, già da tempo, infatti, l'OIL, nella sua attuale configurazione, ha avviato un approfondito dibattito che involge il significato e il ruolo della stessa Organizzazione, gli strumenti normativi e le tipologie di azione, le tecniche di cooperazione, assistenza e controllo dei propri Uffici verso gli Stati (5), per la tutela di quei diritti che furono denominati « sociali ed economici » (6). Tali diritti, agendo, per la loro essenzialità, alla radice degli ordinamenti statuali, caratterizzano la posizione dell'individuo nello Stato (7).

2. Diritti sociali e « internazionalizzazione » dei diritti umani.

In questo campo operano, da tempo, organismi internazionali a vocazione universale che, faticosamente, perseguono con pervicacia l'obiettivo della salvaguardia dei diritti umani. È noto che questi diritti — riconosciuti sul piano internazionale solo nel 1948, dunque ben più tardi dei cd. « diritti sociali » — hanno ricevuto poi una evoluzione separata, del tutto

note

(2) Sulla trasformazione del conflitto capitale-lavoro, in un conflitto polimorfo che si basa su nuovi rapporti tra mercato, produttività e impiego creando tra gli *attori* « dei sistemi originali di interazione » che coinvolgono anche il ruolo dello Stato-regolatore e le sue funzioni, v. Groux, 1999, 33 ss. ove ulteriori citazioni. La prospettiva è assai accattivante poiché pone in luce come il cambiamento si attesti proprio sui centri produttori di norme e, dunque, riguardi essenzialmente e crudamente il sistema delle fonti del diritto (*ivi*, si vedano pure gli scritti di Thoemmes, 1999, 15 ss. e Vedel, 1999, 47 ss.).

(3) Sulle tipologie dell'azione sindacale nelle multinazionali v. ora Diller, 1999 e Spyropoulos, 1999, 230 ss. Sui sindacati internazionali, v. Salerno, 1999, 204 ss.

(4) Sull'azione sindacale nella CE, v. per gli ultimi sviluppi: Biagi, 1999, 25 ss e Bellavista, 1999, 301 ss. In generale, sulle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam in tale campo e sulle ripercussioni negli Stati della Ce, in chiave molto problematica Ray, 1999, 459 ss.; sul rapporto tra interesse collettivo dei lavoratori attivi, interesse generale e relativa ripartizione della competenza decisionale, l'a. afferma con forza che spetta alla collettività nazionale la valutazione finale degli interessi che coinvolgono tutta la società, né essa può essere costretta « a trascrivere pietosamente » l'accordo firmato dalle parti sociali (462, trad. it. mia).

(5) Fin d'ora v. ampiamente la raccolta di scritti in B.I.T., *Regards sur l'avenir de la justice sociale. Mélanges à l'occasion du 75° anniversaire de l'O.I.T.*, Ginevra, 1994, e, più specificamente, il *Rapporto del direttore generale del BIT alla 85° sessione (1997)* della Conferenza Internazionale del Lavoro dal titolo: *L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation*, per quanto qui interessa, 5 ss ove ulteriori riferimenti.

(6) Più ampiamente v. Fabris, 1996, 625 ss ove riferimenti. Sulla attuale situazione di pericolo per i diritti dell'uomo e per la protezione sociale v. poi Dupuy, 1996, 313 ss e Valticos, 1998, 151 ss.

(7) L'osservazione è frequente per i diritti dell'uomo (Cocozza, 1994, e *ivi* Barbera 1994, XI ss.), meno, per i diritti sociali, in relazione ai quali si pone l'annosa questione della loro comprensione nella nozione di diritti fondamentali (sul punto, v. precedente nota e, ora, Bonnechere 1999, 393 ss.; ma su ciò v. *infra*). Risulta, invece, totalmente estraneo alla dottrina italiana il dibattito sulla qualificazione dei diritti fondamentali come nuova categoria giuridica, assai vivace invece in Francia. Sul punto v. fin d'ora il numero speciale di Ajda, 1998, e *ivi*, in particolare Picard, 1998, 6 ss. sulla reale portata del problema).

originale, almeno dal punto di vista giuridico-formale rispetto ai diritti sociali, giungendo a dotarsi di strumenti specifici, che, spesso acquisiscono, per vie autonome e innovative, efficacia vincolante non solo per gli Stati membri delle singole organizzazioni, ma anche nei confronti degli Stati terzi (8).

La proliferazione di Dichiarazioni, Conferenze, Risoluzioni, Convenzioni, prive di forza giuridica, e, accanto ad esse, di Trattati internazionali che, sempre più frequentemente, riconoscono la necessità di rispettare i diritti umani fanno ritenere, infatti, che si sia creata una norma di diritto internazionale generale in tal senso (9).

Queste fonti presentano, perciò, una caratteristica affatto peculiare: nate da matrici certamente atipiche — non solo per il diritto internazionale, dal momento che riposano su concezioni filosofiche, culturali, religiose più che giuridiche — si cristallizzano in atti scritti provenienti da collettività non governative e, comunque non riconducibili agli Stati, che acquisiscono nel tempo, proprio in virtù del sempre maggior riconoscimento nella Comunità internazionale degli Stati medesimi (10), una caratteristica tipica: l'imperatività *contro* gli Stati (11).

Ed è ormai opinione diffusa che i Trattati — specie se multilaterali — che hanno come scopo di sviluppare la cooperazione pacifica tra le nazioni per la pace nel mondo, assumano un ruolo sempre più importante come fonti formali di diritto internazionale, tanto che esistono interi settori del diritto internazionale pubblico retti solo dai medesimi (diritto internazionale dello spazio cosmico, dei corpi celesti, dell'ambiente, ecc.). A tale risultato ha certamente contribuito l'art. 13 della Carta di S. Francisco del 1945 affidando alla Assemblea Generale dell'ONU il compito di « *encourager le développement progressive du droit international et sa codification* », provocando, oltre ad un profondo mutamento nelle caratteristiche proprie di un ordinamento tradizionalmente fondato sul diritto non scritto, nuovi problemi giuridici da risolvere: primo fra tutti, il valore e l'efficacia delle nuove norme che via via venivano ad esistenza. Attualmente, sembra ormai acquisito che le norme

note

(8) Si allude ad esempio alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, dotata anche di un complesso apparato sanzionatorio.

Sembra quasi superfluo ricordare il secolare dibattito, sempre vivo, pur nella mutata temperie delle epoche storiche, sulla natura dei diritti umani che si ripercuote sulla natura (diritto naturale, principi generali di diritto internazionale, principi fondamentali, diritto delle genti; minoritaria risulta attualmente la qualificazione come consuetudine) e sulla efficacia delle fonti che li riconoscono, alle quali peraltro sembra costante il riconoscimento del carattere universale e differenziato rispetto al diritto internazionale degli Stati (più specificamente, v. *infra*).

Della sterminata letteratura in proposito, ritengo significativo rinviare a due recenti contributi: Amor, 1997, 31 ss. e Battaglini, 1999. V. anche *infra*.

(9) Fino a ricondurre queste norme alla categoria delle norme internazionali inderogabili: spec. Saulle, 1979; Sapienza, 1996; Cassese, 1994, 94 ss.

Scrive Battaglini, 1999, 195, nota 135, « i valori etici o etico-religiosi che appaiono come imperativi per la coscienza delle genti in un dato tempo storico si presentano addirittura come 'cogenti' nel generale uso quale fonte formale delle norme internazionali primarie — la pratica generale accettata come diritto — e si tratta perciò di valori transnazionali nel senso che permeano i rapporti, come interindividuali così intersignoriali (internazionali), fin dall'alto medioevo. E qui spesso anche i rapporti fra sovrani ne consacrano il rispetto... ». Conclude l'a., citando Spinoza, che « la libertà di coscienza e di pensiero, di manifestazione delle proprie fedi e del proprio pensiero 'non soltanto può essere considerata senza pericoli per lo Stato, per la religione e per il diritto delle supreme potestà' ma deve, anzi, essere concessa affinché tutto ciò sia conservato' » (1967). Purtroppo gli Stati stentano a capire a tal punto che, dal Trattato di Westfalia (1648) che sanciva i diritti ora riconosciuti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, si è innescata una profonda involuzione.

(10) Si intende alludere, in particolare, a quei Trattati multilaterali regionali sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo (Convenzione europea, Convenzione interamericana, Convenzione africana, ecc.). Sulla natura giuridica particolare dei trattati multilaterali in tema di diritti umani, v. Sudre, 1999, 44 ss. e, ivi, le *Conclusions générales* di Cohen-Jonathan, 477 ss., ove citazioni, che, tra l'altro, contrasta vivamente la tesi, sostenuta dal precedente autore, secondo il quale la qualifica di « fondamentali » si riferisce soltanto a sette dei diritti enunciati nella Convenzione europea e nei Protocolli (480ss); inoltre, Sudre, 1999, spec. 8 ss, ove anche un'utilissima raccolta delle sentenze della Corte di giustizia in materia; Fohrer, 1999; Taveriner, 1997, 19 ss. e ora, Carinci, in Carinci, Pizzoferrato, 2000, 282 ss.

(11) Ciò peraltro non sembra contrastare con la caratteristica delle fonti internazionali: v. infatti le considerazioni di Monaco, 1997, 6 ss. Più recentemente, sulle specifiche peculiarità dei complessi rapporti tra principi generali consuetudinari, fonti pattizie e consuetudine, v. Lojodice, 1998, spec. 298 ss., che parla « di norme internazionali generalmente riconosciute, anche se derivanti o ricollegabili ad atti pattizi... la cui rilevanza all'interno dei singoli ordinamenti, pur passando attraverso il filtro dei poteri interni in cui si esprime la sovranità statale, può configurarsi anche come limite (di derivazione esterna) rispetto al quale l'azione dei poteri interni deve trovare un confine » v. poi a 302 ss.

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

giuridiche così codificate, pur mantenendo il proprio valore universale, acquistano, per gli Stati aderenti, valore convenzionale, dando avvio ad una continua traduzione circolare di norme non scritte in norme scritte, che, a loro volta, concorrono a formare nuove norme non scritte (12).

Ma il fenomeno, pur se originato dal diritto convenzionale (13), reca con sé un ulteriore effetto che si produce sul piano generale: l'individuazione di una norma universale e del suo contenuto, che rimane fissato nella norma scritta (14). *L'internazionalizzazione dei diritti umani*, che ne è conseguita, ha fatto intravedere, accanto alla comunità internazionale degli Stati, una nuova comunità, composta di individui che vantano diritti in quanto ad essa appartenenti. Questa nuova entità — l'« umanità », secondo alcuni; i « popoli », secondo altri, ma sempre enti collettivi del tutto sconosciuti al diritto internazionale — inizia ad emergere come destinataria di una protezione internazionale che si impone agli Stati (15), comportando una moltiplicazione dei campi di protezione (16). Ciò consente, in primo luogo, di trovare una radice comune ai diritti dell'uomo, essenzialmente individuali, e di iniziare a mettere a fuoco il nuovo soggetto che si affaccia sulla scena internazionale: il quale si caratterizza proprio per la sua natura collettiva (17) presentandosi come destinatario — e, quindi, come portatore — di diritti collettivi che costituiscono il presupposto indispensabile al godimento di tutti i diritti inviolabili dei singoli componenti.

3. Dal diritto dei popoli allo sviluppo (1981) alla inscindibilità dei diritti umani e diritti sociali (Dichiarazione di Vienna, 1993).

La matrice collettiva dei diritti dell'uomo, essenzialmente individuali, porta, così, sul piano del diritto internazionale, la problematica, ben nota al giuslavorista, del rapporto tra individuale e collettivo; dunque, della coesistenza e interdipendenza dei diritti medesimi e, quindi, della necessità di reciproci condizionamenti (18). In questa prospettiva, la salva-

note

(12) Si fa riferimento alle ormai numerose convenzioni di Vienna sui Trattati internazionali e, in particolare, alla convenzione del 23 maggio 1986 sul diritto dei trattati conclusi tra gli Stati e le Organizzazioni internazionali o tra Organizzazioni internazionali. Su tali temi, si vedano, per una rapida consultazione Dupuy, 1998, 231 ss. e, ora, Oraison, 1999, 293 ss. che, peraltro, rileva l'incompletezza della norma poiché non prevede tra le fonti formali né gli atti unilaterali degli Stati né le decisioni provenienti dalle organizzazioni intergovernative (nota 8 e 334) ; v. pure, anche se sotto un profilo particolare, le osservazioni e i riferimenti di Sapienza, 1996, 8 ss. In generale, Cassese, 1994, 93 ss.

(13) V. soprattutto, Arangio Ruiz; v. anche le precedenti note 9 e 10.

(14) Risultato non trascurabile, se si ricordano le complesse questioni che riguardano questa « operazione »: v. per tutti Arangio Ruiz, 1997, 1 ss., (spec. 3 e 10) e Monaco, 1997, 6. Su tali temi, v. l'interessante saggio di Puissochet, 1998, 779 ss, spec. per quanto qui interessa, 784 ss; Tavernier, 1997, 17 ss.

(15) « *Il s'agit de se mettre d'accord sur la définition de l'homme, car, depuis des siècles, on parle de ses droits sans avoir dessiné son visage... Cette problématique revêt, au plan international une gravité qui met en cause la substance de l'humanité... Autant il est souhaitable que chaque nation conserve sa personnalité, autant, en revanche, le produits artificiels des manipulations ne devrait pas se diversifier dans des robots de chair dépourvus de conscience... l'humanité a droit à ses diversité naturelles et innée comme à celles recues de l'histoire* ». Così Dupuy, 1996, 17 condensa il suo pensiero, sottolineando che è sufficiente che un solo Stato non comprenda tale principio perché la coordinazione internazionale sia colpita a morte « *non plus par le péché original, mais par ce péché terminal* » (ivi). V. più specificamente sul piano del diritto internazionale, v. Dupuy, 1998. V. pure Amor, 1997.

(16) Sul piano internazionale, l'umanità emerge in molteplici atti: convenzioni sui cambiamenti climatici e le diversità biologiche (1992) Dichiarazione sul genoma umano della Conferenza generale dell'Unesco (1998), il cui Preambolo richiama tutti gli atti internazionali sui diritti dell'uomo (dicembre 1997); inoltre, la Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future della Conferenza per l'educazione, la scienza e la cultura (Parigi, 1997), le varie convenzioni sui crimini contro l'umanità, dapprima ancorati al diritto della guerra poi progressivamente *autonomizzati* (più ampiamente in Chrestia 1999, 730 ss.).

(17) Del tutto inconsueta per un diritto che, tradizionalmente, regola i rapporti fra gli Stati: v. Monaco, 6: Questa comunità può quindi identificarsi con lo Stato oppure contrapporsi ad esso. Osserva giustamente Battaglini, 1999, 223, nota 202, in fine, che « il progresso della società di tutte le potenze in giustizia e libertà dipende dalla evoluzione giuridico-sociale e della cultura dell'uomo e della donna — realmente propria di ogni Stato ... anzitutto sul piano interno: il problema ultimo è costituzionalistico, non internazionale ». Implicitamente, dunque, si riconosce questa « separazione » tra popoli e Stati di riferimento, problema che diventa drammatico nel caso dei diritti delle minoranze (da ultimo v. Risi e Gozi, 2000, 109 ss che affrontano il tema a livello comunitario; più in generale, Koubi, 1997, 407).

(18) Purtroppo, tale « separazione » può agire anche in senso perverso: ne sono esempi i recenti conflitti etnico-religiosi (spec. palestinesi e israeliani) che, al momento attuale sembrano configurarsi come « guerre di popoli », in contrapposizione anche con i propri rappresentanti-negoziatori.

È quasi superfluo sottolineare che la corrispondenza va intesa in termini assai generali, poiché, oltre alle intrinseche

guardia dei diritti umani si colora sempre più di contenuti sociali, dirigendosi verso la lotta contro la povertà e lo sfruttamento degli oppressi, proclamando il diritto di ogni individuo ad eque condizioni di vita: in altri termini, la realizzazione della giustizia sociale.

Chiara testimonianza in tal senso costituisce il recente dibattito, tra gli internazionalisti, sulla possibilità di individuare, nell'ambito del « diritto dei popoli allo sviluppo » — che, pur nella sua indeterminatezza di contorni, ha ricevuto numerosi riconoscimenti ufficiali in varie fonti internazionali (19) — un diritto dell'uomo allo sviluppo, diritto quindi essenzialmente individuale.

Il diritto dei popoli allo sviluppo, il cui complesso significato comprende lo sviluppo economico, sociale e culturale, va tuttora evolvendosi. Tuttavia, si può affermare che esso si caratterizza come diritto collettivo — dei gruppi più sfavoriti dalla sorte, e degli Stati, in quanto corrispondenti ad un popolo (Ma già quest'ultima identificazione pone notevoli dubbi: v. infatti Monaco, 1999, 301) — verso gli Stati sviluppati a « che venga svolta un'azione diretta ... affinché le situazioni di disuguaglianza, ognora crescenti, vengano gradatamente eliminate » (v. ad es. art. 22, par. 1, Carta Africana dei diritti dell'uomo; ma già l'art. 55 della Carta delle N.U.) e correlativamente nel « dovere degli Stati, separatamente o in cooperazione fra loro, di garantire il diritto allo sviluppo » (così testualmente il par. 2 della norma precitata). Nei più recenti atti internazionali (Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 1966, art. 1; Dichiarazione sul diritto allo sviluppo, Assemblea generale delle N.U., Risoluzione n. 41/128 del 4 dicembre 1986, poi revisionata nel 1993 e nel 1994, art. 10), collegandosi al diritto individuale-collettivo alla pace, si caratterizza anche come « diritto dei popoli a disporre di se stessi » (Monaco, 1999, 304); diritto quest'ultimo, che, almeno tendenzialmente, presenta un margine di conflittualità con la nozione originaria.

Il dibattito costituisce in realtà il punto di arrivo di un lungo percorso che, partendo dal primo riconoscimento dei diritti dell'uomo, frutto della ideologia liberale, giunge al recepimento dei principi della ideologia socialista incorporati nella moderna concezione dello Stato democratico. È questa la più recente nozione di diritti fondamentali nelle società basate sul principio democratico: essa presuppone « la libertà di partecipare alla creazione delle regole e all'esercizio della libertà di fare ciò che si vuole ... e di creare le condizioni affinché tutti possano beneficiare della libertà » (Peces Barba, 1993, 181 al quale si rinvia per una ricostruzione storica del significato dei diritti fondamentali. Sulla storicizzazione dei diritti fondamentali, v. pure, recentemente, Madiot, 1998. Per l'evoluzione nell'ambito della convenzione europea v. *infra*, spec. §7). Nell'ultimo stadio dell'evoluzione, questi diritti consistono nello sviluppo di quattro valori — libertà, uguaglianza, sicurezza, solidarietà — riassumibili nella libertà sociale. Questo modo di concepire i diritti fondamentali, necessariamente comprensivi anche dei diritti economici e sociali, mette in discussione il principio di sovranità degli Stati, trasformando il singolo individuo in soggetto di diritto internazionale (Peces Barba, 1993, 158; l'a. parla, appunto, di internazionalizzazione dei diritti umani, che trova il suo massimo sostegno nella lotta per la pace e nel rifiuto radicale di tutte le guerre. Se così è, questi diritti non sono di origine consuetudinaria — almeno intesa nel senso classico del diritto internazionale — provenendo da un'assai diversa fonte di produzione che si oppone alla fonte della volontà degli Stati (v. anche Barbera, 1994 su questi temi v. pure Delmas-Marty, in Tavernier, 1997, 81 ss.)

Pur se non ancora concluso, questo dibattito ha ottenuto un primo risultato apprezzabile: la individuazione di un diritto inviolabile dell'uomo allo sviluppo si basa, infatti, sul più ampio diritto alla pace ormai consolidato come « diritto individuale e collettivo alla pace », o, secondo un'altra concezione, sul diritto al rispetto della dignità « *inhérente à tous les membres de la famille humaine* » (art. 1, Dich. univ. dir. uomo) (20). Da tale fonte trae

note

diversità dei soggetti coinvolti e dell'ambito in cui operano — nazionale, da un lato, internazionale, dall'altro — gli interessi di cui al testo andrebbero classificati piuttosto come interessi diffusi - non organizzati, quindi — che diventerebbero collettivi nel momento in cui si organizzano in organizzazioni non governative. Ciò che qui preme cogliere, comunque, è che la collettività non si istituzionalizza in Ente che si sovrappone ai singoli componenti, ma rimane ad uno stadio intermedio, lasciando coesistere gli individui che non « scompaiono » nell'ente, ma, devono coesistere tutti (interesse collettivo, appunto, non pubblico o generale). È questo grado di temperamento che caratterizza l'ente collettivo e i cd. interessi collettivi (v. ad esempio, per ciò che concerne l'applicazione del principio del rispetto della dignità umana, Maurer, 1999, 420 ss.).

(19) Ampiamente, Monaco, 1997, 297 ss. a cui si rinvia anche per le diverse ricostruzioni.

(20) Maurer, 1999, ove riferimenti. Singolarmente, Sudre, 1989, si pone l'interrogativo opposto: se il diritto dei popoli sia qualificabile come diritto dell'uomo (124 ss.; v. invece Vogel-Polsky) 1999, 1689 ss., in relazione al

Diritti fondamentali al lavoro
 Piera Fabris

origine sia il diritto collettivo dei popoli allo sviluppo sia i diritti individuali dell'uomo, giustificandone la reciproca interdipendenza: il diritto alla pace — o, secondo l'altra concezione, il diritto al rispetto della dignità umana — costituisce perciò « un *prius* che condiziona l'effettiva utilizzazione degli altri diritti » (21).

L'imperatività generalizzata dei diritti inviolabili si lega in tal modo alla esigenza di giustizia sociale, tipica dei diritti collettivi — o, se si vuole, alla sua più recente nozione di *solidarietà*, istanza fino ad ora sconosciuta alla comunità internazionale degli Stati (22) — che, imprimendo un ordine di priorità tra gli obblighi internazionali degli Stati, limita ulteriormente la loro sovranità (23). Non è casuale che proprio in questa materia si inizi a parlare di una sorta di gerarchia di fonti internazionali di origine convenzionale e, quindi, di rapporti tra fonti internazionali, che si ripercuotono, inevitabilmente e con vari effetti, nei rispettivi diritti interni degli Stati (24).

Il riconoscimento formale di tale evoluzione giunge dalla Conferenza mondiale dell'ONU sui diritti umani (Vienna, 1993) che, nella solenne Dichiarazione conclusiva, punti 5-11, afferma il principio della inscindibilità dei diritti umani, comprensivi anche dei diritti economici e sociali. Ciò comporta la ineludibile necessità che essi siano soddisfatti « in modo simultaneo e integrale, senza cioè alcun ordine di precedenza o generazionale » (25).

La rete di obblighi che in tal modo si crea, a vari livelli e direzioni, sembra acquistare decisiva importanza nel momento in cui cadono le frontiere nazionali e viene posta in discussione la sovranità degli Stati dalla globalizzazione dei mercati (26): è evidente che tale evento si scontra con l'altra globalizzazione, già in atto, che ha per oggetto i diritti dell'uomo e della loro comunità di appartenenza. Anche se tutto ciò fa intravedere il possibile conflitto tra la collettività, in quanto titolare dei diritti collettivi, e i singoli componenti, in quanto titolari dei diritti individuali dell'uomo (27), non si può negare che il risultato sia importante (28).

note

principio di parità di trattamento che spetta a ciascun individuo ma la cui realizzazione richiede anche « *la dimension collective de mesures et d'actions permettant d'éliminer toute forme d'inégalité de fait* ».

(21) Monaco, 1999, 304. Ampiamente, su tali temi, v. ora Levinet, 1997, 43 ss.; e, ivi, Guimbo, 1997, 433 ss.

(22) Chrestia, 1999, 730. Sulle origini di queste problematiche v. Zarcovich, 1970; ora: Levinet, 1997; Guimbo, 1997.

(23) Chrestia, 1999, 728-9; Monaco, 1999, 301. Ampiamente, Levinet, 1997, 60 ss., che richiama la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel Français* sul diritto alla casa (su tale aspetto, v. Priso, 1999, 105 ss.).

(24) La relazione Umanità — Stato — diritti di solidarietà ha già prodotto alcuni effetti collaterali: primo fra tutti, una « contaminazione » tra fonti di diversa provenienza: v. infatti, *infra*, le sentenze della Corte eur. dir. Uomo 30 gennaio 1998 (*Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*) e 18 febbraio 1999 (*Matthews c. Regno Unito*), in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 866 ss. con *Observations* di Potteau, 1997, 887 ss.; in dottrina, v. specificamente, fin d'ora, Chrestia, 1997, 716 ss., ove amplissimi riferimenti. Numerosi spunti nel congresso di Ferrara (29-30 ottobre 1999) sul tema « Diritti dell'uomo, estradizione e espulsione » spec. nella relazione di Condorelli, *L'obbligo generale degli Stati di cooperare al rispetto del diritto umanitario e la Corte penale internazionale*.

(25) Sul punto: Saulle, 1999, 11 ss e, in appendice, il testo della Dichiarazione e il Programma di azione adottato dalla Conferenza il 25 giugno 1993). Tavernier, 1997, 379 ss. Ma ormai le fonti che contengono tale riconoscimento sono numerose: una elencazione e un commento si può vedere in Saulle, 1999. Ricorda Levinet, 1997, 50, nota 37, che il progetto di Costituzione Europea, adottata dal Parlamento europeo il 10 febbraio 1994, al titolo VIII (*Droits de l'homme garantis par l'Union*) precisa che « la dignità umana comprende specificamente il diritto fondamentale della persona a risorse e prestazioni sufficienti per essa stessa e per la sua famiglia » (trad. mia). Assai più reticente appare la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 1), la cui efficacia giuridica è tuttora in discussione (si veda il testo e un breve commento in *DG*, 2000, n. 36, 10 ss.) che, peraltro prevede un catalogo di specifici diritti.

(26) Tali fonti tendono ormai a organizzarsi in sistema, sebbene ancora con molti punti incerti, al cui apice si trova il riconoscimento dei diritti umani (*supra* nota 9 e *infra*, spec. nota 46). La complessità del « sistema », dovuta sia alla circostanza che si tratta di « organizzare » ordinamenti diversi e di diversa natura, sia alla efficacia delle fonti, cui si aggiunge la difficoltà di individuare un apparato sanzionatorio efficiente, rende ragione della lentezza del procedimento di emersione che, peraltro, negli ultimi tempi ha ricevuto una notevole accelerazione. Sul tema, oltre agli aa. citati alle note precedenti, v. il già citato saggio di Puissochet, 1998, 804 ss. e Tesauro, 1998, 950 ss., spec. 978 ss.

Di recente, Maurer, 1999, spec. 161 ss. riconduce tutti i diritti fondamentali ad un'unica matrice — appunto, il rispetto della dignità umana — quale principio fondamentale autonomo, che ha la funzione « di fondare l'ordine giuridico » e, « a questo titolo, occupa un posto importante nel processo interpretativo », in quanto « sorregge il sistema giuridico » (144; ivi amplissimi riferimenti). Dell'attuale porsi del problema nel diritto del lavoro, si è discusso all'incontro di studio sul tema « *Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione: il dialogo tra le fonti internazionali per il dialogo tra i popoli* » (Ferrara, 15 ottobre 1999) di cui in premessa; v. pure la nota successiva.

(27) Sui rapporti tra diritti individuali dell'uomo e diritto collettivo allo sviluppo v. Valticos, 1997, 451 ss. V. anche Monaco, 1999, 304 che, richiamando quanto rilevato dalla Risoluzione 1991/15 della Commissione dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, ricorda che troppo spesso si è assistito all'uso ideologico dei diritti collettivi per la

4. L'azione dell'OIL: la realizzazione dei diritti umani. Il recepimento da parte delle Corti per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

Peraltro, a chi operi un confronto tra queste fonti internazionali universali sui diritti umani o sui diritti sociali, da un lato, e i trattati internazionali di diversa natura dall'altro — e, in modo particolare, quei trattati sugli scambi commerciali che disciplinano la concorrenza tra imprese in zone territoriali più o meno vaste — appare evidente la profonda contraddizione con i principi affermati ancor oggi, sempre con maggiore insistenza e ricchezza di specificazioni, dalle predette fonti. Analoghe contraddizioni si notano negli ordinamenti interni di quegli stessi Stati, che, aderendo all'OIL, hanno sottoscritto l'impegno alla realizzazione degli obiettivi di giustizia sociale e di riconoscimento dei connessi diritti fondamentali dei lavoratori; contraddizioni che permangono anche quando si riuniscono costituendo nuove « comunità » di stampo federale o confederale o simili (29) o stipulano Trattati internazionali con Stati terzi o tra loro (30). È infatti constatazione comune che alla pluralità delle fonti, in tema di diritti umani, non corrispondono i mezzi per la repressione dei comportamenti contrari (31).

note

soppressione dei diritti individuali e delle libertà fondamentali. V. inoltre, Saule, 232. Levinet, 1997, 48, osserva che la dimensione socio-economica dei diritti garantiti è indispensabile all'equilibrio stesso dei diritti fondamentali (Patti di New York del 1996 sui diritti civili e politici, 3° considerando) la cui matrice ultima è la dignità umana (Patti di New York, cit., 2° considerando: tutti i diritti che questa fonte riconosce « *découlent de la dignité inhérente à la personne humaine* »). Sudre, 1997, 125 ss., afferma che si può parlare al massimo di diritto individuale a esercizio collettivo, ma non di una rilevanza giuridica di tale diritto, incompatibile con i diritti dell'uomo che sono essenzialmente individuali (=protezione del singolo contro il potere: p. 128). V. però la nota successiva.

Per quanto riguarda in particolare la Comunità europea, un apposito titolo del Trattato di Amsterdam, dedicato alla attività di cooperazione allo sviluppo (artt. 177-188 del testo consolidato), prevede che la politica della Comunità in questo settore « integra quelle svolte dagli Stati membri » e « contribuisce all'obiettivo generale di sviluppo e consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto, nonché al rispetto dei diritti dell'uomo » (art. 177, §§ 1 e 2; ma v. pure il § 3 dello stesso articolo per il raccordo con gli obiettivi dell'ONU e delle altre organizzazioni internazionali). La Corte di Giustizia ha affermato che la politica di cooperazione allo sviluppo deve essere adattata al rispetto dei diritti umani e dei principi democratici e che ciò abilita la Comunità a « esercitare il diritto di ottenere, ai sensi del diritto internazionale, la sospensione o la cessazione di un accordo di cooperazione allo sviluppo quando il paese terzo non ha rispettato i diritti dell'uomo » (C.G.E., 3 dicembre 1996, C-268/94, *Repubblica portoghese c. Consiglio UE*, concl. di A. La Pergola, *Racc. I-6177*; trad. mia) riportata in *parte qua* da Sudre, 1999, 178.

(28) In tal senso e più specificamente, Guimbo, 1997, 77 che nega la possibilità di conflitto poiché « *le développement est consubstantiel à l'homme et...le droit au développement véhicule l'idée de justice* » (alla dimostrazione di tale equazione egli dedica il suo interessantissimo saggio), ma v. pure Levinet, 1997, e Amor, 1997.

(29) Il riferimento alle Comunità Europee è evidente; ed è risaputo che, soprattutto in relazione ai loro primi Trattati istitutivi, il contrasto con i principi dell'OIL e, in un secondo tempo, della Carta sociale europea del 1960, era assai accentuato; peraltro rimane tuttora assai vivo il contrasto con il principio del primato del diritto comunitario — specie del Trattato istitutivo — e il diritto internazionale generale e con i Trattati internazionali conclusi dai singoli Stati membri, di cui è sintomo il già citato parere della CGE, sulla competenza a sottoscrivere la CEDU da parte della Commissione e il dibattito che ha generato. Più specifici riferimenti, soprattutto della giurisprudenza — assai cauta, ma con significative aperture, specie negli ultimi tempi — della Corte di Giustizia, si trovano in Puissochet, *op. cit.*, p. 791 ss. secondo il quale, « che la Comunità possa disconoscere le decisioni adottate nel quadro di un'altra organizzazione internazionale di cui fanno parte tutti i suoi Stati membri, soprattutto se essa è a vocazione universale come l'ONU...potrebbe condurre gli Stati membri a mettersi indirettamente nella situazione di non rispettare le loro obbligazioni internazionali » in aperta contraddizione « con il principio *pacta sunt servanda*, regola fondamentale che sorregge il diritto dei trattati » (trad. mia). Peraltro, singolarmente l'a. cita, tra queste organizzazioni, l'ONU e, in altre parti, l'OMC, mentre l'OIL viene citato soltanto in relazione sentenza della Corte di Giustizia C-158/91 sul lavoro notturno delle donne (p.798, nota 47: prevalenza della convenzione firmata dallo Stato membro, anteriormente all'entrata in vigore del Trattato istitutivo o alla data dell'adesione dello Stato al Trattato medesimo) e al parere 2/91 della stessa Corte sulla Convenzione Oil concernente la sicurezza sul lavoro nell'utilizzazione dei prodotti chimici, in cui la Corte ha dovuto ammettere la competenza degli Stati membri a partecipare alle negoziazioni internazionali accanto alla Comunità, quando essa non abbia una competenza esterna esclusiva (p. 799, nota 50). In generale, ulteriori riferimenti si trovano nelle precedenti note 9 e 10 e *infra* nota 92.

(30) Sempre in virtù del carattere pattizio, basato sulla reciprocità, tale effetto è comunemente ammesso (v. la nota precedente). Sullo stato di applicazione dei diritti umani nel mondo, v. il recentissimo *Rapporto 2000* dell'ONU-sullo sviluppo umano ove sono documentate le gravi violazioni e carenze di difesa dei diritti umani negli stessi Paesi più civilizzati (una sintesi può vedersi nel *Corriere della sera*, 30 giugno 2000, 16).

(31) Anche se forse sarebbe più esatto riferirsi all'efficacia dei mezzi di reazione, poiché in realtà esiste ormai una pluralità di tipologie di « sanzioni » che vanno dalla protesta diplomatica, alla ritorsione, al ricorso ai competenti organi — commissioni, comitati, o simili — delle organizzazioni internazionali non governative, oppure infine ai

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

L'unico strumento diviene allora l'opera di convincimento per l'effettiva applicazione: che è ciò che più interessa e che costituisce il terreno di intervento specializzato dell'OIL. È risaputo che l'azione dell'OIL si caratterizza nel ricercare gli strumenti, le vie concrete per dare effettività ai precetti contenuti nei propri atti normativi o per rendere osservabile in concreto un determinato divieto piuttosto che del formale adempimento o addirittura della formale ratifica della norma internazionale (procedure di controllo, assistenza tecnica agli Stati, ecc.). La sua costituzione è tutta improntata a perseguire l'uguaglianza di opportunità piuttosto che l'uguaglianza *tout cour* o l'uguaglianza formale (spec. punto II, lett. a), Dichiarazione di Filadelfia del 1944, ribadito nella convenzione 111 del 1958; lett. d) e j). Come bene è stato detto, « che lo scopo ultimo non sia di ottenere l'incorporazione delle [sue] norme nel diritto degli Stati » (32), è testimoniato dalle 'attività pratiche' dell'OIL, che orienta piuttosto il proprio intervento a stabilire obiettivi di politica sociale soprattutto « ove ...non ha fissato norme o principi guida » (33).

Questi obiettivi restano ancora assai lontani (34), e non soltanto per ragioni inerenti alle tipologie di azione dell'OIL: un ruolo decisivo assume la scarsa conoscenza di tutto questo enorme archivio di esperienze, di regole tecniche e di principi individuati dall'OIL, ad iniziare dalle stesse modalità di ratifica delle convenzioni adottate dagli Stati membri (35) e, conseguentemente, anche da parte dei reali destinatari dei diritti ed obblighi individuati nei relativi atti normativi (36).

E tuttavia è *passato* il messaggio fondamentale: l'urgenza della effettiva attuazione dei diritti sociali, e dei diritti fondamentali più in generale, sta ora investendo il dibattito anche davanti al Consiglio d'Europa, sia per quanto riguarda il funzionamento della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sia sotto il profilo di un eventuale collegamento-comunicazione tra Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e Carta sociale Europea, nell'intento di fornire, da un lato, un controllo giurisdizionale alla Carta sociale — o almeno ad alcuni dei diritti ivi individuati — e, dall'altro, di completare con procedure di controllo preventivo l'apparato sanzionatorio della CEDU. Obiettivo, quest'ultimo, che si rivela particolarmente interessante poiché la Carta sociale si è dotata recentemente di un ulteriore strumento, assai innovativo, destinato ad affiancare le procedure esistenti: i « reclami collettivi », la cui legittimazione attiva — ed è questa la novità — spetta anche ad organismi non governativi e, per l'appunto, collettivi (37).

Ma i maggiori risultati si sono raggiunti in relazione all'interpretazione dei Trattati sui diritti dell'uomo.

Proprio la preoccupazione di garantire il concreto godimento del diritto — o, se si preferisce, « *une véritable effectivité* » (38) — ha provocato infatti una sorta di capovolgimento

note

Tribunali internazionali (ampiamente sul punto De Stefani, Leita, 1997; Gazzini, 2000, 42 ss.). Va ricordato, inoltre, che la caratteristica efficacia *erga omnes* delle obbligazioni degli Stati in materia rende inoperante il principio di reciprocità, mentre rimane il limite della possibilità di attivare i Tribunali internazionali solo nel caso in cui la parte inadempiente abbia accettato di sottoporsi alla giurisdizione (ampiamente, Gazzini, 2000, ove anche ulteriori riferimenti): Se ciò vale per i diritti umani in generale, per quanto riguarda i cd. diritti sociali — o, per meglio dire, le obbligazioni derivanti dall'adesione all'OIL — va ricordata la particolarità del sistema sanzionatorio previsto dalla Carta costitutiva (su di che v. *infra*, spec. § 7). Sull'efficacia degli strumenti previsti dalla « nuova » Carta sociale del Consiglio d'Europa, v. *infra*.

(32) Così Weiss, 326.

(33) Weiss, Un esempio di applicazione pratica del principio e del modo di procedere dell'OIL può essere visto nella vicenda relativa alla disciplina dell'insolvenza dell'imprenditore e della sorte dei crediti da lavoro: v. infatti, Barboni, Furlani, 1996, e ivi quanto osservavo nelle *Conclusioni*, 128-29 ss.

(34) Sulla valutazione dell'azione, normativa e pratica, dell'OIL dalla sua costituzione ai giorni nostri, pur con diverse sfumature, esiste generale apprezzamento: per tutti, v. i saggi raccolti in BIT, *Regards sur l'avenir*, cit.

(35) Alla legge o all'atto di ratifica spesso non è allegato il corrispondente testo della Convenzione.

(36) Sullo stato di applicazione — e sulla scarsa conoscenza — delle norme OIL nei codici di condotta delle multinazionali o nei Trattati di commercio internazionali, v. ampiamente Diller, 1999, 124ss e, più specificamente, il *Rapporto del Direttore generale del BIT all'87° Conferenza internazionale del lavoro*, dal titolo *Un travail décent*, Genève, 1999, sul programma dell'OIL per il 2000-2001.

(37) Su tali temi v. Bultrini, 1999, 107 ss. Tale procedura riprende i sistemi di controllo OIL sulla libertà sindacale: così Akandji, Kombe, 2000, 888 ss, ove esame delle prime decisioni relative ai « reclami collettivi ».

(38) Così Sudre, 1995, 367. Peraltro, come chiaramente risulta in Tavernier, la Corte quando interpreta disposizioni chiave della Convenzione deve tener conto, secondo ammissione della medesima Corte, del carattere di *trattato di garanzia collettiva* dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali della Convenzione stessa (v. *infra*, testo e nota 67), che giustifica l'utilizzazione di fonti internazionali di qualsiasi natura (amplissimi riferimenti nella citata opera di Tavernier). La preoccupazione di dare effettività ai diritti fondamentali ha accompagnato l'elaborazione della revisione della Carta sociale. Ampiamente: Akandji, Kombe, 2000, 889 e Gazzini, 2000.

mento nel modo di concepire sia le fonti che li riconoscono sia il significato e le modalità della protezione che gli Stati devono fornire sia gli strumenti metodologici da impiegare a tale scopo. Ed è singolare che a questi risultati siano giunti, quasi contemporaneamente, tre dei massimi organismi che perseguono il medesimo obiettivo sul piano internazionale, peraltro in ambiti diversi: il Comitato per i diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e la Corte europea (39). Ciò fa intendere l'ampiezza e la profondità dell'evento.

5. (segue): L'interpretazione dinamica: le obbligazioni positive come prolungamento dei diritti umani.

Con una interpretazione del tutto nuova — l'interpretazione dinamica o, più prudentemente, secondo altri, evolutiva (40) — che si basa essenzialmente sullo « sviluppo logico di un concetto, di un diritto o di un principio fondamentale (41), che è lasciato alla discrezionalità del giudice », si trae progressivamente dai diritti proclamati dalla Convenzione l'esistenza di diritti che non erano stati percepiti come facenti parte dell'originaria nozione (42). Attraverso tale interpretazione, si è dapprima trasformata la formulazione negativa di un diritto — formula tradizionale dei diritti dell'uomo, anche se non priva di qualche eccezione nel testo della Convenzione stessa — in diritto ad una prestazione positiva. Così, dall'affermazione « nessuno può vedersi rifiutato il diritto all'istruzione », la Corte trae un *concreto* diritto all'istruzione che non implica che lo « Stato non abbia una obbligazione positiva di assicurare il rispetto di tale diritto » (43). Tale operazione interpretativa trova la sua giustificazione nella « inerenza » della obbligazione positiva, così costruita dal giudice, al diritto riconosciuto dalla Convenzione, perché necessaria alla sua effettività, o perché « inerente » al diritto stesso. In tal modo la Corte può affermare che essa non procede ad una interpretazione estensiva « volta ad imporre agli Stati contraenti nuove obbligazioni » (44) ma che essa si limita a controllare lo sviluppo logico di un diritto iscritto nella convenzione, per garantirne il carattere concreto.

L'effetto che porta con sé tale interpretazione, imponendo allo Stato una obbligazione di fare — come per i diritti economici e sociali — addossa allo Stato una responsabilità non

note

(39) L'*iter* e i riferimenti possono essere visti in Sudre, 1995.

(40) V. Tavernier, 1997, 17 ss. ove l'a. affronta anche il complesso tema del rapporto tra Convenzione e diritto internazionale. Peraltro, tale metodo interpretativo è stato accolto pure dal *Comité européen des droits sociaux* nell'ambito dei reclami collettivi previsti dalla Carta sociale (Grevisse, 2000, 886).

(41) Sulla nozione di principio fondamentale, in contrapposizione con il principio generale di diritto, che « *constitue la source formelle d'une norme laquelle peu avoir différents contenus et fonctions* » v. Maurer, 1999, 242 ss: l'a. ricostruisce tale nozione basandosi sulla considerazione che se il principio generale di diritto è fonte di diritto — diritto positivo, quindi, dotato di efficacia imperativa — non può certo svolgere una funzione *facoltativa* di guida all'interpretazione di un'altra norma. L'a., ricava, perciò, nella più ampia categoria dei principi generali del diritto, quel principio astratto, di natura assiologica che non è fonte di diritto, « *mais il possède aussi une signification et une portée juridique* »; esso serve di guida all'interprete nell'applicazione del diritto positivo, per rispettare i valori e per non derogare ai principi ispiratori della società alla quale il diritto deve essere applicato. Sono dunque « principi materiali di interpretazione » che consentono di ritrovare « *le sens profond des règles, en quelque sorte l'esprit des lois* » (p. 245; le parole virgolettate sono di Delmas-Marty, 1995, I, Chron., 2, riportato dall'a.). Sulla base di tali criteri è stato possibile ad esempio, alla Corte europea per i diritti dell'uomo individuare tra i principi fondamentali a cui si ispira la CEDU, il principio di legalità e (il soddisfacimento del)le esigenze legate a una società democratica (per il rispetto della dignità umana, v. *infra*), che costituiscono — soprattutto il secondo per quanto qui interessa — il punto di forza dell'interpretazione dinamica della Convenzione. Per ulteriori approfondimenti e per l'esame della dottrina sul punto si rinvia alla citata opera.

(42) Rolland, 1990, 70.

(43) Sent. 23 luglio 1968, *Affaire linguistique belge*, § 3, in particolare trae una doppia obbligazione positiva per lo Stato: assicurare l'accesso agli stabilimenti scolastici esistenti e garantire il riconoscimento ufficiale degli studi compiuti (§ 4). Ampiamente in Sudre, *Les « obligations positives »*, 367. Una accurata ricostruzione delle origini della teoria delle obbligazioni positive, dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali dei Paesi del Consiglio d'Europa, e specialmente della Germania, in relazione alla realizzazione sia dei diritti economici e sociali sia dei diritti civili e politici può vedersi in v. Levinet, 1997, 59, ove si legge fra l'altro, che la Corte europea dei dir. uomo ne ha esteso l'applicazione per temperare « *la conviction naive qui consiste à croire que « l'économie de marché et la liberté économique seraient la condition à la fois nécessaire et suffisante de la liberté tout court et de la jouissance des droits de l'homme »*; v. pure Spielmann, 1998, 132 ss.

(44) Sent. 21 febbraio 1975, n. 18, *Golder c. Royaume Uni*, §76. Osserva Sudre 1995, che l'« inerenza » dell'obbligazione positiva al diritto serve alla Corte per parare l'accusa di « governo dei giudici », ma non può nascondere che tale risultato si basa solo sul potere discrezionale del giudice (369, ove ulteriori approfondimenti e riferimenti).

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

soltanto per la lesione dei diritti dell'uomo ma anche per la non adozione delle misure positive richieste per rendere effettivo il diritto. È questa infatti l'ulteriore tappa della Corte che si completa, attraverso ulteriori passaggi (45), con la sentenza 16 settembre 1996 (*Gaygusuz c. Austria*). Con questa pronuncia, costruita, sull' art. 14, CEDU, in combinazione con l'art. 1 del Prot. n. 1 alla medesima convenzione, un inedito principio di non discriminazione in base alla nazionalità tra cittadini e stranieri: poiché « *Ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni...* » (46), la Corte ha riconosciuto ad un cittadino turco che aveva lavorato in Austria, in assenza di qualsiasi trattato di reciprocità con la Turchia, il diritto ad una prestazione supplementare del Fondo di solidarietà — dunque ad una *prestazione sociale* — previsto per i soli cittadini dello Stato (47).

In tal modo, la Corte ha conseguito due risultati innovativi: il primo riguarda l'ampliamento della nozione di discriminazione in base alla nazionalità fino a comprendervi fattispecie che si sarebbero potute includere soltanto nell'ambito di applicazione — oggettivo e soggettivo — del Trattato Ce; il secondo, forse ancor più innovativo, ottenuto superando la clausola di reciprocità, costituisce la prima pietra verso l'affermazione della responsabilità internazionale generalizzata degli Stati membri per l'adempimento degli obblighi nascenti dalla Convenzione (48).

Infine, l'aver « aperto » la Convenzione ad una potenziale *dimensione sociale* dei diritti dell'uomo fino ad allora costantemente negata (49) costituisce finalmente il primo spiraglio per il superamento della concezione isolazionistica dei diritti dell'uomo, confinati in una astratta e ormai anacronistica visione della comunità internazionale come comunità di Stati, assolutamente avulsa dai bisogni economici e sociali dell'umanità.

Per quanto qui interessa, è assai significativo che la Corte giunga a questi risultati utilizzando, per l'interpretazione della reale ampiezza dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, altre fonti, sia internazionali sia interne, e, dunque di diversa natura ed efficacia: come bene è stato detto, la Corte approda in tal modo « *à une véritable conception 'moniste' de l'application du droit en matière de droits fondamentaux* » (50).

La breccia dischiusa con la sentenza *Gaygusuz*, ha infatti consentito ulteriori importantissimi passi in questa direzione: attraverso un percorso piuttosto tortuoso, altri diritti sociali hanno trovato dimora nella Convenzione. Recentemente, facendo leva sul diritto al rispetto « effettivo » della vita privata e familiare *normale* — ma quest'ultimo aggettivo non esiste nel § 8 della Convenzione — la Corte ha affermato che gli Stati devono garantire detto diritto in maniera di favorire *lo sviluppo* della vita familiare: dunque, anche con *misure positive*, di contenuto *economico* che incidono sulla sua organizzazione (51). Infine, l'art. 14, divenuto ormai generale divieto di discriminazione, sempre più simile al principio di parità di trattamento — in grado, cioè, di comprendere *qualsiasi trattamento diversificato che manchi di giustificazione oggettiva e ragionevole* - per il godimento delle prestazioni sociali garantite dalla Convenzione, ha consentito alla Corte di riconoscere anche il principio di parità di trattamento tra uomo e donna in materia sociale (52): si può già presagire

note

(45) Ampiamente, Sudre, 1995, 370 ss. L'a., seguendo il percorso della giurisprudenza della Corte, giunge a configurare già nel 1995, una efficacia orizzontale dei diritti della Convenzione (373); v. ora Spielmann, 1988, 133 ss.

(46) Già con la sentenza *Gasus Dossier* del 23 maggio 1995, la Corte aveva esteso l'interpretazione della norma oltre il diritto di proprietà fino a comprendervi « *autres droits et intérêts constituant des actifs* » (§ 23).

(47) Tale prestazione, essendo collegata al pagamento dei contributi per l'assicurazione contro la disoccupazione, pagata dal cittadino turco per il periodo di permanenza in Austria, poteva rientrare nella nozione di diritto patrimoniale ai sensi dell'art. 1, prot. n. 1. La sentenza è pubblicata anche in *DC*, 1999, 219.

(48) V. *infra*, § 7.

(49) Dalla prima sentenza del 29 maggio 1986, n. 99, *Feldbrugger c. Paesi Bassi*, fino alla sentenza 26 febbraio 1993, *Salesi c. Italia*. Sono noti, peraltro, i limiti che incontrano tali pronunce, proprio in relazione alla discrezionalità degli Stati nell'applicazione del principio (v. per tutti Lambert, 1997, 63 ss.). Sul precedente cammino della Corte, ma sulla costante negazione di tale dimensione, anche se con continui spiragli, v. Levinet; ma già Sudre, 1989, 371 che lo preconizzava come « *prolongement d'ordre économique ou social* » del diritto al rispetto della vita privata e familiare; v. ora dello stesso autore, *Les recours aux « notions autonomes »*, in Sudre, 1995, 93 ss.

(50) Così Lambayle, 1998, 79, citando specificamente Tavernier, 1998, 31 ss.

(51) Dalla sentenza 13 giugno 1979, n. 31, *Marckx c. Belgio*, §31 (rispetto « effettivo » della vita familiare) alla sentenza 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*, (congedi parentali).

(52) Sentenza 21 febbraio 1997, *Van Raalte c. Paesi Bassi* (assegni familiari) e 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria* (congedi parentali). In generale, su tale evoluzione v. Priso-Essawe, 1998, 721ss. È pure assai significativo che, da questo numero, nella medesima rivista, sia iniziata una rubrica fissa, diretta da Sudre, 1999) con lo scopo di

l'utilizzazione di misure positive « *pour redresser des situations de précarité manifeste* », in quanto cause di ingiustizia sociale in una società democratica (53).

Gli effetti positivi di questa giurisprudenza non si fermano qui, giacché l'impulso che ne deriva penetra, sebbene faticosamente, negli ordinamenti interni.

In Francia, ove l'esigenza di dare effettiva consistenza ai diritti sociali è avvertita da tempo dalla dottrina (54), la *Chambre Sociale* della Corte di Cassazione, fino ad ora assai restia ad applicare le norme della Convenzione, ha subito accolto l'interpretazione offerta nella sentenza *Gaygusuz* dalla Corte di Strasburgo, per risolvere il caso analogo di un cittadino turco che aveva lavorato in Francia, giungendo a far configurare un effetto orizzontale delle obbligazioni positive (55). Più recentemente, in Lussemburgo, l'undicesima camera del *Tribunal d'arrondissement* ha ritenuto l'art. 8, comma 1, della Convenzione, direttamente applicabile a rapporti tra privati, per dichiarare inutilizzabile in un giudizio civile la prova acquisita con procedure in violazione del rispetto della vita privata, in assenza quindi di un'espressa previsione dell'ordinamento interno (56).

Su altro versante, la magistratura di merito francese, in una fattispecie di ristrutturazione e licenziamento collettivo conseguente alla scissione di una società multinazionale — in particolare, era stata riconosciuta con sentenza, passata in giudicato, l'esistenza di una *unité économique et sociale* tra le società, giuridicamente distinte, generate dalla scissione, e doveva quindi ai sensi di legge, essere costituito un comitato comune tra le società del gruppo, per le prescritte procedure di consultazione - ha risolto l'intricata questione, irrisolvibile sulla base del diritto positivo, facendo « implicita » applicazione del principio secondo il quale « nessuno può trarre vantaggio dalla propria turpitudine » (57), ritenuto evidentemente principio universale. Nella specie, infatti, la Direzione centrale della suddetta « unità economica e sociale », anziché ottemperare alla sentenza, aveva in ogni modo e con ogni mezzo ostacolato la nomina del comitato comune, pretendendo poi, in virtù della necessità di adottare « indispensabili misure di gestione aziendale, senza le quali sarebbero stati lesi un certo numero di principi di diritto e specificamente la libertà di impresa » (58), di procedere all'esecuzione del progetto di licenziamento collettivo, con la consultazione del comitato di impresa di una singola società. Ciò che ha ottenuto in tal modo il Tribunale francese è la massima efficacia delle misure di protezione del funzionamento degli organismi rappresentativi del personale. Peraltro, l'esigenza cui assolve il richiamato principio nel caso concreto trova più specifico riscontro — anche se non esplicita formulazione — in numerose

note

« tracciare sistematicamente le equivalenze e, se del caso, le eventuali divergenze con il diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo » nella prospettiva della « formazione di un diritto comune europeo dei diritti dell'uomo » (come si legge nella presentazione a 677; trad. it. mia); inoltre: Bonnechere, 393, 399 ss.

(53) Priso - Essawe, 1997, 732 ss. e, 1998, 105 ss. Bisogna inoltre rilevare come in questo percorso la Corte vada progressivamente rendendo autonome disposizioni — e diritti nascenti dalle medesime — rispetto ad altre cui l'interpretazione tradizionale le asserviva: Sudre, *Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, n. 6, 1997, spec. p. 39 ss. e *La portée de droit à la non-discrimination: de l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, M.me Doukouré, à l'arrêt de la Cour eur. dr. h. du 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche, R.F.D.A.*, 1997, 976 ss.; ora, ampiamente, Priso-Essawe, 1998, ove ulteriori riferimenti. In tal modo, la Corte va costruendo i principi fondamentali su cui si basa la Convenzione (v. *supra*).

(54) Per tutti: Favard, 1999, 215 ss e, ampiamente, Borgetto, 1999, 221 ss ove riferimenti anche legislativi (es. *loi d'orientation* n. 98-657 del 29 luglio 1998 relativa alla lotta contro le esclusioni) e, ora, Bonnechere, 1999, 390 ss. Si vedano, inoltre, i vari scritti contenuti in Supito, (a cura di); sui rapporti tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza europea, v. Marguend, 1997, 231 ss., ove ulteriori riferimenti anche giurisprudenziali. Sulle incertezze, difficoltà e ripensamenti in materia, v. in generale, ivi le *Conclusioni*, di Wachsmann, 1998, 335 ss.

(55) La sentenza, Cass.(Chambre Soc.), 14 gennaio 1999, può leggersi in *DS*, 1999, 219 ss. In dottrina: Marguenaud, 1997, 248 — 9; Spielmann, 1997; Picod, 1997, 327, ove riferimenti.

Mentre la giurisprudenza ordinaria è stata finora piuttosto restia, più aperti sono stati i giudici amministrativi, ove, dopo una prima « *incompréhension à l'égard du droit de la Convention* » il Consiglio di Stato è passato all'« *intégration de la Convention à l'ordre juridique français: c'est donc un traité auto-exécutoire, qui fait partie de l'ordre interne et que les particuliers peuvent invoquer devant de Tribunaux* »: così Abraham, 1997, 235, spec. 242; Lauchaume, 1998, 92 ss.

(56) Trib. d'arrondissement de Luxembourg (11° chambre), 6 aprile 2000, in *Rev. trim. dr. homme*, 2000, 851, con nota adesiva di Spielmann, *Effet horizontal de la convention européenne des droits de l'homme et preuve civile*, ove ulteriori riferimenti anche in relazione al precedente orientamento della giurisprudenza lussemburghese (nella specie, si trattava di prova ottenuta mediante conversazione telefonica a cui era stata fatta partecipare una terza persona, all'insaputa dell'interlocutore) e, più in generale, dello stesso a., *Le juge luxembourgeois et la Cour européenne des droits de l'homme*, in Tavernier, 1996, 293 ss.

(57) Grinisir, in nota a Tribunal de Grand Instance de Lyon, 16 novembre 1998, in *Dr. ouvrier* 1999, 330 ss.

(58) Grinisir, 1999, 332.

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

fonti internazionali: nella Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali del Consiglio di Amministrazione del B.I.T. (16 novembre 1977, spec. punti 26-27, 52, 54 e 58); Direttiva CE 94/95 sui comitati aziendali europei spec. 10°-12° e 17°-19° considerando; Direttiva 98/50 sul trasferimento di impresa, art. 6, § 4; e Direttiva 98/59 sui licenziamenti collettivi, art. 2, § 4.

Assai più arretrata la giurisprudenza italiana, ove appare molto audace la pronuncia della Corte Costituzionale 26 maggio 1995, n. 193 che ha affermato che la ratifica di una conv. OIL, consentendo l'ingresso nell'ordinamento interno anche delle norme non *self-executing* ammette, in assenza di attuazione da parte del legislatore, l'utilizzazione in via interpretativa da parte del giudice del principio ivi affermato (59).

6. L'ultima giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: la Convenzione europea come garanzia collettiva dei diritti dell'uomo. La responsabilità *erga omnes* degli Stati membri.

Ma la sentenza *Gaygusuz* ha posto la base per un ulteriore importantissimo risultato, poi perfezionato con la sentenza *Matthews c. Regno Unito*, del 18 febbraio 1999 (60). La Corte, ancora una volta basandosi sul principio che « la Convenzione tende a garantire diritti non teorici o illusori, ma concreti e effettivi » arriva ad obbligare gli Stati contraenti al rispetto della Convenzione nei loro rapporti internazionali, anche qualora « trasferiscano la propria competenza ad altri organismi internazionali »: la Convenzione infatti « n'exclut pas le transfert de compétences des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être reconnus ». Dunque, gli Stati rispondono anche per gli atti di questi ultimi, poiché non vi è alcuna differenza, sotto questo profilo, tra la legislazione europea e la legislazione interna: le Alte Parti contraenti si obbligano, con la firma della convenzione, a riconoscere i diritti e le libertà definiti dalla Convenzione « à toute personne relevant de leur jurisdiction » (art. 1) (61). Si inizia ad intravedere nei Trattati relativi ai diritti dell'uomo una diversa natura rispetto al tradizionale diritto convenzionale, basato sulla reciprocità e lo scambio: in essi infatti gli Stati contraenti « si sottomettono a un ordine legale in seno al quale essi assumono, per il bene comune, diverse obbligazioni ... nei confronti di tutti coloro che rientrano nella loro giurisdizione ». Il rispetto effettivo dei diritti riposa così sul carattere specifico « di trattato di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali » (62).

Questo principio ha già ricevuto ulteriori applicazioni, tanto che si è parlato di « una

note

(59) V. infatti, sul punto Fabris, 1195, 628, spec. nota 18 e, *amplius*, Pizzorusso, 1998, 59 ss. e Cartabia, 1995.

(60) Corte eur. dir. uomo, 18 febbraio 1999 (*Matthews c. Regno Unito*), cit., 866 ss., che afferma la responsabilità del Regno Unito per la firma di un accordo internazionale incompatibile con la Convenzione eur. dir. uomo (art. 3, 1° Prot. Addizionale, in relazione all'art. 1 della Convenzione), pur non avendo la Corte alcuna giurisdizione sugli atti unilaterali della CE: nella specie, la responsabilità dell'Inghilterra derivava in realtà da un annesso, allegato, per decisione del Consiglio Ce, all'Atto unico 1976, sottoscritto dall'Inghilterra, e dalla estensione delle competenze del Parlamento europeo, ad opera del Trattato di Maastricht: la G.B. non aveva organizzato le elezioni del Parlamento europeo a Gibilterra, che, dal 1988, fa parte del territorio britannico.

(61) Ma v. già la sentenza del 30 gennaio 1998, *Parti communiste unifié de Turquie*, citato come precedente dalla sentenza di cui al testo: « questa disposizione non fa alcuna distinzione quanto al tipo di norme o di misure in causa e non sottrae alcuna parte della « giurisdizione » degli Stati membri all'ambito di applicazione della Convenzione » (§ 29). Sulla sentenza *Matthews*, v. ora i primi commenti Radighieri, 1999, 527 ss (spec. 529) e, più ampiamente, sulle tecniche di questa interpretazione utilizzata dalla Corte, Levinet, 1997, 53 ss.

(62) Infine Cohen - Jonathan e Flauss, 1999, 14 ss.

Cour eur. dr h., *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 febbraio 1978, n. 25, § 239; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 luglio 1989, n. 161 spec. § 87; *Loizidou c. Turquie*, 23 marzo 1995, n. 310, §§ 41 e 70; ma su tali temi v. più ampiamente, Tavernier, *La Cour européenne de droit de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne?*, e Sudre, *Existe-t-il un ordre public européen?*, entrambi in Tavernier, 1996, rispettivamente 22 ss. e 74 ss., ove amplissime citazioni. In particolare Sudre, 1995, ricostruisce una « *priorité de la Convention eur. dr. homme sur le traité international conclu avec un Etat tiers* » anche quando « *la norme étrangère contraire est une loi nationale étrangère* » che deve essere applicata nel territorio dello Stato membro » (« effetto attenuato » (« l'ordine pubblico europeo nel caso si tratti di una sentenza (o altro atto) straniera che deve essere eseguita nel territorio dello Stato: 77). Così prosegue l'a.: « l'eccezione di ordine pubblico europeo non può ricorrere che in circostanze eccezionali in cui sono in causa i valori fondamentali della società democratica europea, ma allora essa deve sempre giocare e condurre alla eliminazione della norma straniera, qualunque essa sia... questo ordine pubblico europeo è necessariamente evolutivo, ma esprime un tutto unico di valori *intransgressibles qui ne peuvent faire objet... d'application graduée* » (79; mia la trad. delle parti in italiano). Sull'ordine pubblico europeo, v. anche Tavernier, 1997, 188, secondo il quale questo principio dovrebbe cedere, almeno in certe ipotesi, all'ordine pubblico internazionale. Inoltre: Leita, 1997, 75 ss.

dottrina generale che può manifestarsi in altre organizzazioni internazionali » (63): la Corte si è infatti ispirata ai medesimi principi nella soluzione di due controversie di lavoro intentate contro l'Agenzia Spaziale Europea da propri agenti, tedeschi e britannici, a proposito dell'estensione dell'immunità da giurisdizione di cui godono siffatte organizzazioni internazionali (Waite et Kennedy c./ Germania e Beer et Regan c/ Germania sempre in data 18 febbraio 1999), stabilendo che « lorsque les Etats (parties de la Convention) créent des organisations internationales (...), qu' ils transfèrent des compétences à ces organisations et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée » (nel caso specifico, la norma ritenuta violata era l'art. 6, § 1 della Convenzione). L'immunità da giurisdizione riconosciuta dallo Stato a tale organizzazione è legittima solo se tende a uno scopo legittimo e se esiste « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé ». Sotto quest'ultimo profilo, l'immunità è subordinata all'esistenza di altre procedure « raisonnables » — nel caso specifico internazionali — atte a proteggere efficacemente i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione. Anche se nel caso concreto giunge a ritenere non violata la norma della Convenzione — valutando con « souplesse » l'idoneità delle procedure esistenti a fornire una protezione equivalente (64) — non vi è dubbio che la Corte ritiene ormai affermata l'esistenza della responsabilità internazionale degli Stati (65), i quali devono dunque rispondere del rispetto e dell'attuazione dei diritti dell'uomo anche nella loro attività internazionale.

7. L'OIL come organizzazione universale specializzata in materia di realizzazione dei diritti umani: verso la coesione sociale.

Questo profondo movimento evolutivo provocato dall'OIL si ripercuote, nel suo percorso circolare, sull'OIL medesimo: l'impegno alla realizzazione della giustizia sociale, sottoscritto dagli Stati al momento della adesione al Trattato istitutivo dell'OIL, si è infatti arricchito, nel tempo — anche ad opera della costante e puntigliosa azione dei suoi organi legislativi e tecnici (66) — di nuovi significati, trasmutandosi piuttosto nell'impegno verso una più moderna e comprensiva nozione di *coesione sociale* che va oltre lo Stato e oltre anche l'Europa o altre *ciudadelle* concluse, verso comunità più ampie (67).

La natura di *garanzia collettiva* dei trattati in materia di diritti umani, già affermata specificamente dalla Corte europea (68), ma ammessa anche dalle altre Corti per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (69), e il riconoscimento della inscindibilità dei diritti umani dal loro contenuto sociale ed economico (70) attribuisce nuovo significato ai diritti affermati nel proprio Trattato costitutivo: quelle norme individuano infatti diritti universali che l'OIL persegue e tutela.

Di fronte alla mondializzazione dei mercati, all'indomani della celebrazione del 75° anniversario della sua costituzione, l'OIL ha avviato, infatti, una profonda discussione sul proprio ruolo e sulle tipologie della sua azione normativa e pratica al fine di individuare i nuovi obiettivi da raggiungere, le nuove forme di esclusione sociale e i nuovi soggetti bisognosi di protezione sociale. La riflessione dell'OIL torna perciò, arricchita dalla evolu-

note

(63) Cohen - Jonhatan e Flauss, 1999, 647.

(64) Non diversamente, in fondo, da quanto avviene per le altre sentenze innovative sopra citate, la Corte sembra arrestarsi di fronte all'ampia discrezionalità degli Stati nella scelta degli strumenti utilizzabili e del grado di protezione necessaria: su di che v. *supra*, nota 54.

(65) Ampiamente Cohen- Jonhatan e Flauss, 1999, 648, che concludono affermando « l'incidence de la Convention européenne au-delà des systèmes nationaux des Etats parties, et l'étendue de la responsabilité internationale des Etats au titre de la Convention » fino ad ipotizzare un passaggio « de l'Etat de droit à la Communauté de droit » ove la protezione può essere equivalente « mais elle doit satisfaire en substance à ce même impératif, clef de voûte de la Convention ».

(66) Mi riferisco, in particolare, forse in modo atecnico, alla Conferenza Internazionale del Lavoro, organo « legislativo » dell'OIL, e a tutti gli altri organi (BIT, Consiglio di Amministrazione, Commissioni, ecc.) di cui si avvale, secondo quanto previsto dalla sua Costituzione, la medesima organizzazione.

(67) V. *supra* spec. nota 34 e *passim*, per i rapporti CEDU-CE; ma analogo problema ha riguardato i rapporti OIL-CE (ivi).

(68) Sia nel senso che gli obblighi non si contrappongono sulla base di un principio di reciprocità, ma si riuniscono verso un unico obiettivo; sia nel senso della efficacia sull'azione degli Stati verso l'esterno: così espressamente Labayle, 1998, 77, ove riferimenti, anche per quanto riguarda l'impatto con il diritto comunitario. V. anche *supra*.

(69) V. *supra*.

(70) Conferenza di Vienna 1993 (v. *supra*).

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

zione descritta, ai Trattati istitutivi, che vengono reinterpretati, riportando in vigore quei principi e quelle disposizioni che erano state offuscate, negli ultimi trent'anni, dalla più recente Dichiarazione di Filadelfia (1944) (71): si rende perciò necessario, in primo luogo, eliminare quegli atti normativi che risultano non più attuali (72) per poter riadattare utilmente la propria attività alle effettive caratteristiche della situazione (73). Il Preambolo della Costituzione del 1919 — « *la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leur propres pays...* » — si ataglia particolarmente alle nuove esigenze. La realizzazione della giustizia sociale in un mercato senza frontiere non può che impegnare gli Stati membri *nel loro complesso e nella loro complessiva azione*: dunque, non solo sulla base di obblighi reciproci improntati sul principio sinallagmatico proprio dei trattati di stampo tradizionale, ma in base ad un criterio oggettivo che si impone a tutti in egual misura verso il raggiungimento di un obiettivo comune. L'obiettivo della giustizia sociale diviene, quindi, più propriamente di *coesione sociale*, provocando sull'impegno dello Stato aderente una sensibile articolazione: verso il proprio ordinamento — ossia all'interno — verso gli Stati membri dell'organizzazione e, infine, verso gli Stati terzi (74).

La realizzazione di siffatto obiettivo richiede, in primo luogo, l'effettivo riconoscimento dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, il relativo accertamento e l'eventuale sollecitazione agli Stati inadempienti. La base costituzionale di tale azione di controllo viene ravvisata nell'art. 19.5, e), ossia negli obblighi di rapporto periodico degli Stati membri che non hanno ratificato le convenzioni e nel correlativo potere dell'Oil (ossia del Consiglio di amministrazione) di pretenderlo. Di tale norma si propone « una utilizzazione più sistematica e, forse, più inventiva », sulla scorta di quanto già avvenuto per la libertà sindacale, ma con i necessari adattamenti alle particolarità di ogni diritto fondamentale e alla situazione attuale (75).

I « mezzi » prescelti sono quelli ugualmente previsti dalla Costituzione — i rapporti che gli Stati non ratificanti sono tenuti ad effettuare — ma occorre, come la Costituzione consente, un ulteriore meccanismo più idoneo alla fattispecie, che il Consiglio di amministrazione ha il potere di individuare. Questa argomentazione è sostenuta da un precedente: la particolare procedura di controllo creata in tema di libertà sindacale. Ed è opportuno ricordare, a tale proposito, che la non mai risolta questione dell'organo competente ad interpretare la propria Costituzione, consente ancora una volta all'Oil di utilizzare la lacuna « legislativa » per l'adozione degli strumenti ritenuti più idonei alle varie circostanze, qualora fosse urgente e necessario intervenire per l'attuazione dei propri scopi fondamentali. Non si tratta infatti di semplice interpretazione della norma per la soluzione di una controversia internazionale, ma di attuare la norma medesima nel modo più consono all'obiettivo: dunque, si tratta di una decisione « politica » (76). Ciò è appunto avvenuto anche in materia di libertà

note

(71) Ciò non significa che questa venga rifiutata o delimitata: significa soltanto riportare in luce tutti gli obiettivi costituzionali dell'Oil, reinterpretandoli e rendendoli attuali alla luce dell'evoluzione verificatasi in questi anni. Sull'importanza della Dichiarazione di Filadelfia in tema di diritti umani, v. recentemente Maurer, 1999, 74 ss a cui si rinvia per la elencazioni delle fonti sui diritti umani che, successivamente, recepirono questo principio.

(72) V. *Rapport du directeur général* alla 85^o sessione (1997) della Conf. Internazionale del lavoro, spec. 47. Tale potere deriva peraltro dall'atto di emendamento alla Costituzione dell'organizzazione internazionale del lavoro del 24 giugno 1986. Tale modifica espropria gli Stati di un loro potere poiché si tratta di Convenzioni ancora in vigore e, in ipotesi, ratificate, che l'Oil modifica o elimina autoritariamente (anche se, in realtà, continueranno a restare in vigore nei rispettivi ordinamenti, fino ad una eventuale denuncia: Consiglio di Amministrazione del BIT, Note di informazione, 1999, 11).

(73) V. spec. *Rapport du directeur général* alla 85^o sessione (1997) della Conf. Internazionale del lavoro, spec. 26 ss.

(74) Cade così l'obiezione di Ichino, 1999, 295 ss che ritiene l'azione dell'Oil non più rispondente alle attuali esigenze del mercato internazionale, mentre sarebbe più adeguata l'azione della Ce o organismi analoghi. Con maggior « prudenza » e perplessità, v. Carinci, 1999, 483 e, ora, Carinci, Pizzoferrato, 2000, 285.

(75) *Rapporto del Direttore Generale*, 1997, 18. Su tale norma, è stato previsto un meccanismo speciale che permette a organizzazioni di lavoratori o di imprenditori di presentare « *plaintes* » avanti ad un Comitato *ad hoc*, anche contro Stati membri che non abbiano ratificato le convenzioni in tema di libertà sindacale: sul punto v. Valticos, 1997, 155 ss.

(76) Come è noto l'art. 37 della Costituzione dell'OIL prevede che « tutte le questioni o difficoltà relative all'interpretazione della presente Costituzione e delle convenzioni successive concluse dai Membri in virtù di essa, saranno sottoposte all'apprezzamento della Corte internazionale di Giustizia ». Il secondo comma, aggiunto in un secondo tempo, che prevedeva la facoltà del Consiglio di Amministrazione del BIT di istituire un Tribunale « al fine di una sollecita definizione di ogni questione o difficoltà », non fu mai attuato a questi fini, ma fu utilizzato per risolvere le questioni distribuendo le competenze tra gli organi istituzionali dell'OIL, soprattutto per quanto riguarda l'interpretazione delle Convenzioni (Direttore del BIT; Valticos, 1983, 133 ss e, più recentemente, *L'Oil*

sindacale (77). Peraltro, come rileva il Direttore Generale del Bit nel suo più volte citato rapporto del 1997, se l'individuazione del precedente e della sua base costituzionale è determinante per fornire il supporto normativo per agire, lascia tuttavia « integra la necessità di prendere una decisione politica per trasformare questa potenzialità in azione », così come « non l'obbliga ad agire nello stesso modo in relazione a ciascun principio fondamentale » (78). Si tratta perciò di scelte politiche per l'attuazione di principi e competenze già previsti dalla Carta costitutiva: ossia, di applicazione dei principi contenuti nella Carta alle esigenze del momento al fine di raggiungere gli obiettivi prefissi alla Organizzazione da parte degli stessi Stati membri. Dunque, occorre uno strumento che si affianchi alla Costituzione per potenziarla (v. infatti paragrafo 1, punto 2 dell'*Annexe* alla Dichiarazione OIL 1998 di cui al paragrafo successivo).

Se questo è vero, l'attività di realizzazione di questi obiettivi fondamentali non può che competere agli organi deliberanti dell'OIL, le cui decisioni sono direttamente vincolanti per gli Stati che non possono ostacolarle o combatterle. La Conferenza rimane, perciò, nel campo dei suoi poteri quando richiama agli Stati membri gli obblighi assunti, specificandone il significato e la portata.

8. La Dichiarazione OIL « sui diritti fondamentali al lavoro » (1998): l'effetto « normativo » nei confronti dei terzi...

Questo risultato interpretativo viene trasfuso in un documento, approvato a larghissima maggioranza, senza alcun voto contrario (79), dopo un approfondito dibattito, dalla Conferenza internazionale del lavoro, nella 86^o sessione del 1998, che porta alla adozione della Dichiarazione sui diritti fondamentali al lavoro.

La forma della dichiarazione, eccezionale per l'OIL, — ritenuta da taluno dei membri del Consiglio di amministrazione necessaria, da altri ultronea, ma non infondata — è invece assai significativa: in materia di diritti inviolabili è infatti strumento ordinario (80).

Il Preambolo della Dichiarazione, considerando 1-3, non lascia dubbi in proposito:

« Considerando che la creazione dell'OIL procede dalla convinzione che la giustizia sociale è essenziale per assicurare una pace universale durevole ...2) che la crescita economica è essenziale, ma non è sufficiente per assicurare l'equità, il progresso sociale e l'eliminazione della povertà e che questo conferma la necessità per l'OIL di promuovere politiche sociali, la giustizia e la democraticità delle istituzioni ...3) che dunque l'OIL deve più che mai mobilitare l'insieme dei suoi mezzi di azione normativa, di cooperazione tecnica e di ricerca in tutti i campi della sua competenza.... per fare in modo che, nel quadro di una strategia globale di sviluppo economico e sociale, le politiche economiche e sociali si rinforzino reciprocamente in vista di assicurare uno sviluppo largo e durevole.... ».

L'influenza della nuova nozione di diritti umani e lo stretto collegamento che li lega alla competenza dell'OIL nella loro dimensione sociale e collettiva è detto a chiare lettere: il diritto alla pace universale e durevole, il perseguimento della giustizia sociale, l'insufficienza

note

a 75 ans: les objets, la structure et les méthodes de l'Oit face à l'avenir, in *Regards sur l'avenir de l'Oit*, cit., 307 ss.). Per quanto riguarda l'interpretazione della costituzione, poiché la Corte internazionale di Giustizia, nei suoi rari pareri resi nei primi anni di vita dell'OIL, qualificò la competenza dell'OIL come nozione « essenzialmente dinamica che potrà essere estesa attraverso una sorta di evoluzione consuetudinaria », viene meno la distinzione tra principi e mezzi di esecuzione, abilitando a sviluppare la sua attività senza alcun ostacolo formale; né la questione fu più sollevata (Valticos, 1997, 191 ss. ove specifici riferimenti; v. pure il più recente saggio del medesimo a. *Normes internationales du travail*, 1998, 151 ss.).

(77) Su quest'ultimo punto, v. *Rapport du directeur Général*, 1997, cit., 20 ss. In generale, sui precedenti v. G. e A. Lyon Caen, 1991, 127 ss.; Valticos, 1997, 155). Sull'efficacia di questi controlli in tema di libertà sindacale le opinioni sono pressoché unanimi in senso positivo; tanto che gli attuali « reclami collettivi », introdotti dalla Carta sociale del 1996 sono ad essi ispirati (Protocollo di Strasburgo del 1995, poi recepito dalla Carta sociale revisionata). Può comunque osservarsi che tali procedure tendono direttamente « al miglioramento della realizzazione effettiva dei diritti sociali in questione e non alla condanna dello Stato che, tuttavia, viene messo in causa instaurando un contraddittorio. Ampiamente Akandji-Komte, 2000, 889. In generale, v. pure De Stefani, 1997, 35 ss.

(78) *Rapport du Directeur général*, 1997.

(79) La Dichiarazione è infatti stata approvata con 273 voti favorevoli (il quorum era di 264) e 43 astensioni tutte da parte di Paesi del terzo mondo (*Compte-rendu des travaux*, cit., I, 22/49): ben oltre quindi i 3/4 dei suffragi espressi richiesti dall'art. 36 (testo emendato nel 1986) della Cost. dell'OIL per gli emendamenti alle disposizioni più qualificanti della Costituzione.

(80) V. infatti, *supra*, spec. paragrafo 2. E, del resto, la competenza originaria dell'OIL si confonde e si intreccia con quella dei diritti dell'uomo: ampi riferimenti in tal senso in Valticos, 1998, 151 ss.

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

della crescita economica senza il rispetto della dignità umana (81), la necessaria democrazia delle istituzioni fanno convergere l'azione degli Stati membri verso l'obiettivo della realizzazione del diritto dei popoli allo sviluppo.

La Dichiarazione si radica perciò in quei poteri riconosciuti alla Conferenza dalla Dichiarazione di Filadelfia (paragrafo II, punti c, d, e; paragrafo III, IV, V) per loro natura volti nei confronti di tutti gli esseri umani per la realizzazione dei quali l'OIL deve agire. L'OIL trae quindi dalla propria Costituzione la legittimazione a stabilire norme internazionali del lavoro la cui attuazione richiede anzitutto una competenza e, ancor prima, una legittimazione universale che supera i confini delle adesioni spontanee all'Organizzazione. Proprio per questo ha verificato sul campo sia l'attualità della propria competenza a stabilire norme internazionali del lavoro sia « l'appoggio e il riconoscimento universale in materia di promozione dei diritti fondamentali al lavoro, in quanto espressione dei suoi principi costituzionali » (6° *considerando*). L'affermazione non è retorica: essa risulta documentalmente provata, poiché l'OIL ha fatto precedere questo suo atto da una serie di incontri internazionali a vari livelli, iniziati fin dal 1994 (82): i suoi poteri derivano perciò sia dalla Costituzione sia dall'attuale riconoscimento universale come organizzazione specializzata in materia di diritti fondamentali al lavoro, sia infine dalla urgenza di intervenire in un momento in cui tali diritti sono messi in particolare pericolo, soprattutto — sembra di capire — dalla utilizzazione perversa delle norme OIL a fini commerciali-protezionistici di diversa natura (6° e 7° *considerando*). L'OIL ha titolo quindi per individuare diritti già « sentiti » come universali dalla comunità internazionale, delineandone il contenuto e la portata. In questa prospettiva, la Dichiarazione acquista un'efficacia normativa nuova — quanto all'individuazione del contenuto dei diritti fondamentali al lavoro — pur mantenendo il suo carattere universale (83). Tale efficacia si impone anche agli Stati membri; ma per essi produce effetti ulteriori (84).

La lettura della Dichiarazione sui diritti fondamentali al lavoro, unitamente alle citate disposizioni della Dichiarazione di Filadelfia, oltre a far comprendere l'ampiezza dell'obiettivo che l'OIL si prefigge, fa capire come l'azione che tale organizzazione intende svolgere sia di stampo tutt'altro che tradizionale. Anzitutto, non è certamente limitata entro i confini dello Stato: essa infatti si rivolge ai popoli della terra o, forse, per meglio dire, ai singoli componenti i popoli della terra, ognuno dei quali, ha, singolarmente e congiunta-

note

(81) È assai significativo che la Carta sociale revisionata del 1994 (art. 26) riconosca il « diritto-principio », secondo il quale « *Tous les travailleurs ont droit à la dignité dans le travail* » per rendere effettivo il quale « *les Parties s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeur et de travailleurs, à promouvoir...* ». Maurer, 1999, 20 ss. costruisce il rispetto della dignità umana, sulla base delle Costituzioni e della giurisprudenza costituzionale e ordinaria dei vari Stati, come principio fondamentale su cui poggia ogni ordinamento democratico. Esso nasce come principio generale di diritto nazionale, poi di diritto interno europeo sulla base della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'interpretazione della Corte Europea e, infine, di diritto internazionale generale. Tale principio, sul piano funzionale, esige che l'interpretazione delle specifiche norme dei trattati internazionali e, in particolare della convenzione europea, sui diritti dell'uomo sia improntata a favorire lo sviluppo della persona umana. Sull'ambiguità di tale diritto — che è insieme assoluto e relativo — e sulle difficoltà di applicazione nei casi concreti, per renderne effettivo l'esercizio, v. *ivi*, 24 ss e *passim*.

(82) N.U., *Rapport du Sommet mondial pour le développement social*, del 19 aprile 1995; O.C.D.E., *Le commerce, l'emploi et les normes du travail*. Paris, 1996; O.M.C., *Déclaration ministerielle de Singapour* 18 dicembre 1996; e più ampiamente v. *il Rapporto del Direttore Generale del BIT alla 85° sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro*, 1997, p. 15 ss.

(83) V. infatti *supra*, § 2.

Nella Presentazione del *Codice di diritto internazionale e comunitario del lavoro*, Padova, 1999, scrivevo che la Dichiarazione, provenendo dal massimo organo legislativo dell'OIL, ha sicuramente valore normativo. Tale giustificazione può apparire inesatta (v. infatti l'*Intervento* di M. De Cristofaro, all' incontro di studio « *Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione* ») se non addirittura errata secondo le categorie tradizionali del diritto internazionale: quanto fin qui esposto sulla profonda evoluzione che ha subito il diritto internazionale in relazione all'affermarsi della categoria dei diritti dell'uomo e delle organizzazioni internazionali che operano in questo campo, sembra superare tale perplessità.

(84) Si è già detto *supra*, § 2, che la norma consuetudinaria esiste nel momento in cui viene riconosciuta — ossia dichiarata — da un organo abilitato, divenendo in qualche modo norma scritta e convenzionale, anche se è vero che essa mantiene le caratteristiche proprie della norma consuetudinaria. Dunque, essa acquista una duplice natura con duplicità di effetti, acquisendo inoltre la certezza e precisione della norma scritta: in questo senso, assolve con maggior aderenza alle esigenze del diritto internazionale attuale (Oraison, 1999, 334; in ordine all'interpretazione dell'art. 10, comma 1, Cost., Paladin, 1996, 396, ove ulteriori riferimenti anche della giurisprudenza costituzionale).

mente, il diritto di « rivendicare...la loro giusta partecipazione alle ricchezze che essi hanno contribuito a creare » (85).

Ma si enuclea pure l'altro principio innovativo messo in luce nella precedente trattazione: la realizzazione dei diritti fondamentali nella loro dimensione sociale ed economica non può limitarsi alla previsione di divieti. O, meglio, i « divieti » non sono altro che il diverso modo di esprimere il contenuto dei principi medesimi, ma non ne costituiscono realizzazione o applicazione. A questo fine serve l'attività pratica di messa in opera di tutti gli strumenti e le risorse necessarie al raggiungimento dei fini.

La Conferenza riformula infatti in positivo i diritti fondamentali al lavoro: libertà di associazione; eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato; abolizione effettiva del lavoro dei fanciulli; eliminazione di ogni discriminazione in materia di impiego e professione.

Emerge così che il rispetto della dignità umana impone *erga omnes* — in particolare, agli Stati, che devono proteggere tali diritti, e alla Comunità internazionale — non solo l'astensione da comportamenti lesivi, ma « l'obligation à creer les conditions favorables au respect de la personne humaine » (86). Questa *obligation positive* vincola, come meglio si vedrà più avanti, gli Stati membri anche nei rapporti internazionali (87).

Peraltro, tali diritti hanno già subito una precedente specificazione. Così, la Convenzione OIL n. 105 del 25 giugno 1957 (art. 1), afferma che si considera lavoro forzato, tra l'altro, anche « ogni lavoro effettuato come metodo di mobilità e di utilizzazione della manodopera a fini di sviluppo economico... ogni lavoro effettuato come punizione per la partecipazione ad uno sciopero...ogni lavoro prestato come mezzo di discriminazione razziale, sociale, nazionale o religiosa » rendendo ancor più consistenti i dubbi sulla possibilità di distinguere il lavoro forzato dalla schiavitù, ugualmente vietata da molteplici atti internazionali (88), in cui non è difficile includere le attuali forme di « importazione » di lavoratori da un Paese all'altro per l'utilizzo di manodopera a basso costo, o di minori o di donne da adibire ad attività anche più odiose. Molte forme di lavoro sottocosto, anche se formalmente non riproducenti tutti gli elementi della nozione originaria di schiavitù, ne realizzano il contenuto essenziale del dominio dell'uomo sull'uomo (89)

9. ...e degli Stati membri: la responsabilità *erga omnes* per la realizzazione dei diritti fondamentali al lavoro. Superamento della clausola sociale.

La duplice radicazione costituzionale sembra autorizzare ulteriori importanti corollari. Anzitutto, poiché la Dichiarazione costituisce attuazione di norme costituzionali per gli Stati membri che le hanno sottoscritte nel momento della loro adesione, essa obbliga direttamente i medesimi. La lett. a) del punto 1, richiama in particolare che « *ils se sont engagés à travailler à la réalisation des objectifs d'ensemble de l'Organisation, dans toute la mesure de leurs moyens et de leur spécificité* ». E poiché la successiva lett. b) afferma che « *quel principi*

note

(85) V. Dichiarazione del 1998, 5° *considerando*. Inoltre: *Rapport du directeur général* all'87° sessione della Conf. Internaz. del lavoro, « *Un travail décent* », giugno 1999.

(86) Maurer, 1997, 23, ove riferimenti.

(87) Per gli Stati europei, tale obbligazione deriva anche dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 3, Prot: n. 1, interpretato in via evolutiva: sent. *Matthews*, cit.): è noto infatti che la stessa Corte eur.dr.uomo ha accolto in alcune sentenze la teoria secondo la quale la Convenzione è assimilata « *à un instrument vivant* », applicando quindi questo tipo di interpretazione costruttiva anche alle disposizioni procedurali della Convenzione e scartando così ogni interpretazione conservatrice. Su tali tendenze, recenti e non sempre costanti, v. Cohen-Jonathan, Fluss, ove ulteriori citazioni (testo e note 35-39), i quali affermano che, in definitiva, è logico che « *les métamorphoses constitutionnelles de l'Etat liées à l'institutionnalisation de la société internationale soient prises en compte comme élément d'interprétation de l'art. 3 du protocole additionnel, dès lors que le sont également les changements constitutionnels internes à la structure de l'Etat national* » (ivi). Il contrasto con la posizione assunta dalla CGE in materia è totale: v. da ultimo, assai criticamente, Zanghi, 1998, 1102 ss., ove riferimenti.

Può notarsi peraltro che, con il proliferare dei Trattati multilaterali che costituiscono organizzazioni a vocazione mondiale per regolare determinate materie, il problema è destinato a divenire sempre più pressante. Specificamente, per quanto riguarda i rapporti tra OMC, Comunità Europea, e Stati membri, anche in ordine alla successione di fatto della Comunità agli accordi GATT, stipulati dagli Stati anteriormente al Trattato istitutivo della Comunità, il già citato saggio di Tesauro, 1998, 955 ss., ove amplissimi riferimenti; *adde* Forlati, 2000, 487. V. anche il paragrafo successivo.

(88) E recentemente riaffermato nell' art. 5 della Carta africana dei diritti dell' uomo e dei popoli del 1981, già citata, che vieta « ogni forma di sfruttamento e degradazione dell'uomo » e, in particolare, la schiavitù, la tratta degli schiavi ecc.

(89) Saulle, 1979, 659.

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

e diritti sono stati espressi e sviluppati nelle Convenzioni riconosciute come fondamentali tanto all'interno quanto all'esterno dell'Organizzazione » tali Convenzioni vincolano direttamente gli Stati membri indipendentemente dalla loro ratifica (punto 2): esse infatti divengono « inerenti » alla loro qualità di membri (90). Peraltro, l'affermazione che i principi fondamentali si traducono in obblighi e diritti nelle convenzioni sta a significare ancora una volta che in realtà le matrici sono i principi, mentre le convenzioni sono « specificazioni contingenti » e, dunque, transeunti (91), con il mutare della realtà storica di riferimento.

Sul piano interpretativo e applicativo, ciò si traduce, in primo luogo, nell'obbligo di considerare queste convenzioni unitamente ai principi di cui sono attuazione. In secondo luogo, la Dichiarazione definisce il contenuto dell'obbligo contratto dagli Stati: che non è solo di rispettare, ma di *realizzare e promuovere* l'applicazione dei diritti e obbligazioni in questione sia all'interno sia all'esterno dell'organizzazione. Tanto che non può considerarsi adempiente lo Stato che, pur accettando il principio, non ne persegue — o ne ostacola — la realizzazione. In altri termini, la ratifica di convenzioni o atti internazionali non costituisce di per sé adempimento dell'obbligo poiché questo ne presuppone l'applicazione pratica. Al contrario, la sola applicazione può costituire adempimento o esecuzione degli obblighi assunti al momento della sottoscrizione dell'atto costitutivo dell'organizzazione (92).

Infine, l'impegno degli Stati, in materia di diritti fondamentali, non può esaurirsi negli schemi dell'efficacia dei Trattati tradizionali (reciprocità e sinallagmaticità degli obblighi), ma deve necessariamente estendersi verso l'esterno. È questa una reale, effettiva novità: in questa sede, la Conferenza specifica, infatti, la portata e il contenuto dell'obbligo che deriva dal Trattato, a carico degli Stati aderenti, in merito ai loro rapporti con gli Stati terzi. L'obbligazione degli Stati membri opera in senso orizzontale e collettivo verso l'obiettivo di insieme dell'Organizzazione (lett. a): aderendo all'OIL, gli Stati si sono vincolati a creare un organismo comune al quale volontariamente si sottopongono per realizzare obiettivi unanimemente riconosciuti come imprescindibili.

Emerge perciò nitidissimo l'impegno comune degli Stati alla realizzazione dei diritti fondamentali al lavoro — impegno, rimasto in ombra fino ad ora — che comporta, innanzitutto, la volontaria preventiva sottomissione a ciò che verrà stabilito da questa Organizzazione, utilizzando i poteri ad essa conferiti dall'incontro delle loro volontà.

Questo obbligo è immediatamente vincolante e operativo su diversi piani: il principio entra negli ordinamenti interni e obbliga alla applicazione. Dunque, vincola, quanto meno sul piano interpretativo, obbligando poi gli Stati nella loro produzione normativa interna. Ma gli Stati sono vincolati anche nella loro « produzione » internazionale: degli Stati membri tra loro, ma anche nei rapporti con gli Stati terzi.

In questo contesto, il 5° considerando afferma che « nello scopo di assicurare il legame tra progresso sociale e crescita economica, la garanzia dei principi e dei diritti fondamentali al lavoro riveste una importanza e un significato particolari, attribuendo agli interessati medesimi la possibilità di rivendicare liberamente e con uguaglianza di opportunità la loro giusta partecipazione alle ricchezze che essi stessi hanno contribuito a creare, così come di realizzare pienamente il loro potenziale umano » soprattutto in questo momento in cui queste masse sembrano aver trovato voce (93). Tale affermazione, letta in connessione con la disposizione della Dichiarazione sull'inserimento della « clausola sociale » nei Trattati sul commercio internazionale, ne chiarisce il significato. Se infatti l'inserimento della clausola comportasse soltanto oneri per i paesi poveri o in via di sviluppo a tutto vantaggio dei paesi ricchi — limitandosi a realizzare cioè quel « circolo virtuoso del progresso sociale » che permette ai Paesi industrializzati, « solidamente accampati sulle tecnologie avanzate, di mostrarsi generosi » (94) — non sarebbe conforme ai principi costituzionali dell'OIL né potrebbe essere considerato adempimento dell'obbligo degli Stati aderenti all'Organizzazione. L'impegno

note

(90) Recita infatti la lett. b) che queste « specificazioni » obbligano « l'ensemble des Membres » per il solo fatto della loro appartenenza all'Organizzazione, anche qualora non abbiano ratificato le relative convenzioni, « à respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux ».

(91) Maurer; Picard, *L'émergence*, cit.

(92) Levinett, 1997, 58, ritiene che le obbligazioni positive derivano dalla collettività come fonte di un dovere di solidarietà.

(93) Dichiarazione di Filadelfia, punto I, lett. c, d.

(94) *Rapport du directeur*, 1997, cit., 23.

dei Paesi aderenti all'OIL in quanto appunto partecipanti ad essa — ed è assai importante la specificazione che tale obbligo riguarda sia i singoli sia il complesso (*l'ensemble*) dei membri, ratificanti o non ratificanti le singole Convenzioni (punto 1, lett. a; punto 2) — dovrà piuttosto essere rivolto a consentire la partecipazione dei paesi « svantaggiati » ai benefici del commercio internazionale: dunque, a far sì che questi Paesi possano produrre in condizioni che non impongano la lesione dei diritti fondamentali dei lavoratori (95). « *Dans une approche vraiment mondial... les êtres humains n'apparaissent pas ou pas d'abord comme les citoyens des différents Etats* »: così Amarthia Sen, nell'allocuzione pronunciata alla 87^o sessione della Conferenza internazionale del lavoro (Ginevra, 15 giugno 1999), secondo il quale, per poter rispondere alla sfida della globalizzazione « *il faut ... pour ce qui concerne le regime du travail... dépasser les limites étroites des relations internationales* », congiungendo in tal modo la concezione universalistica del lavoro alla tradizione di solidarietà e impegno propria della storia mondiale del sindacalismo (96).

L'obbligo degli Stati aderenti all'OIL non si esaurisce, perciò, nell'osservanza o nell'imposizione del divieto, ma implica appunto l'impegno alla realizzazione delle condizioni che consentano il godimento del diritto fondamentale per tutti gli individui. Ed è proprio in questo campo che l'OIL rivendica la propria competenza di organizzazione internazionale specializzata dotata di mezzi e poteri utili al raggiungimento degli obiettivi, includendovi pure le proprie relazioni internazionali che consentono la cooperazione con altre organizzazioni internazionali — governative e non — con competenze diverse, ma complementari rispetto alle singole azioni.

10. I diritti fondamentali al lavoro come diritti inderogabili, ma dinamici. Il principio « internazionale » di favore come principio regolatore del rapporto tra le diverse fonti.

Questo espresso riconoscimento e collegamento dei diritti al lavoro con il diritto allo sviluppo, nella sua dimensione individuale e collettiva, oltre a porre in risalto il contenuto dinamico dei diritti umani che, pur essendo individuali, non possono essere « separati » dalla sottostante matrice collettiva, indica pure il tipo di rapporto che deve instaurarsi tra principi fondamentali e loro attuazione, indipendentemente dalla fonte considerata: il principio non deve essere solo rispettato, ma *realizzato e promosso* (97). Ciò comporta appunto che, mentre deve essere repressa la lesione — o, se si preferisce, la violazione — dei principi, non può che essere favorita la miglior realizzazione dei medesimi.

Il rapporto tra le varie fonti considerate — internazionali generali; interstatuali, bilaterali o multilaterali; interne, queste ultime con le diverse forme di decentramento e, inoltre, con le diverse espressioni di autonomia — che, in un « mondo globalizzato », si delinea sempre più frequente e probabile, risulta perciò ordinato in una singolare gerarchia: rigida, nell'imporre il rispetto di una soglia minima che non può essere violata, ma contemporaneamente assai flessibile perché permette, anzi, favorisce, la miglior applicazione: dunque, tra più applicazioni — ossia: tra più fonti concorrenti — che attuano il principio, va scelta la fonte che meglio lo realizza.

I principi fondamentali entrano nell'ordinamento automaticamente, vincolando gli Stati alla attuazione. Diritto consuetudinario generale? *Ius cogens* o principi etici universalmente riconosciuti? *Normes intrasgressables*?

La convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati riconosce tali norme come norme che non permettono alcuna deroga: dunque, nemmeno da parte della consuetudine, poiché

note

(95) In questa direzione si muove infatti il *Rapport du Directeur général* del BIT alla 87^o sessione della Conf. Int. du Travail (1999), *Un travail décent*, richiamando il nuovo Programma internazionale per l'abolizione del lavoro dei bambini (IPEC), che si fonda sul principio secondo il quale tale obiettivo è perseguibile solo se è preceduto dalla assicurazione di un reddito sufficiente e della sicurezza per i genitori (ivi, 19). Ma v. già, nella prospettiva di cui al testo, la *Dichiarazione tripartita sulle imprese multinazionali* del Consiglio di Amministrazione del BIT (1977).

(96) Se ne veda ora il testo in *Rev. int. travail*, 2000, n. 2, col titolo *Travail et droits*.

(97) In questo senso, può considerarsi un'eco « la parificazione nel progresso » di cui all'art. 117 del Trattato di Roma istitutivo della Comunità Economica Europea (ora art. 136 del Trattato CE). Per una ricostruzione « aggiornata » del principio sulla base del Trattato di Amsterdam, v. ora Bonnechere, 1999, 395, ove ulteriori riferimenti anche della giurisprudenza della CGE; l'a. che richiama anche il preambolo della Carta comunitaria dei diritti sociali. Meno chiaro l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali UE, eccessivamente dettagliato e riferito, almeno testualmente, alla sola interpretazione delle disposizioni della Carta. Un accenno al principio si trova nell'art. 52, §3, ultimo periodo), ma limitatamente « al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa ».

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

ne impediscono, almeno concettualmente, la formazione, traducendosi la loro inosservanza in crimine internazionale.

Esse non possono essere violate: si impedisce, cioè, che le tappe raggiunte vengano perdute; possono, però, essere disattese dai singoli destinatari per essere migliorate o ampliate, consentendo di realizzare quel diritto allo sviluppo — individuale e collettivo — che risulta insito nella natura stessa dei diritti dell'uomo. Dunque, la « clausola di non regresso », che può considerarsi ormai clausola d'uso nei trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo, lungi dall'esaurire il contenuto del principio, ne esprime solo la minima parte (98): esprime, cioè, il contenuto negativo dell'obbligo (art. 53, CEDU, *revisée*, vecchio art. 60 (99); art. 19, punto 8, cost. OIL ecc.; art. 136 Trattato CE).

E tuttavia anche questo significato « ristretto », nella realtà attuale, acquista sempre maggior complessità: il rapporto tra fonti si realizza soltanto raramente tra una fonte internazionale e ordinamento interno del singolo Stato, estendendosi, piuttosto, in molteplici e variegata articolazioni, a tutte le possibili fonti provenienti dalle organizzazioni multilaterali o regionali delle quali gli Stati possono essere parti. Questa complessità emerge nella più recente formulazione della clausola in esame: l'art. H, parte V, della Carta sociale revisionata, sotto la rubrica « *Rélations entre la Charte et le droit interne ou les accords internationaux* », prevede che le disposizioni della Carta « *ne portent pas atteinte* » alle disposizioni di diritto interno e dei trattati, convenzioni o accordi bilaterali o multilaterali che sono o entreranno in vigore e che saranno più favorevoli alle persone protette » (100). Dunque, dovrà prevalere la fonte più favorevole.

Alla base dei diritti umani si trova perciò quel principio, ritenuto tipico del diritto del lavoro — anche se ora dimenticato, quando non avversato dalla dottrina italiana, ma sempre più frequentemente riconosciuto dalla dottrina straniera (101) — che testimonia la natura « fondamentale » dei diritti al lavoro. Il principio di favore, nella sua corretta e originaria accezione di principio che regola il rapporto tra fonti di provenienza diversa (102), si rivela particolarmente utile per mantenere i rapporti tra ordinamenti che, pur se ispirati e orientati a esigenze e obbiettivi assai differenziati, risultano tuttavia collegati da un elemento comune — la persona umana e le comunità in cui si svolge la sua vita individuale e collettiva — elemento, attorno al quale tutti ruotano, esigendone e giustificandone, a un tempo, la considerazione unitaria.

note

(98) Peraltro importante, poiché impedisce al legislatore interno di legiferare al di sotto della soglia consentita dalla fonte internazionale, ponendo così un freno al potere legislativo dello Stato, altrimenti impensabile: v. il mio *Il principio « internazionale » di favore verso il lavoratore subordinato*, in *Dir. Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1986, 630-631. Sul punto, v. ora Bonnechere, 1999, 396, ove ulteriori riferimenti anche giurisprudenziali.

(99) Cohen-Jonathan/Flauss, 1999, testo e note 23-24; Eoche-Duval, 1999, 980 che parla di « principio di progresso », nel campo dei diritti dell'uomo.

(100) Tale norma, peraltro, pone in crisi il criterio adottato dalla Corte di Giustizia CE nel risolvere il conflitto tra fonti OIL e direttiva comunitaria in materia di divieto di lavoro notturno per le donne. Come è noto, la Core, dopo qualche incertezza, applicò l'art 234, comma 1°, Tr. Cee, ossia il criterio cronologico della data di stipulazione dell'accordo internazionale, se anteriore al 1 gennaio 1958, o per gli Stati aderenti, anteriormente alla data alla loro adesione » al Trattato: sent. 2 agosto 1993, c- 158-91, *Levy*, in *FI*, 1993, IV, c. 310ss, con nota di Arbia, *Diritto internazionale del sistema OIL e diritto comunitario in materia sociale*. Su tali temi e sullo snodarsi della complessa vicenda specifica e più generale dei rapporti tra fonti Ce e fonti OIL, v. Barboni, 1994, 106 ss. ove ulteriori riferimenti.; v. pure Fabris, 1996, 627 ss.

(101) Per la dottrina straniera, soprattutto francese, v. Bonnechere, 1999, 397; v. pure le note successive. Tale esigenza di *miglioramento* si ritrova alla base dell'art. 3, secondo comma, della nostra Costituzione, nel quale è riconosciuta la matrice del « principio di favore » nel diritto del lavoro.

(102) Il principio non opera, quindi, tra fonti appartenenti allo stesso ordinamento — non impedendo ad esempio al legislatore interno di disciplinare la fattispecie in modo deteriore nel tempo, salvi i limiti derivanti da fonti internazionali (v. prec. nota 102) — ma, appunto, criterio per scegliere tra più fonti diverse, applicabili alla fattispecie quella che costituisce, in quelle specifiche circostanze, la miglior garanzia per lo sviluppo umano. Su tali temi è d'obbligo il rinvio a Cessari, 1983 (ristampa con appendici); per la individuazione del principio nel diritto internazionale, v. Fabris, *Il principio « internazionale » di favore*, cit., 603 ss. v. ora Bonnechere, 1999, 395.

Coglie esattamente tali profili, proprio con riferimento ai rapporti tra fonti internazionali, Barboni, 1996, 5 ss, che, tra l'altro ipotizza la possibile qualificazione del principio come « diritto fondamentale che la Comunità [Europea] deve rispettare nel perseguimento dei propri obbiettivi, in forza del rispetto dei diritti fondamentali consacrati nell'art. F, par. 2 del Trattato sull'Unione Europea » (attuale art. 6, TUE nella versione consolidata), 47-48 e *La Corte di Giustizia e l'orario di lavoro. L'apertura a fonti internazionali eteronome e la reinterpretazione della direttiva 93/104*, ivi, 1998, 97 ss., spec. 102 ss.

Le droit n'est pas un millefeuille: l'espressione, di un sensibilissimo giurista francese (103), rende plasticamente l'idea della relatività del significato da attribuire alle suddivisioni di « campi » materiali o di « livelli » giuridici — utilissimi a meri scopi didattici — nei quali si suole ripartire il diritto, fenomeno, al contrario, profondamente e sostanzialmente unitario. Tale demarcazione rischia infatti « di far perdere di vista le influenze e le interazioni sempre più feconde fra le singole componenti così imbrigliate », producendo conseguenze particolarmente distorsive se applicate ai diritti fondamentali nel diritto internazionale. Anzitutto, perché nemmeno quest'ultimo settore del diritto è una categoria a parte, ma un diritto che plana « *dans les nuées au dessus de droit interne* » (Decaux, 1998); in secondo luogo, perché i diritti fondamentali costituiscono il sostrato ineliminabile — per quanto purtroppo di fatto comprimibile — di ogni ordinamento moderno.

La vera funzione del principio di favore risulta essere allora la misura del grado di realizzazione dei principi fondamentali nell'ambiente sociale e, per così dire, istituzionale, in cui l'uomo è inserito, evidenziando il grado di coesione tra comunità locale e internazionale. Principio ordinatore del rapporto tra l'individuo e le variegate e contingenti manifestazioni del potere — autorità private, potere pubblico nazionale, enti internazionali — esso impone di risolvere il conflitto alla luce del progressivo miglioramento delle concrete esigenze antropologiche dell'uomo, al di sotto delle quali non è pensabile la convivenza umana (Decaux, 1998); per il suo carattere formale, può, tenendo conto della natura degli ordinamenti considerati, concretizzare il rapporto tra gli specifici interessi in conflitto in maniera adeguata alle esigenze di una società pluralista e democratica, che non sia stravolta da bieche mire egualitarie (104).

Non quindi banale regola matematica che assicura al singolo il trattamento più remunerativo, in angusta chiave egoistica, in contrasto con le esigenze altrui (105), ma valutazione, con criteri adeguati alla tipologia delle fonti in concorso-conflitto, del trattamento concretamente più idoneo a garantire lo sviluppo della persona umana in armonia con l'ordinamento considerato, nel momento « storico » in cui il conflitto si realizza (106).

Il principio di favore, nella sua dimensione « internazionale », disciplina anche l'ingresso del diritto internazionale nel diritto interno e, quindi, l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale (107): esso non impedisce, infatti, l'ingresso della fonte internazionale che, eventualmente, preveda una disciplina meno favorevole rispetto alla fonte interna, ma ne impedisce l'applicazione. La fonte internazionale potrebbe perciò, in ipotesi, restare inapplicata, nell'ordinamento in questione, per tutto il tempo della sua vigenza, vincolando, peraltro, lo Stato, nella sua produzione interna e internazionale, a non disporre al di sotto della soglia fissata dalla fonte medesima come minimale.

Sotto altro profilo, il principio può svolgere la funzione di regola di competenza normativa tra lo Stato e l'organizzazione internazionale cui esso aderisce, riservando allo Stato la facoltà di prevedere discipline migliorative.

Ad analoga regola di collisione è affidato l'eventuale conflitto tra fonti internazionali provenienti da diversi organismi internazionali cui, in ipotesi, lo Stato aderisca, anche con efficacia immediata nel diritto interno. Il riferimento al diritto comunitario è evidente: come bene è stato osservato, se considerato in stretta connessione con il principio di sussidiarietà (art. 5, Trattato Ce, versione consolidata), il principio diviene « criterio regolatore della

note

(103) Decaux, 1998, 66.

(104) Per un approfondimento su tali aspetti, sia consentito il rinvio al mio *Il principio « internazionale » di favore*, spec. 617 ss.. Sul pluralismo come principio alla base della Cedu v. ora tra gli altri Wachsmann, 1996, 165 ss e per quanto riguarda il diritto italiano, Pizzorusso, 1998, 59 ss.; Cartabia, 1995, 202ss, con particolare riferimento al principio di sovranità degli Stati.

(105) Vale, infatti, anche per il principio di favore, il generale divieto di rivolgere gli istituti giuridici al perseguimento di scopi che non siano meritevoli di tutela (abuso del diritto) o, se si preferisce, in maniera contraria alla loro specifica funzione (v. ora l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali UE). Per tali aspetti e per le ulteriori peculiarità in ordine all'applicazione del principio (rapporti con il principio di uguaglianza; soluzione dei conflitti tra fonti internazionali e comunitarie senza incorrere in problemi di costituzionalità; meccanismo con cui opera il principio, ecc.), rinvio a Fabris, 1995, *Il principio « internazionale » di favore*, spec. 627.

(106) Sui criteri per condurre tale tipo di valutazione e sulla delicatezza dei rapporti tra fonti appartenenti ad ordinamenti diversi, nel diritto interno v. il mio *Nuove frontiere del principio di favore*, in *RIDL*, 1982, II, spec. 702-4, e, sia pure sotto un profilo particolare, *Un revirement della Corte di Cassazione: incostituzionalità della norma o interpretazione « incostituzionale »?*, ivi, 706 ss. Sui problemi relativi al metodo di comparazione, v. ora, anche se non sempre esattamente, Chevillard, 1983, 363 ss ove citazioni.

(107) Più ampiamente v. Fabris, 1995, *Il principio « internazionale » di favore*, cit., 623 ss., ove riferimenti. nota 111.

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

competenza normativa della stessa Comunità in materia sociale » (108) nei casi di competenza concorrente con gli Stati membri. Testuale conferma può trovarsi nell'art. 137, § 5, TCE, che sembra autorizzare in tal modo anche la ratifica di una norma internazionale del lavoro più favorevole (109). Sotto questo profilo, inoltre, in caso di inerzia degli Stati, la Comunità, qualora lo ritenga necessario per raggiungere un obiettivo fondamentale dell'ordinamento comunitario, potrà legiferare (art. 2, al. 1 e 5; art. 6, TUE, vers. consolidata; art. 2, ult. parte, 3, 136 TCE, vers. consolidata) (110).

note

(108) Settore nel quale la Comunità non ha, in via di massima, una competenza esclusiva: così assai bene Barboni, 1999, 47, che trae conforto dal parere 2/91 del 19 marzo 1993 della Corte di Giustizia Ce a proposito della convenzione OIL n. 170, del 1990, in materia di sicurezza sul lavoro nell'utilizzazione dei prodotti chimici (a questa A. si rinvia per una più articolata dimostrazione e per i necessari riferimenti); v. inoltre della stessa autrice, *La Corte di Giustizia e l'orario di lavoro*, cit., testo e note 66-67.

(109) Così Bonnechere, 1999, 396, che osserva: « *ce qui est très important pour le rôle à venir de l'OIL* ». Il testo dell'art. 137, § 5, è il seguente: « Le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che uno Stato membro mantenga e stabilisca misure compatibili con il presente trattato, che prevedano una maggior protezione ». Meno chiara appare in tal senso la Carta dei diritti fondamentali UE che prevede una serie di norme che disciplinano aspetti particolari di possibili conflitti (artt. 52-54).

(110) V. Fabris, 1995.

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

Bibliografia

- Abraham** (1997), *Les juge administratif français et la Cour de Strasbourg*, in Tavernier (dir.), *Quelle Europe*, cit., 235 ss.
- Ajda** (1998), *(L'actualité juridique droit administratif), « Les droits fondamentaux — une nouvelle catégorie juridique? »*
- Akandji-Kombe** (2000), *L'application de la Charte sociale européenne: la mise en oeuvre de la procédure des réclamations collectives*, in *Dr. soc.*, 888 ss.
- Amor** (1997), *Rapport introductif* in J.Y. Morin (dir.), *Les droits fondamentaux*, (Atti delle 1° Giornate scientifiche del settore *Droits fondamentaux* dell'Aupelf-Uref, Tunisi, 12 ottobre 1996), Bruxelles, 31 ss.
- Arbia** (1993), *Diritto internazionale del sistema OIL e diritto comunitario in materia sociale*, nota a sent. 2 agosto 1993, c- 158-91, Levy, in *FI*, IV, c. 310 ss.
- Barbera** (1994), *Su alcune tendenze « eversive » nel diritto internazionale e nel diritto costituzionale*, XI ss, in Cocozza (1994), *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino.
- Barboni** (1996), *La tutela dei crediti da lavoro in caso di insolvenza del datore di lavoro tra fonti interne, comunitarie e internazionali*, in *Dir. Com. e Scambi internaz.*, 5 ss.
- Barboni** (1998), *La Corte di Giustizia e l'orario di lavoro. L'apertura a fonti internazionali eteronome e la reinterpretazione della direttiva 93/104*, ivi, 97 ss.
- Barboni-Furlani** (1996), *Tutela dei crediti da lavoro e attuazione del diritto comunitario*, nella collana « Sussidiari di diritto del lavoro », Padova.
- Battaglini** (1999), *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova.
- Battaglini** (1999), *Il diritto internazionale come sistema di diritto comune*, Padova.
- Bellavista** (1999), *Contrattazione collettiva europea e rappresentatività collettiva sufficiente*, in *q. Rivista*, 301 ss.
- Biagi** (1999), *Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla partnership*, in *q. Rivista*, 25ss.
- Bonnechere** (1999), *Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit commun social?*, in *Dr. ouvrier*, 393 ss.
- Borgetto** (1999), *Équité, égalité des chances et politique de lutte contre les exclusions*, in *Dr. soc.*, 221 ss.
- Bultrini** (1999), *Il sistema di protezione dei diritti fondamentali del Consiglio d'Europa*, in *La comunità internazionale*, 107 ss.
- Carinci** (1999), *Relazione all'incontro di studio Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione*.
- Carinci, Pizzoferrato** (2000), « *Costituzione* » europea e diritti sociali fondamentali, in *LD*, 282 ss.
- Cartabia** (1995), *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano.
- Cassese** (1994), *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari, 94 ss.
- Cessari** (1983), *Il « favor » verso il lavoratore subordinato*, Milano.
- Chevillard** (1993), *La notion de disposition plus favorable*, in *Dr. Soc.* 363ss.
- Chrestia** (1999), *L'influence des droit de l'homme sur l'évolution du droit international contemporain*, in *Rev. trim. dr. de l'homme*, 730 ss.
- Cocozza** (1994), *Diritto comune delle libertà in Europa*, Torino.
- Cohen-Jonathan E Flauss** (1999), *A propos del l'arrêt Matthews c./Royaume Uni (18 février 1999)*, in *R.T.D.Eur.*, 35, 14 ss.
- Cohen-Jonathan**, (1999) *Conclusions générales*, in *Sudre*, *Existe-t-il un ordre public européen?*, in Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 477 ss.
- Cohen-Jonathan/Flauss** (1999), *A propos de l'arrêt Matthews c/ Royaume-Uni (18 février 1999)*, in *RTD eur* ss.
- De Cristofaro** (1999), *Intervento all'incontro di studio « Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione »*.
- De Stefani** (1997), *Procedure internazionali di tutela dei diritti umani*, in De Stefani-Leita, cit., 35 ss.
- De Stefani** (1997), *Il diritto alla vita e la sua tutela internazionale*, in De Stefani-Leita, cit, parte I, 34 ss.
- De Stefani-Leita** (1997), *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Padova.
- De Vita** (1998), *Modelli comunitari e disciplina nazionale della concorrenza*, in *Dir. Unione Europea*, 821ss.
- Decaux** (1998), *Les droits fondamentaux en droit international*, in *AJDA*, cit., 66 ss.
- Delmas - Marty** (1997), *Pluralisme et traditions nationales (revendication des droits individuels)*, in Tavernier (dir.), *Quelle Europe*, cit, 81 ss.
- Delmas - Marty** (1995), *Reinventer le droit commun*, Dalloz, Paris, I.
- Di Via** (2000), *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 279 ss.
- Diller** (1999), *Responsabilité sociale et mondialisation: qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?*, in *Rev. Internat du travail*, 107 ss.
- Dupuy** (1996), *Contribution au livre en hommage au Président Guido Gerin*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, Padova, 17.
- Dupuy** (1996), *Le dedoublement du monde*, in *Rev général du dr. public*, 313 ss.
- Dupuy** (1998), *Droit international public*, Paris, 231 ss.
- Éoche-Duval** (1999), *Un Etat peut-il restreindre un corps électoral sans enfreindre les droits de l'homme? A travers l'exemple de la « citoyenneté de la Nouvelle Calédonie, Observations à Cass. 2° ch. Civ., 17 aprile 1999*, in *Rev. trim. dr. h.*, 980.
- Fabris** (1982), *Nuove frontiere del principio di favore*, in *RIDL*, II.
- Fabris** (1982), *Un revirement della Corte di Cassazione: incostituzionalità della norma o interpretazione « incostituzionale » ?*, in *RIDL*, 706 ss.
- Farbis** (1996), *Diritti sociali e regole del mercato - pro-*

Diritti fondamentali al lavoro

Piera Fabris

Bibliografia

spettive per la riapertura del dialogo, in *Lav. giur.*, 625 ss.

Favard (1999), *Le labyrinthe des droits fondamentaux*, in *Dr. soc.*, 215 ss.

Fohrer (1999), *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles.

Forlati (1999), *Relazione all'incontro di studio « Il diritto del lavoro nel fuoco della globalizzazione »*.

Gazzini (2000), *Il contributo della Corte Internazionale di Giustizia al rispetto degli obblighi erga omnes in materia di diritti umani*, in *La Comunità internazionale*, 2000, 42 ss.

Grevisse, 2000, *Le renouveau de la Charte sociale européenne*, in *Dr. soc.*, 2000, 886 ss.

Grinsinir (1999), nota a Tribunal de Grand Instance de Lyon, 16 novembre 1998, in *Dr. ouvrier*, 330 ss.

Groux (1999), *L'entreprise: conflits et régulation(s)*, in *Dr. et soc.*, n. 41, 33 ss.

Ichino (1999), *Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l'organizzazione internazionale del lavoro e l'ordinamento comunitario europeo*, in questa Rivista, 295 ss

Irti (1999), *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *RdC*, I, 22 ss.

Koubi (1997), *Brèves réflexions sur les paradoxes et ambiguïtés des stratégies socio-juridiques des minorités*, in *Rev. trim. dr. hom.*, 407.

L'Oit a 75 ans: les objects, la structure et les méthodes de l'Oit face à l'avenir, in *Regards sur l'avenir de l'Oit*, cit., 307 ss.

Labayle (1998), *Droits fondamentaux et droit européen*, in *AJDA*.

Lachume (1998), *Droits fondamentaux et droit administratif*, in *AJDA*, 92 ss.

Lambert (1997), *Marge national d'application et contrôle de proportionnalité*, in *Sudre (dir.)*, *L'interprétation*, cit., 63 ss

Leita (1997), *Norme internazionali di garanzia dei diritti umani e diritti interni*, in De Stefani-Leita, *La tutela giuridica internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Padova, 75ss.

Levinet (1997), *Recherche sur le fondements du « droit au développement de l'être humain » à partir de l'exemple de la Convention européenne des droits de l'homme*, in Morin (dir.), *Les droits fondamentaux*, Bruxelles, 43 ss.

Lojodice (1998), *Il rispetto dei diritti umani come limite ad ogni regime*, in *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Atti del simposio internazionale (Lecce, 5-7 dicembre 1997), Milano.

Lyon Caen (1991), *Droit social international et communautaire*, Paris.

Madiot (1998), *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles.

Margenau (1997), *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne*, in *Sudre (dir.)*, *L'interprétation*, cit., 231 ss.

Maurer (1999) *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention des droits de l'homme*, Paris, 420 ss.

Monaco (1998), *Nuove considerazioni sul diritto allo sviluppo come diritto dell'uomo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, 297ss.

N.U (1995), *Rapport du Sommet mondial pour le développement social*, del 19 aprile 1995.

Napolitano (2000), *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, *Mercato, concorrenza, regole*, 429ss.

O.C.D.E (1996), *Le commerce, l'emploi et les normes du travail*. Paris.

O.M.C. (1996), *Déclaration ministérielle de Singapour* 18 dicembre 1996.

Oraison (1999), *La Cour internationale de justice, l'art. 38 de son statut et la coutume internationale*, in *Rev. International de sciences diplomatiques et politiques*, 293 ss.

Paladin (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna.

Peces Barba (1993), *Teoria dei diritti fondamentali*, trad.it., Milano.

Piacard (1998), *L'émergence des droits fondamentaux en France*, in Ajda (1998), *(L'actualité juridique droit administratif)*, « *Les droits fondamentaux — une nouvelle catégorie juridique?* », 6 ss.

Picod (1997), *Le juge communautaire et l'interprétation européenne*, in *Sudre (dir.)*, *L'interprétation*, cit.

Pizzorusso (1998), *Les droits fondamentaux en Italie*, in *AJDA*, cit. 59 ss.

Priso-Essawe (1997), *La dignité par le logement: l'art. 1° du Protocole n.1 de la CEDH et la lutte contre la précarité*, in Morin (dir.), *Les droits fondamentaux*, cit., 105 ss.

Priso-Essawe (1998), *Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, in *Rev. Trim. des droits de l'homme*, 721 ss.

Puissochet (1998), *La place du droit international dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, I, Milano, 779 ss.

Radighieri (1999), *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Unione Eur.*, 527 ss.

Rapport du directeur général all'87° sessione della Conf. Internaz. del lavoro, « *Un travail décent* », giugno 1999.

Rapporto del Direttore Generale del BIT alla 85° sessione della Conferenza. Internazionale del Lavoro (1997), 15 ss.

Ray (1999), *A propos de la subsidiarité horizontale*, in *Dr. soc.*, 459 ss.

Risi e Gozi (2000), *Sulla tutela dei diritti dell'uomo e dei « gruppi umani » nell'ordinamento europeo dopo Amsterdam*, in *Affari sociali internazionali*, 109 ss.

Rolland (1990), *Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme*, in Rousseau, *Sudre*

- (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, S.T.H., 70 ss.
- Rossi** (1999), *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, 12 ss.
- Salerno** (1999), voce « Sindacati internazionali », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIV, Torino, 204 ss.
- Sapienza** (1996), *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996.
- Saulle** (1979), *Schiavi lavoratori o lavoratori schiavi?*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 659 ss.
- Saulle** (1999), *Dalla tutela giuridica all'esercizio dei diritti umani*, Napoli 1999, 11 ss.
- Schlesinger** (1999), *I mercati « neri »*, in *RdC*, 187 ss.
- Spielmann** (1997), *Le juge luxembourgeois et la Cour européenne des droits de l'homme*, in Tavernier (dir.), *Quelle Europe*, cit., 293 ss.
- Spielmann** (1997), *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in *Sudre* (dir.), *L'interprétation*, cit., 133 ss.
- Spyropoulos** (1999), *Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation*, in *Dr. soc.*, 230 ss.
- Sudre** (1989), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, 1^o. ed.
- Sudre** (1995), *Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim.dr. h.*, 367 ss.
- Sudre** (1996), *Existe-t-il un ordre public européen?*, entrambi in Tavernier, (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 74 ss.
- Sudre** (1997), *La portée de droit à la non-discrimination: de l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, M.me Doukouré, à l'arrêt de la Cour eur. dr. h. du 16 septembre 1996, Gaygusuz c. Autriche*, in *R.F.D.A.*, 976 ss.
- Sudre** (1997), *Les concepts autonomes de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de l'I.D.E. D.H.*, n. 6.
- Sudre** (1999), *Droit communautaire des droits fondamentaux — Chronique de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, (vol. *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles).
- Sudre** (1999), *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles.
- Sudre** (1999), *Existe-t-il un ordre public européen?*, in Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, 44 ss.
- Supiot** (1999), (a cura di), *Au-delà de l'emploi. Transformation et devenir du droit du travail en Europe*, Paris.
- Tavernier** (1996), *La Cour européenne de droit de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne?*, in Tavernier, (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles.
- Tavernier** (1997), *L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme*, in *Rev. Trim. dr. h.*, 379 ss.
- Tesauro** (1998), *I rapporti tra la Comunità Europea e l'OMC*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, II, Milano, 950 ss.
- Thoemmes**, *La construction du temps de travail: normes sociales ou normes juridiques?*, 15 ss.
- Valticos** (1997), *Unité et diversité des droits de l'homme. Complémentarité ou conflit?*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, cit., 451ss.
- Valticos** (1998), *Normes internationales du travail et droits de l'homme. Où en est-on à l'approche de l'an 2000?*, in *Rev. int. tr.*, 151 ss.
- Vedel**, *De la régulation internalisée à la régulation externalisée dans le domaine des télécommunications*, 47 ss.
- Vogel-Polsky** (1999), *Existe-t-il en droit communautaire une obligation positive des Etats membres qui favorisent la pleine réalisation des droits qu'il consacre?*, in *Studi in onore di G.Giugni*, II, Bari, 1689 ss.
- Wachsmann** (1998), *Participation, communication, pluralisme*, in *Les droits fondamentaux*, in *AJDA*, cit., 165 ss.
- Zanghi** (1998), *Un'altra critica al parere 2/94 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, II, cit., 1102 ss.
- Zarcovich** (1970), *Le programme des Nations Unies pour le développement*, Paris.

Diritti fondamentali al lavoro
Piera Fabris

Bibliografia

Le modifiche apportate alla nuova disciplina in materia di lavoro a tempo parziale in Italia

Marina Mobiglia

Sommario

1. Premessa. **2.** La possibilità di ricorso al *part-time* di tipo misto senza necessità di disposizioni collettive in tal senso. **3.** Le modifiche alla disciplina del lavoro supplementare. **4.** Le modifiche nella gestione delle « clausole elastiche ». **5.** L'arrotondamento ai fini del computo dei lavoratori a tempo parziale nell'organico aziendale. **6.** L'ambito territoriale del diritto di precedenza al passaggio al lavoro a tempo pieno.

1. Premessa.

Il Consiglio dei Ministri ha approvato in via definitiva, in data 23 febbraio 2001, lo schema di D.Lgs. recante « Disposizioni integrative e correttive » del Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 61.

Come noto, con il n. 61/2000, emanato in adempimento della delega contenuta nella Legge Comunitaria 1998 (articolo 1 e allegato A, L. 5 febbraio 1999, n. 25), è stata data attuazione in Italia – seppure in modo non sempre ritenuto adeguato ed aderente allo spirito della disciplina comunitaria (cfr. Biagi 2000a, XII ss.; Di Nunzio, 2001, III ss.; in senso meno critico: D'Andrea A., 2000, 871-872) — alla Direttiva 97/81/CE, la quale ha recepito l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale sottoscritto il 6 giugno 1997 dalle organizzazioni intercategoriale a livello europeo (UNICE, CEEP e CES).

Nel disporre la delega, la L. n. 25/1999 ha previsto all'articolo 1, comma 4, entro due anni dalla sua entrata in vigore — vale a dire entro il 27 febbraio 2001 (1) — e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa stabiliti, la possibilità per il Governo di introdurre « disposizioni integrative e correttive » dei decreti emanati in adempimento della delega, tra i quali rientra, come evidenziato, il D.Lgs. n. 61/2000.

Anche al fine di permettere entro il suddetto termine l'eventuale introduzione delle suddette disposizioni integrative e correttive, il D.Lgs. n. 61/2000, all'articolo 12, ha fissato entro il 31 dicembre 2000 (2) una verifica degli effetti (3) delle disposizioni da esso introdotte, da effettuarsi ad opera del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e delle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, vale a dire gli stessi soggetti che, come avremo modo di ricordare, il decreto stesso ha primariamente designato per l'integrazione dei suoi contenuti. Lo schema di Decreto Legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri reca appunto le

note

(1) La Legge è entrata in vigore il 27 febbraio 1999, essendo stata pubblicata in *G.U.* risale il 12 febbraio 1999.

(2) Sull'inadeguatezza di questi termini, troppo ravvicinati all'entrata in vigore del decreto (e per di più in una materia dove è sovente necessaria l'attesa delle previsioni della contrattazione collettiva) per permettere un adeguato confronto e la verifica degli effetti della disciplina, cfr. Tiraboschi, 2000, 215-219.

(3) Con particolare riguardo alle previsioni dell'articolo 3, comma 2, in materia di lavoro supplementare e all'esigenza di controllare le ricadute occupazionali delle misure di incentivazione economica introdotte.

Le modifiche apportate alla nuova disciplina in materia di lavoro a tempo parziale

Marina Mobiglia

integrazioni e correzioni al Decreto Legislativo n. 61/2000 che sono state ritenute necessarie per una migliore disciplina del lavoro part-time in Italia. È tuttavia mancata, come invece richiesto dall'articolo 12 del Decreto Legislativo n. 61/2000, la verifica con le parti sociali; circostanza questa che, unitamente al clima di forti polemiche tra Governo e parti sociali connesso alla vicenda della trasposizione della direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato, ha non poco contribuito a mettere in crisi, almeno nelle forme in cui è attualmente congegnata, il metodo della concertazione nella trasposizione della normativa comunitaria (v. sul punto le opposte posizioni di Biagi., 2001 e Roccella, 2001).

Scopo del presente lavoro è quello di fornire una prima breve esposizione delle novità introdotte, rimandando, per una trattazione generale della riforma del *part-time* disposta con il Decreto Legislativo n. 61/2000, ai numerosi commenti scritti in merito (cfr. Biagi, 2000b; Tofacchi, Iannella, 2000, XIV; Dal Masso, 2000, 887 ss.; Centofanti, 2000, 505 ss.; Bavaro, 2000a, 113 ss. Id. 2000b, 305 ss.; Miscione, 2000a, 2596 ss.).

Come emergerà nel corso dell'esposizione, in linea generale le nuove disposizioni appaiono volte al raggiungimento di una maggiore flessibilità della gestione del lavoro a tempo parziale, ricercata particolarmente attraverso l'abbandono di alcuni vincoli ancora rinvenibili nel Decreto Legislativo n. 61/2000 e che, oltre a manifestare la persistenza di una certa diffidenza nei confronti del *part-time* (che pure si era cercato di superare con il decreto stesso: cfr. Miscione, 2000b, 3066), potevano indirettamente disincentivare il ricorso a questo istituto.

2. La possibilità di ricorso al *part-time* di tipo misto senza necessità di disposizioni collettive in tal senso.

La prima rilevante modifica apportata al D.Lgs. n. 61/2000 consiste nell'inclusione della definizione (4) di « *rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo misto* » direttamente tra quelle elencate nel suo articolo 1, comma 2 (cui è appositamente aggiunto il punto d-bis), con contestuale eliminazione della previsione secondo la quale i contratti collettivi di riferimento « *possono consentire* » lo svolgimento di lavoro *part-time* di tipo misto, « *provvedendo a determinare le modalità temporali di svolgimento della specifica prestazione lavorativa ad orario ridotto, nonché le eventuali implicazioni di carattere retributivo della stessa* ». È, quindi, reso possibile il ricorso anche a questo tipo di lavoro *part-time* senza necessità di una previa disposizione collettiva che lo autorizzi e lo disciplini (5), né di apposite regole retributive: è stato, quindi, superato un primo approccio di diffidenza verso la commistione di *part-time* verticale ed orizzontale.

3. Le modifiche alla disciplina del lavoro supplementare.

Molteplici sono le novità di rilievo introdotte in materia di lavoro supplementare, regolato in vari commi dell'articolo 3, Decreto Legislativo n. 61/2000. Dal punto di vista sistematico,

note

(4) La definizione in se stessa non cambia: è rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo misto « *quello che si svolge secondo una combinazione delle due modalità* » di tipo orizzontale e verticale ».

(5) Nella nuova disciplina, che modifica il comma 3 dell'articolo 1, Decreto Legislativo n. 61/2000, è previsto che i contratti collettivi di riferimento possano regolare, in generale e non più con riferimento specifico al *part-time* misto, le condizioni e modalità della prestazione lavorativa di tutti i rapporti di lavoro definiti al comma 2. Inoltre, è stabilito che i contratti collettivi nazionali possano, « *altresì, prevedere per specifiche figure o livelli professionali modalità particolari di attuazione delle discipline rimesse alla contrattazione collettiva ai sensi del presente decreto* ». È utile, anche ai fini della seguente trattazione, chiarire che il Decreto Legislativo n. 61/2000 prevede espressamente, appunto all'articolo 1, comma 3, che contratti collettivi di riferimento per la disciplina del *part-time* siano « *i contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, i contratti collettivi territoriali stipulati dai medesimi sindacati ed i contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero con le rappresentanze sindacali unitarie, con l'assistenza dei sindacati che hanno negoziato e sottoscritto il contratto collettivo nazionale applicato* ». Il riferimento alle rappresentanze sindacali unitarie costituisce una novità apportata dallo schema di Decreto Legislativo recentemente approvato. Si ricorda che, a volte, il Decreto Legislativo n. 61/2000 richiede che certe regolamentazioni siano contenute in contratti collettivi di riferimento effettivamente applicati dal datore di lavoro (ad esempio, in tema di lavoro supplementare e di clausole « elastiche », su cui v. *infra*). Può qui essere rilevato che la novella si riferisce, modificando l'articolo 8, comma 2, ai contratti collettivi previsti dall'articolo 1, comma 3, eliminando il riferimento ai contratti collettivi di cui all'articolo 3, comma 7 (vale a dire, specificamente, quelli regolanti le clausole elastiche, su cui v. *infra*) ai fini dell'identificazione del riferimento che il giudice considera per determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione quando il datore abbia ommesso di indicarle.

la più importate sembra essere l'abolizione del vincolo originariamente posto dall'articolo 3, comma 2, lettera a), Decreto Legislativo n. 61/2000, alla contrattazione aziendale e territoriale di non superare, nel determinare il numero massimo delle ore di lavoro supplementare effettuabili in ragione di anno, quello stabilito dai contratti collettivi nazionali di riferimento. Questo cambiamento porta ad una maggiore adattabilità della disciplina anche in considerazione del contesto settoriale e territoriale (in posizione critica rispetto alla disciplina originaria del Decreto Legislativo n. 61/2000, cfr. Biagi, Russo, Tiraboschi, 2000, 69, che lamentavano la scelta in controtendenza rispetto alla spinta, italiana e degli altri Stati europei, verso il decentramento della contrattazione collettiva, e, seppure in toni più sfumati, D'Andrea, 2000, 871).

Un altro impulso di flessibilità affidato alla contrattazione collettiva è dato dalla previsione secondo la quale i contratti collettivi di riferimento possono prevedere per lo svolgimento di lavoro supplementare una percentuale di maggiorazione sull'importo della retribuzione oraria globale di fatto (6).

Correlativamente, alla contrattazione collettiva di riferimento è demandata anche la determinazione della maggiorazione dovuta per le ore di lavoro supplementare di fatto svolte in misura eccedente quella consentita.

In conseguenza di queste novità normative, è stabilito che: (i) solo in attesa della contrattazione di riferimento e solo per le ore svolte entro la misura massima di lavoro supplementare stabilita suppletivamente (7) dal legislatore, è applicata la retribuzione delle ore di lavoro supplementare come ore ordinarie (8); (ii) solo in assenza della determinazione da parte della contrattazione collettiva, è applicata una maggiorazione del 50 per cento per le ore di lavoro supplementare eccedenti la misura consentita (9).

L'ultima modifica sostanziale apportata in tema di lavoro supplementare è la proroga al 30 settembre 2001 (10) del termine massimo di efficacia delle clausole dei contratti collettivi in materia di lavoro supplementare vigenti alla data di entrata in vigore del Decreto Legislativo n. 61/2000 (11).

4. Le modifiche nella gestione delle « clausole elastiche ».

La novella apporta alcuni cambiamenti relativamente alla gestione di quelle che essa definisce espressamente « *clausole elastiche* » (12).

Il nuovo comma 8 dell'articolo 3, Decreto Legislativo n. 61/2000, prevede che i contratti collettivi di riferimento possano prevedere, per il preavviso minimo dovuto al lavoratore in ragione della variazione della collocazione temporale della sua prestazione lavorativa, una durata inferiore a 10 giorni (termine originariamente fissato inderogabilmente). La durata stabilita in sede collettiva non può, comunque, essere inferiore a 48 ore, ed è previsto che

note

(6) Prima la disciplina era concettualmente diversa, perché la retribuzione era fissata come per le ore ordinarie « *salva la facoltà per i contratti* » suddetti di applicare una maggiorazione;

(7) Nella misura del 10 per cento della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale.

(8) Essa era, invece, prevista nel testo d'origine del Decreto Legislativo n. 61/2000 quale disposizione generale, valevole salva diversa determinazione ad opera della contrattazione collettiva. La nuova disciplina sembra voler facilitare, in linea di principio, un maggior compenso per il lavoratore.

(9) La disposizione originaria, invece, fissava questa percentuale in generale e permetteva ai contratti collettivi di riferimento solo di elevarne la misura. La possibilità ora data alla contrattazione collettiva di fissare la maggiorazione anche in misura minore rispetto al 50 per cento rappresenta un'apertura nei confronti dell'istituto. In dottrina si erano già formati orientamenti che lamentavano che la percentuale fissata era troppo elevata e disincentivante (cfr. Biagi, Russo, Tiraboschi (2000), 73-74, pur riconoscendo che tale maggiorazione è preferibile alla sanzione amministrativa prevista antecedentemente alla riforma; in senso favorevole a tale maggiorazione sembrerebbe Viceconte, 2000, 884, laddove la considera un deterrente che « *varrà comunque a contenere gli abusi* »).

(10) La previsione originaria fissava il termine in un anno dall'entrata in vigore del decreto (e quindi, data la sua pubblicazione in G.U. il 20 marzo 2000, nel 4 aprile 2001).

(11) In realtà, vi è anche un'altra modifica nella disciplina, che tuttavia si concreta solo in un'angolazione diversa nell'applicazione della norma, che, sebbene rilevante, non necessita di particolare riflessione: al comma 6, articolo 3, Decreto Legislativo n. 61/2000, con riferimento al diritto di consolidamento delle prestazioni supplementari eccedenti la misura consentita svolte « *in via non meramente occasionale* » dal lavoratore *part-time*, è eliminata la parola « *meramente* ».

(12) Si ricorda che la definizione data nel Decreto Legislativo n. 61/2000 di « *clausole elastiche* » come quelle che danno al datore di lavoro il « *potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale* » non corrisponde integralmente alle - più articolate - definizioni fornite dalla dottrina: cfr. Biagi, Russo, Tiraboschi, 2000, 80, nonché, per la prospettazione di varie tipologie di « *clausola elastica* » Viceconte, 2000, 875 ss.

Le modifiche apportate alla nuova disciplina in materia di lavoro a tempo parziale
Marina Mobiglia

gli stessi contratti collettivi possano (13) prevedere maggiorazioni retributive stabilendone forme, criteri e modalità.

Ai sensi del comma 10 dell'articolo 3, Decreto Legislativo n. 61/2000, come sostituito dal nuovo provvedimento, ferme restando le ragioni della possibile denuncia della clausola « elastica » da parte del lavoratore che l' ha sottoscritta (14), è previsto che, perché sia possibile la denuncia motivata dalla necessità di attendere ad altra attività lavorativa, i contratti collettivi di riferimento possono stabilire che sia decorso dalla data di stipulazione della clausola un periodo superiore ai 5 mesi (15), prevedendo la corresponsione di una indennità (16).

5. L'arrotondamento ai fini del computo dei lavoratori a tempo parziale nell'organico aziendale.

Come noto, il Decreto Legislativo n. 61/2000, all'articolo 6, ha sancito espressamente, come principio generale (17) ai fini legali e contrattuali, il computo tra i dipendenti dell'azienda dei lavoratori a tempo parziale in proporzione all'orario svolto rapportato al tempo pieno (18).

In quest'ambito, la novella è intervenuta a modificare il criterio di arrotondamento (19). È stabilito, infatti, che tale arrotondamento « opera per le frazioni di orario eccedenti la somma degli orari individuati a tempo parziale corrispondente a unità intere di orario a tempo pieno ».

Sebbene questa terminologia appaia piuttosto oscura ad una prima lettura, si può però ipotizzare che con essa il legislatore intenda stabilire che, per poter arrotondare in eccesso il numero dei lavoratori *part-time* considerati nell'organico del datore di lavoro, è prima necessario sommare tutti i rispettivi orari di lavoro, e successivamente dividerli per l'orario normale di riferimento: solo per l'eccedenza di ore residue a copertura di queste « unità intere di orario a tempo pieno », sarà effettuato un arrotondamento, in eccesso, all'unità. Così interpretata, la norma rappresenterebbe un correttivo alla precedente disciplina e permetterebbe, pertanto, di evitare che l'organico delle aziende appaia più esteso del reale (20), come poteva invece avvenire in sede di applicazione dell'originario articolo 6, Decreto Legislativo n. 61/2000 (21).

note

(13) Si noti la mera possibilità che sembra essere stabilita per una convenzione in tal senso. Sembra possibile, quindi, il ricorso ad aggiustamenti temporali con preavviso ridotto anche senza che il lavoratore riceva un compenso per il maggior disagio arrecato alla disponibilità ed organizzazione del proprio tempo libero. In questo caso, il datore di lavoro potrebbe fruire « a costo zero » della maggiore flessibilità garantita dalla nuova norma in esame.

(14) Nella specie, esigenze di carattere familiare; esigenze di tutela della salute certificate dal competente Servizio sanitario pubblico; necessità di attendere ad altra attività lavorativa subordinata o autonoma. Inoltre, esigenze di studio o di formazione ed eventuali ulteriori ragioni obiettive individuate dai contratti collettivi di riferimento, che in questi casi determinano i criteri e le modalità per l'esercizio della possibilità di denuncia.

(15) Per le altre cause di denuncia (lettere *a* e *b*) il termine è di 5 mesi (come, nell'originaria disciplina, per tutte le cause di denuncia, vale a dire anche quella per altra attività lavorativa).

(16) Qui la formulazione testuale della norma sembra indicare che la previsione di una indennità a favore del lavoratore, come contropartita per il maggior vincolo cui è sottoposto, sia obbligatoria.

(17) Cui è fatta eccezione per la disciplina in tema di attività sindacale di cui al Titolo III, St. Lav.

(18) Come definito dal Decreto Legislativo stesso all'articolo 1: « l'orario normale di lavoro di cui all'articolo 13, comma 1, della legge 24 giugno 1997, n. 196, e successive modificazioni, o l'eventuale minor orario normale fissato dai contratti collettivi applicati ».

(19) In verità, un'altra modifica è apportata al testo dell'articolo in questione, ma il suo effetto pratico non pare essere sostanziale. Le parole, riferite ai lavoratori *part-time*, « sono computati nel complesso del numero dei lavoratori dipendenti » hanno sostituito « sono computati nel numero complessivo dei dipendenti ».

(20) Ciò che disincentiva l'utilizzo del *part-time* a causa della volontà datoriale di non sottostare a vincoli e prescrizioni garantistiche. Si noti, inoltre, che una simile lettura potrebbe essere intesa come migliore adattamento alla normativa europea, laddove la si ritenga più aderente al « principio pro rata temporis », applicabile « dove opportuno » ai sensi della clausola 4, paragrafo 2, dell'accordo quadro e laddove si tenga conto del 18° considerando della Direttiva n. 97/81/CE e del 7° considerando dell'accordo quadro (i quali menzionano l'esigenza di evitare l'imposizione di obblighi e vincoli « amministrativi, finanziari e giuridici tali da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese »).

(21) Che stabiliva l'arrotondamento « all'unità della frazione di orario superiore alla metà di quello pieno », interpretato come arrotondamento ad unità tutte le volte che l'orario a tempo parziale era superiore alla metà di quello a tempo pieno. In dottrina il rischio di una sovrastima delle dimensioni dell'organico aziendale è stato evidenziato, ad esempio, da Russo, 2000, 153-155.

æ6. L'ambito territoriale del diritto di precedenza al passaggio al lavoro a tempo pieno.

**Le modifiche apportate
alla nuova disciplina in
materia di lavoro a
tempo parziale**
Marina Mobiglia

A conclusione di questa breve illustrazione delle novità introdotte nella regolamentazione del lavoro a tempo parziale, menzioniamo l'ultima modifica di rilievo sostanziale, vale a dire l'emendamento del comma 2 dell'articolo 5, Decreto Legislativo n. 61/2000, nel senso di ridurre da 100 Km a 50 Km dall'unità produttiva il limite territoriale all'interno del quale il datore di lavoro è tenuto, in caso di assunzione di personale a tempo pieno, a riconoscere un diritto di precedenza in favore dei lavoratori assunti a tempo parziale, con mansioni uguali o equivalenti, presso sue unità produttive. Questa disposizione riduce un vincolo che già era stato ritenuto troppo gravoso per il datore di lavoro ai fini dell'organizzazione della produzione (22).

Bibliografia

- Bavaro** (2000a), *Flessibilità del lavoro: la riforma del part-time*, in L G, 2, 113 ss.
- Bavaro** (2000b), *Post scriptum. Dallo schema al decreto legislativo sul part-time: le ultime modifiche*, in LG, 4, 305 ss.
- Biagi** (2000a), *Introduzione*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, XI ss.
- Biagi** (2000b), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, XI ss.
- Biagi** (2001), *Legge e lavoro: Europa sempre più lontana*, Il Sole 24 Ore, 25 febbraio 2001.
- Biagi, Russo, Tiraboschi** (2000), *Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale. Lavoro supplementare, lavoro straordinario e clausole elastiche*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 61 ss.
- Centofanti** (2000), *Il nuovo contratto di lavoro a tempo parziale: tipo generale e tipo a collocazione temporale elastica*, in LG, 6, 505 ss.
- Dalmasso** (2000), *Gli aspetti sanzionatori della nuova disciplina in tema di rapporto di lavoro a tempo parziale*, in LPO, 5, 887 ss.
- D'Andrea** (2000), *La riforma del rapporto di lavoro a tempo parziale*, in LPO, 5, 849 ss.
- Di Nunzio** (2001), *La riforma del part-time*, in DPL, 1, Inserto n. 1, III ss.
- Miscione** (2000a), *Trasformazione dal tempo pieno al part time e dal part time al tempo pieno*, in DPL, 37, 2596 ss.
- Miscione** (2000b), *Nessun limite per il lavoro a tempo parziale*, in DPL, 44, 3065 ss.
- Roccella** (2001), *Direttive, Italia nel solco UE*, Il Sole 24 Ore, 28 febbraio 2001.
- Russo** (2000), *Criteri di computo dei lavoratori a tempo parziale*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 151 ss.
- Russo, Tiraboschi** (2000), *Tutela ed incentivazione del lavoro a tempo parziale*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 107 ss.
- Tiraboschi** (2000), *Verifica*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 215 ss.
- Tofacchi, Iannella** (2000), *Part-time: uno strumento di flessibilità*, in *La nuova disciplina del part-time*, in DPL, Inserto n. 16, XIV ss.
- Viceconte** (2000), *La clausola elastica ed il lavoro supplementare nella nuova normativa sul part-time. Nuove opportunità di lavoro? Prime riflessioni*, in LPO, 5, 873 ss.

(22) In questo senso, Russo, Tiraboschi, 2000, 127.

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro a termine in Germania

Sommario

1. Nota introduttiva di Michele Tiraboschi. 2. Allegato. *Legge sul lavoro part-time e sui contratti di lavoro a tempo determinato e l'emendamento e l'abrogazione di disposizioni di diritto del lavoro del 21 dicembre 2000.*

1. Nota introduttiva di Michele Tiraboschi

Il 16 novembre 2000 il Parlamento tedesco ha approvato — non senza polemiche (cfr. Fatiguso, *In Germania è polemica sulla riforma, Il Sole 24 Ore del 6 febbraio 2001*) — una nuova legge di regolamentazione del lavoro a tempo parziale e del lavoro a tempo determinato (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge*), che si riporta integralmente in allegato (*). La legge è formalmente entrata in vigore il 1° gennaio 2001: data in cui, contestualmente, ha avuto luogo l'abrogazione della Legge 26 aprile 1985 recante norme per la promozione dell'occupazione, che conteneva la disciplina previgente del lavoro a termine e del lavoro a tempo parziale (cfr. Weiss - Schmidt, *Job Creation Policies in Germany*, in Biagi (ed.), *Job Creation and Labour Law*, Kluwer, 2000, spec. 159-162, nonché le notazioni fortemente critiche contenute in Buschmann - Walter, *The Role of Labour Law and The Social Partner in Job Creation Policies: A German Perspective*, ivi, spec. 173-176).

La nuova disciplina recepisce nell'ordinamento tedesco sia la Direttiva europea sul lavoro a tempo parziale n. 97/81/CE del 15 dicembre 1997 (cfr. Tiraboschi, *Le prospettive di regolamentazione del lavoro a tempo parziale in Italia e in Europa: vincoli, incentivi e opportunità*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, 2000, spec. 18-20) sia la Direttiva europea sul lavoro a tempo determinato n. 99/70/CE del 28 giugno 1999 (cfr. l'ampia sintesi pubblicata sul numero 304 - maggio 1999 dell'*European Industrial Relations Review*, 14-17, cui adde gli interventi di commento apparsi sul n. 2/1999 dell'*International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*).

In linea con le indicazioni contenute nelle guidelines annuali per l'occupazione del Consiglio Europeo (cfr., da ultima, la *Decisione del Consiglio relativa agli Orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione per il 2001*, COM, e ivi, in particolare, la linea guida n. 14), l'obiettivo perseguito dal legislatore tedesco nella trasposizione della normativa comunitaria è stato quello di contribuire alla modernizzazione della organizzazione del lavoro e delle forme di lavoro « al fine di rendere produttive e competitive le imprese, di raggiungere l'equilibrio necessario tra flessibilità e sicurezza e di migliorare la qualità del lavoro » (cfr., infatti, il programma di modernizzazione dei rapporti di lavoro indicato nel Piano Nazionale per l'Occupazione Tedesco del 2000, in « <http://www.europa.eu.int/comm/employment-social/>

note

(*) La legge recepisce un disegno di legge presentato dalla coalizione di governo il 27 settembre 2000. Si veda il testo riportato al sito Internet del *Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung* all'indirizzo: « <http://www.bma.bund.de/download/gesetz/teilzeitgesetz.htm> ».

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale in Germania

Michele Tiraboschi

empl&esf/naps00/naps-en.htm In effetti, nonostante la normativa del 1985 ora abrogata si fosse prefissata — sia pure solo temporaneamente (la durata iniziale della legge era infatti di soli cinque anni, ed è stata poi prorogata di altri cinque) — una maggiore diversificazione e flessibilizzazione delle tipologie di lavoro subordinato, le ricerche empiriche indicano come questa disciplina abbia poco inciso sulla diffusione di queste due tipologie contrattuali.

Un recente studio del 'Institute für Arbeitsmarkt - Und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit (IAB) indica, in particolare, che tra l'anno di promulgazione della legge del 1985 sulla promozione della occupazione e il 1995 il numero complessivo di lavoratori assunti con contratto a tempo determinato non è variato in modo significativo. Solo a partite dal 1996, grazie anche alla estensione da 18 a 24 mesi della durata massima del contratto, il numero di assunzioni a tempo determinato a registrato un incremento dell'1,5 per cento (IAB Kurzbbericht, Nr. 12/2000). Complessivamente, il numero di lavoratori a tempo determinato è pari 6.8 per cento degli occupati nei territori della Germania dell'Ovest e al 6.5 per cento nella Germania dell'Est. (Tale percentuale aumenta in modo significativo, e precisamente dal 6.5 al 13.1 per cento, per la Germania dell'Est se si computano anche i lavoratori assunti a termine nell'ambito di programmi ad hoc di job creation promossi dall'Ufficio federale del lavoro). Anche con riferimento al lavoro a tempo parziale, la legge del 1985 non ha contribuito ad una maggiore diffusione di tale tipologia contrattuale. Solo recentemente, grazie ad alcuni interventi normativi volti ad aumentare le convenienze dei lavoratori e datori di lavoro (cfr. Tiraboschi, *Le prospettive di regolamentazione del lavoro a tempo parziale ecc.*, cit., 22-23), il lavoro a tempo parziale ha registrato un significativo incremento (cfr. Weiss - Schmidt, *Job Creation Policies in Germany*, cit., 161-162), ma sempre con percentuali inferiori rispetto a quelle di Paesi come l'Olanda, la Svezia e il Regno Unito. Lo schema del lavoro a tempo parziale riguarda oggi meno del 20 per cento della forza-lavoro, rimanendo in ogni caso sostanzialmente circoscritto al lavoro femminile (v. tabella).

Lavoro a tempo pieno e lavoro a tempo parziale in Germania

Orario settimanale standard	Germania dell'Ovest			Germania dell'Est			Germania		
	Uomini	Donne	Totale	Uomini	Donne	Totale	Uomini	Donne	Totale
Full Time *	95	58	78	97	76	87	95	61	80
Part-Time **	5	42	22	3	24	13	5	39	20
1-14 ore	16	22	21	(25)	6	8	17	20	10
15-17 ore	4	9	8	(5)	4	4	4	8	8
18-29 ore	55	56	56	(55)	48	48	55	55	55
30-34 ore	25	13	15	(15)	42	40	24	17	18

Fonte: *Arbeitszeit '99. Arbeitszeitformen und - Wünsche der Beschäftigten - mit Spezialteil zu Arbeitszeitkonten*, Hermann Gross/Eva Muntz, in Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Soziales und Stadtentwicklung, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf

* Full-time: settimana lavorativa di 35 ore o più ore;

** Part-time work: settimana lavorativa al di sotto delle 34 ore.

Il testo della legge qui di seguito riprodotto consente di apprezzare i principali contenuti della riforma (cfr., per un confronto con la disciplina previgente, Buschmann, *La disciplina dei rapporti di lavoro a termine nella RFT*, in *QDLRI*, 2000, 217-232; Weiss - Schmidt, *Federal Republic of Germany*, in Blanpain (ed.), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, 2000, 54-55). In estrema sintesi si segnala che:

a) con riferimento al lavoro a tempo parziale la nuova disciplina contiene:

— una definizione di « lavoratore a tempo parziale » e di « lavoratore a tempo pieno comparabile » in linea con la Direttiva europea n. 97/81/CE;

— un apparato normativo volto a potenziare il principio di non discriminazione tra lavoratore a tempo parziale e lavoratore a tempo pieno comparabile, formalmente sancito già con la legge del 1985, fermo restando il riconoscimento — non contemplato dalla legislazione italiana (cfr. Salomone, Art. 4 - Principio di non discriminazione, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, cit., 96-98) — di ragioni tecniche che giustifichino un diverso trattamento, secondo quanto espressamente previsto dalla Direttiva europea n. 97/81/CE;

-il riconoscimento a favore del lavoratore con una anzianità di servizio presso la stessa azienda pari a sei mesi del diritto di ridurre l'orario di lavoro settimanale, a meno che non

sussistano motivate ragioni aziendali (sul modello della legislazione olandese: cfr. Tiraboschi, *Le prospettive di regolamentazione del lavoro a tempo parziale ecc.*, cit., 22). Tale previsione trova tuttavia applicazione soltanto nelle imprese con più di quindici dipendenti;

— l'obbligo in capo al datore di lavoro di informare i lavoratori e le rappresentanze sindacali circa i posti di lavoro vacanti;

— il diritto per i lavoratori a tempo parziale di partecipare a tirocini e corsi di perfezionamento professionale, fatte salve importanti esigenze aziendali);

— una disciplina alquanto flessibile del lavoro a chiamata, subordinata a un preavviso di quattordici giorni;

— una disciplina del lavoro ripartito (c.d. job sharing), inteso alla stregua di una specie del lavoro a tempo parziale, diversamente dall'opzione accolta in Italia dalla circolare del Ministero del lavoro 7 aprile 1998, n. 43;

b) con riferimento al lavoro a tempo determinato la nuova disciplina contiene:

— un elenco delle ipotesi che, sulla base di ragioni tecniche, consentono l'assunzione a tempo determinato. In caso di prima assunzione, il contratto a tempo determinato senza la presenza di una ragione tecnica è consentito per una durata massima di due anni, mentre il requisito della ragione tecnica non è previsto nei casi in cui il lavoratore abbia più di 58 anni. Giova rilevare, per inciso, che è proprio su questo aspetto che, in Italia, si è recentemente arenata la trattativa tra le parti sociali con riferimento alla trasposizione della Direttiva europea n. 99/70/CE: parte del sindacato si oppone a una riforma della Legge n. 230/1962 che non faccia riferimento alla specificazione delle causali che giustificano l'assunzione a termine. La bozza di accordo tra Confindustria e CGIL-CISL-UIL si limita infatti a parlare di « ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo »);

— l'obbligo della forma scritta (che non è invece previsto nel caso di lavoro a tempo parziale);

— il diritto per i lavoratori a tempo parziale di partecipare a tirocini e corsi di perfezionamento professionale, fatte salve importanti esigenze aziendali);

— l'obbligo in capo al datore di lavoro di informare i lavoratori circa i posti di lavoro a tempo indeterminato vacanti e le rappresentanze sindacali circa il numero di lavoratori a tempo determinato sul totale dei dipendenti;

— la previsione di un principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a termine, secondo quanto espressamente previsto dalla Direttiva europea n. 99/70/CE.

A conclusione di queste brevi note introduttive resta da rilevare come, nonostante si tratti di una legislazione particolarmente flessibile se comparata con quella italiana, il sindacato tedesco abbia accolto di buon grado i contenuti della riforma, che viene indicata come uno dei possibili strumenti per contrastare la disoccupazione e consentire una migliore integrazione tra tempi di vita e tempi di lavoro. Maggiore enfasi viene naturalmente posta sul lavoro a tempo parziale, visto che il lavoro a tempo determinato viene spesso percepito come possibile fonte di abusi alla stregua di una sorta di estensione del periodo di prova (cfr. la posizione del vice-presidente della DGB, Ursula Engelen-Kefer, in <http://www.dgb.de/cgi/meldungen/index.cgi?id=1095>).

Ben diversa è stata invece la reazione delle associazioni datoriali, che hanno giudicato troppo restrittiva la regolamentazione del lavoro a tempo parziale e del lavoro a tempo determinato. Con riferimento al lavoro a tempo determinato, in particolare, sono state ora introdotte ipotesi tipiche di assunzione a termine, laddove la disciplina previgente, frutto di una elaborazione giurisprudenziale convalidata dalla legge sulla promozione della occupazione del 1985, poneva l'unico limite generale della sussistenza di una giustificazione oggettiva (Buschmann, *La disciplina dei rapporti di lavoro a termine nella RFT*, cit., 222 e 225). Con riferimento al lavoro a tempo parziale l'introduzione di un diritto in capo al lavoratore di ridurre l'orario di lavoro è stato visto come un ulteriore ostacolo alla diffusione di questa particolare tipologia contrattuale, che nel complesso risulterebbe ulteriormente irrigidita. Quanto basta per far sostenere alla Confindustria tedesca che la tecnica traspositiva sottesa alla nuova disciplina del lavoro a termine e del lavoro a tempo parziale tradisce lo spirito della normativa comunitaria (cfr. la posizione della BDA in « [rshhttp://www.bda-online.de](http://www.bda-online.de) »). Nell'ottica di un osservatore italiano, e senza entrare nel merito della polemica tra DGB e BDA, non si può in ogni caso non segnalare come la nuova disciplina del lavoro a tempo determinato confermi una differenziazione geografica nel suo utilizzo: nella Germania dell'Est, infatti, la possibilità di assumere un lavoratore a tempo determinato è stata stimata sei volte maggiore rispetto alla Germania dell'Ovest (Fatiguso, *In Germania è polemica sulla riforma*, cit). Ed in effetti una delle causali di legittima opposizione del termine è rappresentata dalla ipotesi in cui il

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale in Germania

Michele Tiraboschi

lavoratore dipendente venga compensato con risorse di bilancio destinate a finanziare programmi di job creation nella Germania dell'Est.

Quanto basta per confermare l'interesse a un approfondimento della comparazione tra la disciplina tedesca e quella di un Paese come l'Italia che registra differenziali territoriali non dissimili da quelli tra Germania dell'Ovest e Germania dell'Est.

2. Allegato. Legge sul lavoro part-time e sui contratti di lavoro a tempo determinato e l'emendamento e l'abrogazione di disposizioni di diritto del lavoro del 21 dicembre 2000 (*)

Legge

sul lavoro part-time e sui contratti di lavoro a tempo determinato e l'emendamento e l'abrogazione di disposizioni di diritto del lavoro

Del 21 dicembre 2000

Il parlamento federale ha approvato la seguente legge:

Articolo 1

Legge sul lavoro part-time e sui contratti di lavoro a tempo determinato
(legge sul part-time e sul tempo determinato)

Parte prima

Disposizioni generali

1

Obiettivo

L'obiettivo della legge e quello di promuovere il lavoro part-time, di stabilire i requisiti per l'ammissibilità dei contratti di lavoro a tempo determinato e di evitare la discriminazione dei dipendenti part-time e dei lavoratori dipendenti a tempo determinato.

2

Spiegazione del termine dipendente part-time

Un dipendente part-time è un lavoratore, il cui orario di lavoro settimanale è più breve di quello di un corrispondente dipendente a tempo pieno. Se non è stato concordato un orario di lavoro settimanale normale, un lavoratore è da definirsi dipendente part-time, se le sue ore lavorative impiegate nel periodo lavorativo di un anno sono inferiori alla media di quelle di un corrispondente dipendente a tempo pieno. Come termine di paragone si prende in considerazione un dipendente a tempo pieno dell'azienda con lo stesso tipo di rapporto di lavoro e con la stessa o analoga attività. Se nell'azienda non vi sono dipendenti a tempo pieno paragonabili, il dipendente a tempo pieno preso a paragone dovrà essere stabilito in base al contratto collettivo di lavoro applicabile; in tutti gli altri casi bisognerà prendere come termine di paragone, chi viene considerato normalmente come dipendente a tempo pieno paragonabile nel rispettivo settore d'attività.

È, inoltre, considerato dipendente part-time, chi eserciti una piccola occupazione secondo il § 8 comma 1 n. 1 del quarto libro della legislazione previdenziale.

3

Spiegazione del termine lavoratore dipendente a tempo determinato

Un lavoratore a tempo determinato è un dipendente con un contratto di lavoro limitato ad un periodo di tempo ben preciso. Un contratto di lavoro stipulato per un periodo ben preciso (contratto a termine) è da considerarsi tale, se la sua durata è stata stabilita nel tempo (contratto a termine nel tempo) o se nasce per tipo, motivo o caratteristica delle prestazioni d'opera (contratto a termine per prestazione d'opera).

Un lavoratore dipendente a tempo indeterminato di un'azienda può essere preso come termine di paragone, se svolge la stessa o simile attività. Se nell'azienda non vi sono lavoratori dipendenti a tempo indeterminato paragonabili, il lavoratore dipendente a tempo indeterminato paragonabile deve essere stabilito in base al contratto collettivo di lavoro applicabile; in tutti gli altri casi bisognerà prendere come termine di paragone, chi viene considerato normalmente come lavoratore dipendente a tempo indeterminato paragonabile nel rispettivo settore d'attività.

4

Divieto di discriminazione

Durante il lavoro un dipendente part-time non può essere trattato in modo peggiore rispetto ad un dipendente a

(*) La traduzione è a cura della International Language School di Roma. Si ringraziano per il testo Stefano Parisi e Giorgio Usai di Confindustria.

tempo pieno paragonabile, a meno che ragioni tecniche giustifichino un trattamento diverso. Un dipendente part-time ha il diritto di ricevere un salario ovvero un'altra prestazione in denaro, che corrisponda almeno alla parte di tempo lavorato paragonato al tempo di lavoro di un dipendente a tempo pieno.

Durante l'orario di lavoro un lavoratore dipendente a tempo determinato non può essere trattato in modo peggiore rispetto un corrispondente dipendente a tempo indeterminato, a meno che ragioni tecniche giustifichino un trattamento diverso. Un dipendente a tempo determinato ha il diritto di ricevere un salario ovvero un'altra prestazione di denaro per un dato periodo di tempo, corrispondente almeno alla durata dell'occupazione nel periodo concordato. Se particolari condizioni lavorative dipendono dalla durata del rapporto di lavoro all'interno della stessa azienda o impresa, a parità di anzianità di servizio i dipendenti a tempo determinato hanno diritto ad un uguale trattamento rispetto i dipendenti a tempo indeterminato, a meno che ragioni tecniche giustifichino un trattamento diverso.

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale in Germania

5

Divieto di discriminazione

Il datore di lavoro non può discriminare un lavoratore dipendente che rivendichi i suoi diritti secondo questa legge.

Parte seconda

II lavoro part-time

6

Sviluppo del lavoro part-time

Il datore di lavoro deve assicurare la possibilità di un lavoro part-time a norma di questa legge anche ai dipendenti dirigenti.

7

Bando di concorso

Informazioni sui posti di lavoro vacanti

Il datore di lavoro deve bandire il concorso per un posto di lavoro vacante pubblicamente oppure all'interno dell'azienda, anche come posto di lavoro part-time, se considerato adatto.

Il datore di lavoro deve informare il lavoratore dipendente, che ha espresso il desiderio di cambiare durata e distribuzione dell'orario di lavoro concordato contrattualmente, sui rispettivi posti di lavoro ancora liberi nell'azienda o nell'impresa.

Il datore di lavoro deve informare la rappresentanza del personale sui lavori part-time nell'azienda e nell'impresa, in particolare sui posti di lavoro part-time già esistenti oppure programmati, così come sulle trasformazioni di posti di lavoro part-time in posti di lavoro a tempo pieno o viceversa. La documentazione necessaria dovrà essere messa a disposizione della rappresentanza del personale, che ne faccia richiesta; § 92 della legge sull'ordinamento aziendale rimane invariato.

8

Riduzione dell'orario lavorativo

Un lavoratore dipendente, con un'anzianità di servizio presso la stessa azienda superiore a sei mesi, può esigere di ridurre il suo orario lavorativo stabilito contrattualmente.

Il lavoratore dipendente che voglia rivendicare il diritto ad una riduzione del suo orario di lavoro dovrà presentare domanda specificando anche l'entità della riduzione almeno tre mesi prima dell'inizio del nuovo orario di lavoro. In quell'occasione dovrebbe indicare la distribuzione desiderata dell'orario lavorativo.

Il datore di lavoro dovrà discutere della riduzione richiesta dell'orario lavorativo con il lavoratore dipendente, al fine di raggiungere un accordo. Egli dovrà, inoltre, concordare con il lavoratore dipendente la distribuzione dell'orario.

Il datore di lavoro dovrà approvare la riduzione dell'orario lavorativo e fissare la sua distribuzione, così come richiesta dal lavoratore dipendente, se non vi sono motivi aziendali che lo impediscano. Il datore di lavoro può reclamare il motivo aziendale al fine di ricusare la domanda di riduzione, se la stessa, una volta accolta, potesse recare danni essenziali all'organizzazione, allo svolgimento lavorativo o alla sicurezza nell'azienda ovvero procurare spese sproporzionate. I motivi di ricusazione possono essere stabiliti tramite il contratto collettivo di lavoro. Al di fuori dell'ambito di applicazione, i datori di lavoro e i lavoratori dipendenti non vincolati da un contratto collettivo di questo genere, possono concordare l'uso della regolamentazione contrattuale dei motivi di ricusazione. Il datore di lavoro dovrà riferire al lavoratore dipendente la decisione presa sulla riduzione dell'orario lavorativo e sulla sua distribuzione per iscritto, entro un mese dall'inizio della riduzione richiesta. Se il datore di lavoro e il lavoratore dipendente non hanno raggiunto un accordo sulla riduzione dell'orario lavorativo secondo il comma 3 frase 1 e se il datore di lavoro non ha respinto la domanda di riduzione dell'orario lavorativo per iscritto entro un mese dal suo inizio, l'orario di lavoro verrà ridotto secondo la richiesta fatta dal lavoratore dipendente. Se il datore di lavoro e il lavoratore dipendente non hanno raggiunto un'intesa sulla distribuzione dell'orario di lavoro secondo il comma 3 frase 2 e se il datore di lavoro non ha respinto la domanda di distribuzione dell'orario lavorativo per iscritto entro un mese dall'inizio dell'orario lavorativo ridotto, la distribuzione dell'orario di lavoro verrà attuata secondo la richiesta fatta dal lavoratore dipendente. Il datore di lavoro potrà nuovamente modificare la distribuzione dell'orario lavorativo stabilito secondo frase 3 o il comma 3 frase 2, se l'interesse dell'azienda supera di molto l'interesse del lavoratore dipendente e se il datore di lavoro ha comunicato per iscritto questo cambiamento con minimo un mese di anticipo.

Il lavoratore dipendente potrà richiedere nuovamente una riduzione dell'orario lavorativo dopo due anni dall'approvazione o dalla legittima ricusazione della domanda di riduzione da parte del datore di lavoro.

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale in Germania

Il diritto di riduzione dell'orario lavorativo si può far valere a condizione che il datore di lavoro impieghi di norma oltre 15 lavoratori dipendenti, esclusi i lavoratori in addestramento professionale.

9

Prolungamento dell'orario di lavoro

Il datore di lavoro ha il dovere di privilegiare la richiesta di un lavoratore part-time, il quale abbia espresso desiderio di prolungare il suo orario di lavoro stabilito contrattualmente, nel caso ci fosse un posto vacante con le stesse qualifiche, tranne quando vi sono motivi aziendali importanti oppure richieste riguardanti l'orario lavorativo da parte di altri dipendenti part-time.

10

Tirocinio e corsi di aggiornamento

Il datore di lavoro deve assicurarsi, che anche i lavoratori dipendenti part-time possano partecipare a tirocini e corsi di aggiornamento per promuovere lo sviluppo e la mobilità del lavoro, tranne quando vi sono motivi aziendali importanti oppure richieste riguardanti i tirocini e i corsi di aggiornamento da parte di altri dipendenti part-time o lavoratori a tempo pieno.

11

Divieto di licenziamento

Un lavoratore non può essere licenziato soltanto perché egli abbia rifiutato il passaggio da un orario lavorativo a tempo pieno ad un orario part-time o viceversa, dato che questo licenziamento non avrebbe nessun valore. Il diritto di licenziamento di un rapporto di lavoro rimane comunque invariato per quanto riguarda altri motivi.

12

Lavoro a richiesta

Il datore di lavoro e il lavoratore dipendente possono concordare che quest'ultimo esegua la propria prestazione di lavoro a seconda del volume di lavoro (lavoro a richiesta). L'accordo deve stabilire una certa durata dell'orario lavorativo settimanale e giornaliero. Nel caso che non si sia stabilito la durata dell'orario lavorativo settimanale, viene applicato un orario lavorativo di dieci ore. Nel caso che non si sia stabilito un orario lavorativo giornaliero, il datore di lavoro deve fare valere la prestazione lavorativa del dipendente calcolando come minimo tre ore consecutive.

Il lavoratore dipendente è soltanto costretto ad eseguire una prestazione di lavoro, se il datore di lavoro gli comunica la situazione del suo orario lavorativo con minimo quattro giorni di anticipo.

Con il contratto collettivo di lavoro si può derogare dal comma 1 e 2 a favore del lavoratore dipendente, se il contratto collettivo prevede la regolamentazione sull'orario lavorativo giornaliero e settimanale e sul suo termine di preavviso. Al di fuori dell'ambito di applicazione, i datori di lavoro e i lavoratori dipendenti non vincolati da un contratto collettivo di questo genere, possono concordare l'uso della regolamentazione contrattuale sul lavoro a richiesta.

13

Ripartizione del lavoro

Il datore di lavoro e il lavoratore dipendente possono concordare che diversi lavoratori si dividano l'orario lavorativo sul posto di lavoro (ripartizione del lavoro). Se uno dei lavoratori ha un impedimento e non può eseguire la prestazione lavorativa, gli altri lavoratori hanno l'obbligo di sostituirlo, se avevano approvato la sostituzione nel singolo caso. Inoltre vi è l'obbligo di sostituzione, se il contratto di lavoro prevede una sostituzione per motivi aziendali urgenti e se questa sostituzione è ritenuta accettabile nel singolo caso.

Se un lavoratore dipendente si ritira dalla ripartizione del lavoro, il conseguente licenziamento di uno degli altri dipendenti coinvolto nella ripartizione del lavoro, da parte del datore di lavoro, non ha nessun valore. Il diritto di modifica del licenziamento per questa ragione e di un rapporto di lavoro per altri motivi, rimane comunque invariato.

I Comma 1 e 2 dovranno essere applicati se gruppi di lavoratori dipendenti si alternano su determinati posti di lavoro durante un periodo di tempo stabilito, senza che vi sia una ripartizione del lavoro secondo il comma 1.

Con il contratto collettivo di lavoro si può derogare dal comma 1 e 3 a favore del lavoratore dipendente, se il contratto collettivo prevede la regolamentazione sulla sostituzione dei lavoratori dipendenti. Al di fuori dell'ambito di applicazione, i datori di lavoro e i lavoratori dipendenti non vincolati da un contratto collettivo di questo genere, possono concordare l'uso della regolamentazione contrattuale sulla ripartizione del lavoro.

Parte terza

Contratti di lavoro a tempo determinato

14

Ammissibilità per il contratto a tempo determinato

Il contratto di lavoro a tempo determinato è concesso, se giustificato da ragioni tecniche. Una ragione tecnica è tale se:

1. L'azienda ha bisogno soltanto temporaneamente di una prestazione di lavoro;

2. il contratto a termine viene applicato dopo un tirocinio oppure un percorso di studio, per facilitare il lavoratore nel passaggio verso il mondo del lavoro;
3. il lavoratore viene assunto per sostituire un altro dipendente;
4. la caratteristica della prestazione di lavoro giustifica il contratto a termine;
5. il contratto a termine viene applicato per un periodo di prove;
6. motivi inerenti alla persona stessa del lavoratore giustificano il contratto a termine;
7. il lavoratore dipendente viene compensato delle risorse di bilancio, che sono destinate finziamente ad un'occupazione a tempo determinato, e conformemente a ciò viene assunto;
8. il contratto a termine si basa su un concordato giudiziario.

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale in Germania

Il contratto a tempo determinato senza la presenza di una ragione tecnica è consentito per una durata massima di due anni; entro questo periodo di due anni è anche consentito prolungare un contratto di lavoro a tempo determinato per al massimo tre volte. Non è ammesso un contratto a termine secondo la frase 1, se precedentemente esisteva già un rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato con lo stesso datore di lavoro. Con il contratto collettivo di lavoro si possono stabilire il numero di proroghe possibili oppure la durata massima del termine, in deroga alla frase 1. Al di fuori dell'ambito di applicazione, i datori di lavoro e i lavoratori dipendenti non vincolati da un contratto collettivo di questo genere, possono concordare l'uso della regolamentazione contrattuale.

Il contratto di lavoro a termine non necessita di una ragione tecnica, se il lavoratore dipendente ha compiuto 58 anni all'inizio del rapporto lavorativo a tempo determinato. Il contratto di lavoro a tempo determinato non è ammesso, se esiste una relazione tecnica con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato con lo stesso datore di lavoro. Una tale relazione tecnica si presume quando sia trascorso un periodo di tempo inferiore ai sei mesi tra un contratto di lavoro e l'altro

Un contratto di lavoro a tempo determinato deve essere redatto per iscritto per essere efficace.

15

Scadenza del contratto di lavoro a tempo determinato

Un contratto di lavoro a tempo determinato nel tempo termina allo scadere del tempo concordato.

Un contratto di lavoro a tempo determinato per prestazioni d'opera, fatto per raggiungere un certo fine, termina non appena questo fine è stato raggiunto, oppure dopo due settimane dal ricevimento da parte del datore di lavoro della comunicazione scritta dal lavoratore.

Un rapporto di lavoro a tempo determinato è solamente soggetto a un licenziamento ordinario, se è stato concordato come contratto individuale oppure all'interno del contratto collettivo applicabile.

Se un rapporto di lavoro è stato stabilito per un certo periodo di vita di una persona oppure per un periodo oltre ai cinque anni, il lavoratore può essere licenziato dal datore di lavoro allo scadere dei cinque anni. Il periodo di preavviso è di sei mesi.

Se il rapporto di lavoro continua dopo lo scadere del periodo di tempo previsto oppure dopo il raggiungimento del fine concordato, e se il datore di lavoro ne è a conoscenza, esso viene prolungato a tempo indeterminato, se il datore di lavoro non si oppone immediatamente oppure se non comunica subito al lavoratore che il fine concordato è stato raggiunto.

16

Conseguenze del contratto a tempo determinato inefficace

Se il contratto di lavoro a tempo determinato è privo d'effetto giuridico, il contratto è da considerarsi stipulato per un periodo di tempo indeterminato; il datore di lavoro può al limite licenziarlo in modo ordinario non appena il contratto abbia raggiunto il termine concordato, almeno che il licenziamento ordinario non possa avvenire prima secondo il § 15 comma 3. Se il contratto non è considerato valido soltanto perchè non redatto per iscritto, allora può essere licenziato in modo ordinario anche prima della sua scadenza concordata.

17

Adizione al tribunale del lavoro

Se il lavoratore dipendente vuole dimostrare che un contratto di lavoro a tempo determinato è privo d'effetto giuridico, deve intentare un'azione d'accertamento al tribunale del lavoro entro tre mesi dopo la scadenza concordata del suo contratto di lavoro a tempo determinato, contestando la fine del rapporto di lavoro. Sono validi i §§ 5 fino 7 della legge per la tutela contro il licenziamento. Se il rapporto di lavoro viene prolungato oltre la scadenza concordata, la proroga vale secondo frase 1, con la dichiarazione scritta del datore di lavoro, che il rapporto di lavoro è finito a causa della scadenza del tempo stabilito.

18

Informazioni sui posti di lavoro a tempo indeterminato

Il datore di lavoro ha il dovere di informare il lavoratore a tempo determinato sui relativi posti di lavoro a tempo indeterminato ancora liberi. Questa informazione può essere data tramite un annuncio generico in un luogo adeguato e accessibile ai lavoratori dipendenti, all'interno dell'azienda e dell'impresa.

19

Tirocinio e corsi d'aggiornamento

Il datore di lavoro deve assicurarsi, che anche i lavoratori dipendenti a tempo determinato possano partecipare a tirocini e corsi di aggiornamento per promuovere lo sviluppo e la mobilità del lavoro, tranne quando vi sono motivi aziendali importanti oppure richieste riguardanti i tirocini e i corsi di aggiornamento da parte di altri lavoratori dipendenti.

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale in Germania

20

Informazioni alla rappresentanza del personale

Il datore di lavoro ha il dovere di informare la rappresentanza del personale sul numero di lavoratori a tempo determinato e sul loro numero rispetto ai dipendenti totali dell'azienda e dell'impresa.

21

Contratti di lavoro soggetti a condizione risolutiva

Se il contratto di lavoro viene stipulato secondo una condizione risolutiva, trovano applicazione *mutatis mutandis* il § 4 comma 2, § 5, § 14 comma 1 e 4, § 15 comma 2, 3 e 5, ole ai §§ 16 fino 20.

Parte quarta
Disposizioni comuni

22

Accordi derogatori

Tranne nei casi di § 12 comma 3, § 13 comma 4 e § 14 comma 2 frasi 3 e 4, non si può derogare dalle norme di questa legge a favore del lavoratore dipendente.

2) Se un contratto collettivo per il servizio pubblico include delle normative nel senso del § 8 comma 4 frasi 3 e 4, § 12 comma 3, § 13 comma 4, 14 comma 3 frasi 3 e 4 oppure § 15 comma 3, allora queste normative valgono anche tra datori di lavoro e lavoratori dipendenti non vincolati da un contratto collettivo al di fuori dal servizio pubblico, se l'uso delle normative valide per il contratto collettivo del servizio pubblico è stato concordato da loro, e se i datori di lavoro coprono le spese dell'azienda principalmente con gli incentivi secondo il diritto del bilancio.

23

Regolamentazioni legali particolari

Le regolamentazioni legali particolari sul lavoro part-time e sui contratti di lavoro a tempo determinato che seguono altre disposizioni legali, rimangono invariate.

Articolo 2

Modifica del Codice Civile

Il Codice Civile pubblicato nella versione rettificata nella Gazzetta Ufficiale parte III, numero di classificazione 400-2, modificato recentemente attraverso l'articolo 1 della legge del 2 novembre 2000 (GU. I p. 1479), viene modificato come segue:

1. Il § 620 viene modificato come segue:

a) Nel comma 2 l'indicazione "§§ 621, 622" viene sostituita dall'indicazione "§§ 621 fino 623".

b) Dopo il comma 2 si aggiunge il seguente comma 3:

" Per i contratti di lavoro stipulati per un periodo di tempo ben preciso, vale la legge sul part-time e sul tempo determinato. »

2. Nel § 623 si cancellano le parole "così come il tempo determinato" .

Articolo 2a

Modifica della legge sull'ordinamento aziendale

Il § 93 delle legge sull'ordinamento aziendale nella versione pubblicata del 23 dicembre 1988 (GU. 1989 I p. 1, 902), modificato recentemente tramite l'articolo 9 delle legge del 19 dicembre 1998 (GU. I p. 3843) viene modificato come segue:

si cancellano le frasi 2 e 3.

Articolo 3

Abrogazione della legge sulla normativa del diritto del lavoro per lo sviluppo dell'occupazione

La legge sulla normativa del diritto del lavoro per lo sviluppo dell'occupazione del 26 aprile 1985 (GU. I p. 710), modificata recentemente tramite l'articolo 4 della legge del 25 settembre 1996 (GU, I p. 1476) è stata abrogata.

Articolo 4

Entrata in vigore

Questa legge entrerà in vigore il 1 gennaio 2001.

Berlino, 21 dicembre 2000

il presidente federate
Johannes Rau

Il cancelliere federale
Gerhard Schroder

Il ministro federate del lavoro e dell'ordinamento sociale Walter Riester

Il nuovo part-time nel Regno Unito

Federica Binocoli

La disciplina del lavoro *part-time* in Gran Bretagna è stata recentemente modificata dalle *Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000* del Segretario di Stato, su delega del Parlamento conferita dalla *section 19* dell'*Employment Relations Act 1999*.

Tale normativa è stata disposta ai fini dell'attuazione della direttiva comunitaria 98/23/CE del 7 aprile 1998, che ha esteso al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda la precedente direttiva 97/81/CE del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo collettivo quadro fra UNICE, CEEP e CES sul lavoro a tempo parziale (1).

Più precisamente, la nuova regolamentazione del lavoro a tempo parziale attua i principi generali enunciati dalla direttiva 97/81/CE "per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e per contribuire allo sviluppo delle possibilità di lavoro a tempo parziale, su basi che siano accettabili sia per i datori di lavoro, sia per i lavoratori", come sancito nel preambolo dell'accordo quadro allegato alla direttiva (2).

La *section 19 (1)* dell'*Employment Relations Act 1999*, infatti, prescrive che "the Secretary of State shall make regulations for the purpose of securing that persons in part-time employment are treated, for such purposes and to such extent as the regulations may specify, no less favourably than persons in full-time employment". A seguito di tale enunciazione, sono indicati, al punto (2) della stessa *section*, una serie di ambiti che possono formare oggetto di disciplina delle *regulations*, quali, a titolo esemplificativo, la definizione di lavoratore *part-time* (a) e di lavoratore *full-time* (b), nonché i casi nei quali "persons in part-time employment are to be taken to be, or not to be, treated less favourably than persons in full-time employment" (c).

Le nuove *regulations* relative al lavoro *part-time*, in vigore dal luglio 2000, pertanto, prevedono una serie di norme volte ad eliminare o, quantomeno, limitare la discriminazione dei lavoratori a tempo parziale, ai quali, nella generalità dei casi, vengono applicati termini

note

(1) La direttiva comunitaria 97/81 CE dà attuazione all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, che espressamente recepisce, stipulato il 6 giugno 1997 tra le organizzazioni intercategoriale UNICE, CEEP e CES (art. 1). L'art. 2 della direttiva, infatti, precisa che "gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva (...) o procurano che (...) le parti sociali mettano in atto le disposizioni necessarie mediante accordi" (art. 2).

Tale disposizione, del resto, riprende quanto già sancito dall'accordo collettivo del 6 giugno 1997 che, al punto 6 del preambolo, rinvia agli Stati Membri ed alle parti sociali la definizione delle modalità di applicazione dell'accordo, quale enunciazione di principi generali e prescrizioni minime relativi al lavoro *part-time*.

(2) L'art. 19 (4) dell'*Employment Relations Act 1999*, infatti, precisa che "(...) the regulations may make any provision which appears to the Secretary of State to be necessary or expedient

(a) for the purpose of implementing Council Directive 97/81/EC on the framework agreement on part-time work in its application to terms and conditions of employment;

(b) for the purpose of dealing with any matter arising out of or related to the United Kingdom's obligations under that Directive".

Il nuovo part-time nel Regno Unito
Federica Binocoli

e condizioni di lavoro più sfavorevoli rispetto ai lavoratori *full-time*. Ciò risponde ad una politica comunitaria volta non solo a rendere maggiormente equo il trattamento dei lavoratori *part-time*, ma anche ad incentivarne lo sviluppo in azienda.

2. Entrando nel merito della nuova disciplina, occorre innanzi tutto precisare che la definizione di “*part-time worker*” viene dettata per la prima volta per via legislativa dalle *Part-time Workers (Preventions of Less Favourable Treatment) Regulations 2000*, sebbene tale nozione possa essere individuata solo per derivazione da quella di “lavoratore *full-time*”.

Un lavoratore, infatti, può essere qualificato “*full-time worker*” se la retribuzione percepita è commisurata, in tutto o in parte, alle ore di lavoro prestate e se è identificabile come tale, in ragione dei *customs e practices* del datore di lavoro che impiega soggetti con lo stesso tipo di contratto (*regulation 2(1) PtWR*). Viene, invece, definito “*part-time worker*” il lavoratore che, avuto riguardo agli stessi requisiti necessari per individuare un lavoratore *full-time*, non è tuttavia qualificabile come tale (*regulation 2(2) PtWR*).

In sostanza, non potendo che essere qualificato lavoratore *part-time* solo chi non integra i requisiti per essere identificato come lavoratore *full-time*, risulta di tutta evidenza come non sia stata, in realtà, offerta alcuna definizione valutabile in termini concreti.

3. Il rapporto intercorrente fra lavoratore *full-time* e *part-time*, oltre a fornire la definizione legale (per quanto non chiaramente delineata) di *part-time worker*, costituisce il cardine dell'intero corpo normativo delle *regulations*. Infatti, la disciplina antidiscriminatoria sancita dalle *PtWR* è incentrata sulla qualificazione di termini e condizioni di lavoro dei lavoratori *part-time* quale “trattamento meno favorevole” (e, quindi, discriminatorio) rispetto a quello applicato ai lavoratori *full-time*. Ne consegue che tale raffronto diviene essenziale ai fini della applicazione della nuova normativa.

Il parametro per qualificare il trattamento di un lavoratore a tempo parziale come discriminatorio è costituito dal “*comparable full-time worker*”, ossia dal cosiddetto “lavoratore a tempo pieno comparabile”. Con tale espressione viene fatto riferimento al lavoratore *full-time* che, al tempo in cui viene attuato il trattamento di minor favore nei riguardi del lavoratore *part-time*, è impiegato dallo stesso datore nell'ambito del medesimo contratto di lavoro subordinato e svolge le stesse (o sostanzialmente simili) mansioni rispetto a quelle esercitate dal lavoratore *part-time* (*regulation 2(4) PtWR*). I fini dell'individuazione di tale figura, inoltre, può essere tenuta in considerazione, ove ritenuta rilevante, l'assimilabilità del livello di professionalità e di esperienza di entrambi i lavoratori, al fine di identificare il lavoratore a tempo pieno che possa essere considerato “comparabile” a quello a tempo parziale e valutare se le condizioni di lavoro di quest'ultimo siano o meno discriminatorie. Inoltre, affinché un lavoratore *full-time* possa essere considerato *comparable full-time worker*, egli deve lavorare nello stesso stabilimento del lavoratore *part-time*, ovvero in altra eventuale destinazione di lavoro, nel caso in cui non fosse presente nello stesso stabilimento un lavoratore a tempo pieno in possesso dei requisiti richiesti.

È importante, quindi, sottolineare come la definizione di lavoratore a tempo pieno comparabile ruoti attorno a requisiti molto rigorosi e strettamente incentrati sulla singola realtà aziendale. Non solo, infatti, la comparazione tra *full* e *part-time workers* deve essere condotta fra lavoratori impiegati presso lo stesso datore di lavoro (e tendenzialmente anche presso lo stesso stabilimento), ma essi devono essere inquadrati nell'ambito dello stesso tipo di contratto e svolgere mansioni identiche o essenzialmente simili, oltre a possedere, se il caso di specie lo richiede, un analogo patrimonio di professionalità e di esperienza.

Pertanto, la ricerca di un lavoratore a tempo pieno che possa consentire la comparazione con un lavoratore a tempo parziale, dalla quale rilevare l'applicazione di termini e condizioni di lavoro più sfavorevoli per il secondo, rappresenta un'operazione molto rigorosa e, nello stesso tempo, di esito estremamente incerto.

Accanto all'ipotesi sopra delineata, nella quale viene ricercato un lavoratore *full-time* dello stesso stabilimento o di diversa destinazione di lavoro (nel caso in cui questo non possa essere rilevato nel luogo di lavoro del lavoratore *part-time*), esistono altri due casi nei quali il soggetto della comparazione viene individuato diversamente.

Il primo riguarda il caso di un *full-time worker* che, a seguito del raggiungimento del termine del contratto di lavoro o dell'eventuale variazione dello stesso contratto, continui la propria attività sotto un nuovo (o modificato) contratto, sia questo o meno dello stesso tipo del

precedente, con prestazione di un numero di ore settimanali inferiore rispetto a quello precedente.

Il secondo caso riguarda l'ipotesi in cui un lavoratore, prima inquadrato come *full-time*, si sia assentato dal lavoro (a termine, o meno, del contratto) e torni ad essere impiegato presso lo stesso datore di lavoro entro dodici mesi dal primo giorno di assenza, per un numero di ore settimanali inferiore a quelle prima richieste. Tale ipotesi prevede che il lavoratore torni a svolgere la stessa attività od eventualmente una diversa ma appartenente allo stesso livello, sotto la vigenza di un contratto di lavoro nuovo o modificato rispetto a quello precedente, senza riguardo al fatto che essi siano dello stesso tipo. Nel caso delineato, il lavoratore viene definito "*returning worker*" (3).

In entrambi i casi, un lavoratore *full-time* diviene *part-time worker*. La comparazione con il trattamento applicato, pertanto, viene effettuata con riferimento al periodo di lavoro precedente del medesimo soggetto e, quindi, con le condizioni ed i termini contrattuali applicati al tempo in cui esso lavorava a tempo pieno presso lo stesso datore di lavoro. Pertanto, sarà essere considerato antidiscriminatorio il trattamento applicato allo stesso soggetto se inferiore a quello del periodo precedente a tempo pieno.

Da quanto esposto, risulta evidente come il sistema di norme a tutela del lavoratore *part-time* sia incentrato sulla comparazione fra il lavoratore a tempo parziale e quello a tempo pieno comparabile, in quanto tale raffronto consente di qualificare, o meno, un trattamento come discriminatorio. In realtà, gli stretti requisiti richiesti per l'individuazione del *comparable full-time worker* (a prescindere dai casi in cui sia lo stesso lavoratore a decidere di passare al *part-time*) comprimono l'applicazione di tale normativa. A tale proposito, va ricordato che l'accordo recepito dalla direttiva 97/81/CE prevede un correttivo al rigido sistema di individuazione del *comparable full-time worker*. La clausola 3 di tale accordo, infatti, prevede che "*qualora non esistesse nessun lavoratore a tempo pieno comparabile nello stesso stabilimento, il paragone si effettuerebbe con riferimento al contratto collettivo applicabile o, in assenza di contratto collettivo applicabile, conformemente alla legge, ai contratti collettivi o alle prassi nazionali*". La normativa britannica di recepimento della direttiva non ha disposto in tal senso e, tenuto conto del fatto che la clausola 6 (1) dell'accordo da essa recepito consente agli Stati Membri e/o alle parti sociali di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli, appare chiaro che il piano normativo predisposto dalle *regulations* corrisponde ad un disegno voluto (4).

Un'ulteriore restrizione del campo di applicazione della nuova normativa può essere individuata nel fatto che, nonostante l'applicazione delle *regulations* non solo ai rapporti di lavoro subordinato (come previsto inizialmente), ma anche altri rapporti di lavoro (quali gli *agency works* ed i *fixed-term contracts*), tale estensione sia poi stata limitata nei fatti. Infatti, la *regulation 5*, relativa all'individuazione dei requisiti del *comparable full-time worker*, fa esclusivo riferimento ai lavoratori impiegati con contratto di lavoro subordinato (*employees*). Da ciò consegue che l'estensione prospettata viene di fatto limitata e che il datore di lavoro può continuare legittimamente ad assoggettare gruppi di lavoratori *part-time* (non assunti come dipendenti) a termini contrattuali più sfavorevoli od a classificarli come lavoratori autonomi od occasionali, impedendo in tal modo la comparazione con un *comparable full-time worker* e l'applicazione della normativa antidiscriminatoria (5).

4. Il punto centrale della nuova disciplina del lavoro *part-time* (in recepimento della direttiva comunitaria) consiste nell'aver sancito il diritto del lavoratore a tempo parziale di non ricevere un trattamento meno favorevole e, quindi, discriminatorio.

La *regulation 5* (1), infatti, prescrive che "*a part-time worker has the right not to be treated by employer less favourably than the employer treats a comparable full-time worker*" con riguardo ai termini del contratto e di non essere soggetto ad alcun altro pregiudizio derivante da ogni tipo di azione ed omissione del datore di lavoro.

Nella valutazione relativa alla discriminatorietà del trattamento riservato al lavoratore

note

(3) Tale è il caso, ad esempio, del ritorno al lavoro a seguito di una sospensione per congedo di maternità.

(4) A tale proposito, è bene sottolineare come l'*Employment Subcommittee* 1999 fosse dell'opinione di far sì che, nei casi in cui non fosse presente nello stesso stabilimento un *comparable full-time worker* e fosse stato proposto ricorso giudiziale per trattamento discriminatorio, l'utilizzo di un "*hypothetical comparator*" potesse essere considerato accettabile (Second Report, vol. I, para 139).

(5) Si veda, in proposito, MCCOLGAN, *Missing the point? The Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000 (SI 2000, No 1551)*, in *ILJ*, vol. 29, september 2000.

Il nuovo part-time nel Regno Unito
Federica Binocoli

part-time, il metro di giudizio consiste nel cosiddetto “*pro rata principle*”, in base al quale il lavoratore a tempo parziale ha diritto di ricevere il trattamento corrisposto al lavoratore a tempo pieno comparabile, in misura proporzionale non inferiore al numero di ore settimanali di attività prestata. In sostanza, il trattamento che il lavoratore *part-time* ha diritto di ricevere non può essere inferiore a quello applicato al lavoratore a tempo pieno comparabile, rapportato al numero di ore lavorative svolte nella settimana (6).

Un'esemplificazione dell'applicazione concreta di tali principi viene svolta dalla *Compliance Guidance* predisposta dal Department of Trade and Industry, nella quale viene chiarito cosa possa essere inteso per “trattamento” del lavoratore *part-time* e quali potrebbero essere i diritti a questi riconosciuti in virtù della nuova normativa.

Innanzitutto, il diritto ad un trattamento di non minor favore si sostanzia nel diritto a non ricevere una retribuzione oraria inferiore, comprensiva anche delle varie indennità corrisposte al lavoratore a tempo pieno comparabile (quali le indennità di turno, di trasferta e le maggiorazioni per lavoro notturno e festivo), proporzionate alle ore prestate. Discorso analogo può essere fatto per il compenso percepito in caso di malattia e di maternità. In simili ipotesi, l'ammontare corrisposto e la durata del periodo di assenza dal lavoro possono essere commisurati sulla base del principio *pro rata temporis*.

Inoltre, possono essere ricompresi anche *benefits* di altra natura quali assicurazioni sulla salute, ipoteche agevolate, sconti ed automobili aziendali. In questi casi, la mancata attribuzione di tali *benefits* non potrebbe essere giustificata sulla base del fatto che essi sarebbero di difficile applicazione nei confronti del lavoratore *part-time* (in quanto, in tale ipotesi, si incorrerebbe nella discriminazione prevista dalla *regulation 5 (1)*) o che, in tali casi, non potrebbe trovare applicazione il principio *pro rata temporis*, potendo essere previste le forme alternative della monetizzazione e della corresponsione *pro rata*.

Altra applicazione del principio di non discriminazione può essere visto nel riconoscimento di ferie, congedi di maternità, congedi parentali e festività civili, proporzionati alle ore settimanali prestate.

Più in generale, la *Compliance Guidance* redatta dal D.T.I. inquadra le nuove *regulations* sul lavoro *part-time* come mezzi per attuare una politica di promozione del lavoro a tempo parziale (7), anche attraverso l'affermazione che i datori di lavoro non dovrebbero escludere i lavoratori a tempo parziale dai corsi di formazione promossi nell'azienda e che questi non dovrebbero essere licenziati per esubero di personale, sulla base del mero fatto che essi svolgono un'attività *part-time*. Viene, inoltre, sancito il principio generale in base al quale lo svolgimento di un'attività lavorativa *part-time* non dovrebbe rappresentare un ostacolo ad eventuali avanzamenti di carriera, anche per l'eventuale copertura di posti *full-time*. Infatti, la *Best Practice Guidance* redatta dal D.T.I. prescrive che il mero fatto che un lavoratore abbia in precedenza coperto un posto *full-time* non dovrebbe costituire un motivo valido per disincentivare l'accesso dello stesso soggetto al *part-time* e viceversa (8). A tal fine, viene anche precisato che fornire minori informazioni al lavoratore *part-time*, in ordine al numero di posti *full-time* vacanti, potrebbe essere considerato azione discriminatoria. Tali informazioni, inoltre, potrebbero essere oggetto anche di informazioni alle rappresentanze sindacali in azienda.

note

(6) In realtà, il “*pro rata principle*” non ha un'applicazione così generalizzata, in quanto esso viene utilizzato quale parametro per valutare la corretta entità del trattamento riservato al lavoratore *part-time*, nel caso in cui ciò sia ritenuto opportuno in base alle circostanze del caso. Precisa, infatti, la *regulation 5 (3)*, in applicazione di quanto già sancito dall'accordo recepito nella direttiva 97/81/CE, che “*in determining whether a part-time worker has been treated less favourably than a comparable full-time worker the pro rata principle shall applied unless it is inappropriate*”.

(7) Ciò anche con riferimento all'accesso ai lavori *part-time*, nonostante tale argomento non sia direttamente trattato dalle *regulations*, secondo quanto previsto dalla *Best Practice Guidance*. Non è stata sancita, infatti, alcuna previsione che inibisca la discriminazione nell'accesso al lavoro *part-time*.

(8) La *Best Practice Guidance* afferma anche che, sebbene non esista alcun diritto del lavoratore ad essere impiegato *part-time* o *full-time*, essendo tale profilo affidato unicamente alla negoziazione fra le parti, in alcuni casi il rifiuto di assegnare un lavoratore *full-time* al *part-time* potrebbe costituire un atto discriminatorio. Nella specie, viene ipotizzato il caso della lavoratrice, assentatasi dal lavoro per congedo di maternità, che richiede il passaggio ad un lavoro a tempo parziale. In tale caso, un rifiuto del datore di lavoro potrebbe essere considerato come indirettamente discriminatorio, anche in ragione del fatto che la grande maggioranza dei lavoratori *part-time* è costituita da donne.

Del resto, la direttiva 97/81/CE precisa che, per quanto possibile, il datore di lavoro deve prendere in considerazione le domande di trasferimento del lavoratore *full-time* ad un lavoro *part-time* e viceversa, a tal fine diffondendo in tempo utile informazioni sui posti vacanti.

Del resto, come non esiste alcun diritto ad essere assegnato ad un lavoro *part-time*, il diritto a non subire un trattamento meno favorevole non comporta alcuna obbligazione del datore di lavoro a strutturare la propria azienda in modo tale da incrementare ed incentivare il lavoro a tempo parziale, essendo il nuovo quadro normativo (e le linee guida del Governo) rivolte a dettare più linee di fondo che veri e propri obblighi in capo al datore di lavoro. Così, ad esempio, non sussiste alcun obbligo di strutturare corsi di formazione in modo tale da agevolare la partecipazione dei lavoratori *part-time* o di predisporre un serio programma di informazione sull'opportunità di coprire posti full o *part-time*, essendo tali materie riservate a rapporti negoziali o di *best practice*, salvi i casi in cui tale comportamento possa essere visto come discriminazione indiretta, in ragione del fatto che la maggioranza dei lavoratori *part-time* è rappresentata da donne (v. nota n. 7).

Deve essere, inoltre, precisato che il trattamento di minor favore nei confronti del lavoratore *part-time*, messo in atto dal datore di lavoro tanto attraverso azioni quanto mediante omissioni, non è considerato discriminatorio in sé, ma solo nel caso in cui vengano integrate due ipotesi espressamente indicate nella *regulation 5* (2).

Infatti, il diritto del lavoratore a tempo parziale a non ricevere un trattamento di minor favore viene considerato discriminatorio unicamente nel caso in cui esso trovi la sua unica ragione nel fatto che il lavoratore sia impiegato *part-time* e tale trattamento inferiore non sia giustificato da "ragioni obiettive". Il diritto a non ricevere un trattamento più sfavorevole, pertanto, non trova un'applicazione assoluta, ma viene lasciata al datore di lavoro la possibilità di applicare un trattamento più svantaggioso nei confronti del lavoratore a tempo parziale, se ragioni di carattere obiettivo lo richiedono. In tal caso, la condotta del datore di lavoro non costituisce una ingiusta discriminazione, bensì l'esercizio di un comportamento consentito in quanto "*necessary and appropriate to achieve a legitimate business objective*" (come precisato dalla *Compliance Guidance*). In tal modo, il trattamento di minor favore del lavoratore *part-time* non costituisce alcun comportamento lesivo, ma solo un "trattamento giustificato" che può limitare legittimamente l'applicazione del diritto di non discriminazione (9). A tale proposito, Le *Guidance Notes* prevedono che può costituire "ragione obiettiva" per applicare al lavoratore *part-time* un trattamento di minor favore il fatto di ritenere necessario il raggiungimento di un obiettivo legittimo (quale potrebbe essere quello legato all'attività dell'azienda) ed il concepire quel determinato trattamento come mezzo appropriato per il suo conseguimento.

Una previsione particolare viene sancita con riferimento al lavoro prestato oltre il normale orario di lavoro *part-time*. Infatti, la *regulation 5* (4) prescrive che un lavoratore *part-time* che riceve una retribuzione per lavoro effettuato oltre il normale orario di lavoro inferiore a quella percepita (o che avrebbe potuto percepire) un *comparable full-time worker* non è considerata, per questa unica ragione, trattamento discriminatorio, se la somma risultante fra il normale orario di lavoro e lo straordinario prestato non superi l'orario di lavoro ordinario del lavoratore a tempo pieno comparabile. Viene, pertanto, apportata un'eccezione alla regola generale in base alla quale non è consentito un trattamento meno favorevole del lavoratore *part-time*, se non nel caso in cui questo sia giustificato da ragioni oggettive. Nel caso del lavoro aggiuntivo dei *part-timers*, infatti, non ha rilevanza alcuna l'esistenza di giustificazioni obiettive della corresponsione di una paga inferiore per le ore effettuate. L'unico elemento che deve essere preso in considerazione è il superamento del monte ore corrispondente a quello normale del lavoratore a tempo pieno comparabile (senza ore di straordinario o periodi di assenza dal lavoro). Solo nel caso in cui questo sia superato, il lavoratore *part-time* ha diritto a ricevere una paga oraria corrispondente a quella ricevuta come straordinario dal un lavoratore *full-time* comparabile. Per tutte le ore aggiuntive prestate sino al raggiungimento di tale limite, invece, il lavoratore a tempo parziale può essere retribuito legittimamente in misura inferiore, senza che ciò costituisca trattamento discriminatorio. Restano, in ogni caso, impregiudicati gli eventuali diritti

note

(9) Un caso concreto di "ragioni obiettive", che possono giustificare l'applicazione di un trattamento meno favorevole del lavoratore *part-time*, può essere visto (secondo quanto affermato nella *Compliance Guidance*) nell'esclusione del lavoratore *part-time* dalla partecipazione a piani di compartecipazione agli utili e di diritti di opzione, quando, su di un piano oggettivo, il loro valore è così ridotto da rendere tale partecipazione meno consistente dello stesso valore reale.

Viene, inoltre, suggerito che differenti retribuzioni possono essere giustificate sulla base della diversa qualità e sul diverso livello della prestazione resa.

Il nuovo part-time nel Regno Unito
Federica Binocoli

acquisiti dal lavoratore *part-time* a titolo di indennità, quali ad esempio quelle per lavoro festivo o domenicale, come precisato dalla stessa *Compliance Guidance*.

5. Per quanto riguarda i mezzi messi a disposizione dei lavoratori *part-time* ai fini della propria difesa da comportamenti discriminatori del datore di lavoro, le *PtWR* prevede, innanzi tutto, il diritto del lavoratore *part-time* di richiedere al proprio datore di lavoro una disposizione scritta nella quale siano contenute le ragioni del trattamento che egli assume essere discriminatorio, disposizione che deve essere resa entro ventuno giorni dalla richiesta (*regulation 6*). La risposta scritta del datore di lavoro può essere utilizzata come prova nell'ambito di un'eventuale procedimento giudiziale.

Se il datore di lavoro, deliberatamente e senza alcuna motivazione ragionevole, omette di rispondere per iscritto al lavoratore richiedente, oppure se la risposta data è evasiva od equivoca, il tribunale adito può ritenere che tale comportamento sia lesivo del diritto così attribuito.

Tale disposizione, però, non trova applicazione nel caso in cui si tratti di licenziamento, in quanto, in tal caso, deve essere applicata la normativa relativa ai licenziamenti illegittimi, prevista dalla *section 92 dell'Employment Rights Act 1996*, come modificata dall'art. 3 dell'*Unfair Dismissal and Statement of Reasons for Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1999* e dall'*Employment Relations Act (section 9 e paragraphs 1 e 5 della Part III della Schedule 4)*.

6. Le *regulations* del 2000, oltre a quella già esaminata, contengono altre disposizioni nel caso in cui il lavoratore *part-time* sia licenziato. Infatti, la *regulation 7* sancisce il principio in base al quale il lavoratore *part-time* è considerato esser stato licenziato illegittimamente, ai fini dell'applicazione della *Part X del ERA 1996*, nel caso in cui la ragione del licenziamento (o la sua principale motivazione) rientri all'interno di un apposito elenco.

Tali ragioni consistono nell'aver promosso l'instaurazione di un procedimento volto a far dichiarare la condotta del datore di lavoro come discriminatoria nei confronti del lavoratore licenziato; nell'aver esercitato il proprio diritto di richiedere motivazioni scritte del trattamento che si asserisce essere discriminatorio; nell'aver fornito prove o informazioni utili al procedimento iniziato da un altro lavoratore *part-time*; nell'aver in altro modo azionato i diritti derivanti dalle nuove *regulations*; nell'aver affermato che il datore di lavoro ha violato le disposizioni delle *PtWR*; nell'aver rifiutato (o nell'essersi prefisso di rifiutare) di rinunciare ad un diritto attribuito dalla nuova normativa (*regulation 7(3)(a)*). Inoltre, ulteriore motivo che qualifica come illegittimo il licenziamento del lavoratore *part-time* è rappresentato dal fatto che il datore di lavoro ritenga (o semplicemente sospetti) che il lavoratore abbia fatto (o intenda fare) una delle azioni indicate al punto (a) (*regulation 7(3)(b)*).

Quando ricorre una delle ipotesi sopra descritte, il licenziamento del lavoratore a tempo parziale viene considerato illegittimo.

Alle stesse ragioni viene fatto riferimento quando viene attribuito il diritto del lavoratore *part-time* di non subire alcun pregiudizio da atti od omissioni del datore di lavoro, che sia conseguenza dell'esercizio di uno dei casi elencati al punto (3)(a) e (b). In tal modo, oltre all'attribuzione del diritto generale di non essere trattato meno favorevolmente di un lavoratore a tempo pieno comparabile, mediante azioni od omissioni da parte del datore di lavoro che possano recare pregiudizio al lavoratore *part-time* (sancito dalla *regulation 5 (1)(b)*), la *regulation 7* precisa che non può essere causa legittima di un trattamento meno favorevole l'esercizio dei diritti attribuiti dalla nuova normativa, che individua espressamente.

Tuttavia, nel caso in cui si versi nelle ipotesi indicate al *paragraph (3)(a)(v)* o (3)(b), cioè l'affermazione del lavoratore *part-time* che il datore di lavoro ha violato le *regulations* ed il fatto che il datore pensi (o sospetti) che il lavoratore abbia azionato uno dei diritto attribuiti dalla nuova normativa (o intenda farlo), il licenziamento intimato al lavoratore non sarà considerato illegittimo, se le dichiarazioni fatte dal lavoratore sono false e prive di buona fede. Allo stesso modo, nelle medesime circostanze, non verserà in capo al lavoratore *part-time* il diritto di non subire pregiudizi dovuti alla condotta positiva ed omissiva del datore di lavoro.

Nonostante il fatto che la nuova disciplina detti una base normativa per il caso in cui il lavoratore *part-time* sia licenziato in via discriminatoria, non sono tuttavia stati presi in considerazione alcuni aspetti rilevanti. Non è stato, infatti, proibito espressamente il

licenziamento intimato a seguito del rifiuto di essere assegnato ad un lavoro *full-time* o *part-time*.

Per quanto riguarda il caso in cui un lavoratore rifiuti di essere trasferito ad un lavoro a tempo pieno, si può ritenere che il licenziamento motivato su questa sola base sia illegittimo, in applicazione del principio generale in base al quale non possono essere arrecati al lavoratore *part-time* pregiudizi da parte del proprio datore di lavoro. L'illegittimità del licenziamento, però, potrà sussistere solo nel caso in cui esso sia stato intimato per l'unica ragione che il lavoratore è un lavoratore *part-time* e sulla base del fatto che quello subito è un trattamento di minor favore rispetto a quello riservato ad un lavoratore *full-time* comparabile.

Il caso opposto, invece, cioè il licenziamento intimato per il rifiuto di essere assegnato ad un lavoro *part-time*, non è coperto dalla nuova disciplina, che risulta essere applicabile unicamente ai lavoratori *part-time*.

Le lacune evidenziate nella normativa delle *regulations* si pongono in netto contrasto con l'accordo recepito dalla direttiva comunitaria 97/81/CE che, alla clausola 5 (2), prescrive invece che "il rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa, non dovrebbe, in quanto tale, costituire motivo valido per il licenziamento, senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni (...)". È evidente, perciò, come le *PtWR* non abbiano dato attuazione a questa parte della direttiva, rimanendo pertanto la materia disciplinata dall'*ERA 1996* (10).

7. Le *PtWR*, infine, prevedono la possibilità per il lavoratore, che ritiene di essere oggetto di discriminazione da parte del datore di lavoro, di adire le vie giudiziali in propria difesa. La *regulation 8*, infatti, prescrive che un lavoratore *part-time* può ricorrere all'*Employment Tribunal*, nel caso in cui il datore abbia violato i diritti sanciti dalle *regulations 5* e *7(2)*, cioè il diritto generale di non subire discriminazioni e quello di non subire pregiudizi in conseguenza del fatto che il lavoratore *part-time* ha esercitato i diritti conferiti dalle *regulations*. Viene, però, fatta salva l'applicazione dell'*Employment Rights Act 1996* nel caso individuato dalla *regulation 7(5)*, in base alla quale, se il pregiudizio subito dal lavoratore *part-time* equivale al licenziamento del lavoratore subordinato, come delineato dalla *Part X* dell'*ERA 1996*, è tale normativa che deve trovare applicazione (11).

Accanto al conferimento della giurisdizione in capo ai tribunali del lavoro, la *regulation 8* prescrive una serie di disposizioni relative ai termini per la proposizione del ricorso giudiziale. Vengono, innanzi tutto, previsti gli usuali tre mesi per la presentazione del ricorso (o sei mesi, nel caso in cui si tratti di lavoratori delle forze armate), a partire dalla data nella quale viene effettuato il trattamento di minore favore od il pregiudizio subito (o a far data dall'ultimo arrecato, nel caso si tratti di una serie di atti o omissioni di tipo analogo). Resta, in ogni caso, nella facoltà del tribunale accettare un ricorso presentato fuori termine, secondo un giudizio di equità.

Per quanto riguarda la disciplina della decorrenza dei termini, il *paragraph (4)* della *regulation 8* apporta alcune precisazioni. Innanzi tutto, nel caso in cui il ricorso giudiziale verta sulla discriminatorietà dei termini del contratto di lavoro, il trattamento di minor favore arrecato al lavoratore *part-time* è considerato aver avuto luogo ogni giorno del periodo in cui tale trattamento viene esercitato, con la conseguenza che per tutto il periodo nel quale il lavoratore subisce tale discriminazione è possibile adire le vie giudiziali.

Viene, però, fatto salvo il caso dei lavoratori, in precedenza *full-time*, che divengono lavoratori *part-time*, anche a seguito di un periodo di assenza dal lavoro. In questo caso, il trattamento sfavorevole si assume essere stato attuato il primo giorno nel quale il lavoratore ha iniziato la nuova attività *part-time* od il giorno nel quale egli ritorna al lavoro dopo il periodo di assenza (nel caso dei « *returning workers* »).

Infine, ove sia posta in essere un'azione od omissione dalle quali sia derivato un pregiudizio

note

(10) In questo caso, però, la normativa predisposta dall'*ERA 1996* trova applicazione unicamente quando il lavoratore dipendente (*employee*) è impiegato da almeno un anno alle dipendenze del datore di lavoro. Un rapporto di lavoro interrotto prima dell'anno non è coperto dalla tutela di tale legge.

(11) L'attribuzione della giurisdizione al tribunale del lavoro è stata prevista in attuazione di quanto sancito dall'*Employment Relations Act 1999*, che espressamente attribuisce al *Secretary of State* tale possibilità.

Il nuovo part-time nel Regno Unito
Federica Binocoli

ingiusto per il lavoratore *part-time*, i termini decorrono da quando tale condotta viene decisa (12).

La *regulation 8*, inoltre, prevede i provvedimenti giudiziari che possono essere presi dal tribunale, nel caso in cui sia riconosciuto fondato il ricorso giudiziale instaurato dal lavoratore *part-time*.

Infatti, se ritenuto equo, il tribunale può adottare una *declaration* relativa ai diritti che si asseriscono lesi; un *order* per il risarcimento del ricorrente; una *recommendation* a che il datore di lavoro, entro un determinato periodo di tempo, prenda i provvedimenti ritenuti ragionevoli dal tribunale, secondo le circostanze del caso, allo scopo di impedire o ridurre gli effetti negativi subiti dal lavoratore.

Da qui ulteriore conferma del fatto che le nuove *regulations* non pongono alcun obbligo in capo al datore di lavoro al quale, in caso di riconosciuta discriminatorietà del trattamento applicato al lavoratore *part-time*, non può essere ordinato di astenersi da tale condotta, ma solo di impedire o limitarne gli effetti.

Per quanto riguarda, in particolare, l'ordine di risarcimento a favore del lavoratore *part-time*, l'ammontare della somma liquidata viene determinato, « *such as the tribunal considers just and equitable in all the circumstances* » (*section 8(9)*), facendo (a) riferimento alla violazione oggetto del ricorso e (b) al pregiudizio arrecato dall'infrazione delle norme. In particolare, nel caso in cui la violazione delle norme riguardi la *regulation 5* (cioè del diritto del lavoratore *part-time* di non ricevere un trattamento meno favorevole di quello applicato al lavoratore *full-time* comparabile), il risarcimento dovrà tenere in considerazione il *pro rata principle*, ad eccezione dei casi in cui l'applicazione di tale principio sia vista come inappropriata al caso di specie. Inoltre, viene precisato che per « pregiudizio » arrecato al lavoratore dall'infrazione delle *regulations* dovranno essere intese non solo le spese nelle quali egli sia ragionevolmente incorso in conseguenza di tale violazione, ma anche la perdita di ogni beneficio che si sarebbe ragionevolmente potuto aspettare. In sostanza, vengono ripresi i concetti di danno emergente e lucro cessante, presenti anche nel nostro ordinamento giuridico.

Vengono, però, apportati alcuni temperamenti. In primo luogo, il risarcimento dato al lavoratore *part-time* non copre la cosiddetta « *injury to feeling* ». In secondo luogo, nell'accertamento del pregiudizio arrecato, il tribunale dovrà tenere conto del principio generale in base al quale un soggetto ha il dovere di limitare i danni causati da fatto altrui, secondo una norma presente anche nel nostro ordinamento in merito al concorso colposo del danneggiato. Infatti, nel caso in cui il tribunale ritenga che l'azione o l'omissione del datore di lavoro (dalle quali sia derivato un pregiudizio per il lavoratore) siano state causate od agevolate dalla condotta del ricorrente, l'ammontare del risarcimento sarà proporzionalmente ridotto, in base a quanto considerato *just and equitable*.

L'ammontare del risarcimento danni può essere, invece, aumentato se il datore di lavoro, senza ragionevole giustificazione, non ottempererà alla *recommendation* del tribunale di impedire o ridurre gli effetti negativi subiti dal lavoratore, ove ciò sia ritenuto equo. In questo caso, infatti, il tribunale può accrescere l'ammontare del risarcimento già corrisposto o, se non previsto, decidere che questo sia elargito.

Un'attenzione particolare va, infine, prestata al *paragraph (8)* della *regulation 8*, per quanto riguarda l'accesso ed i termini di partecipazione agli *occupational pension schemes*. Infatti, nel caso in cui il trattamento meno favorevole del lavoratore *part-time* verta su tali tematiche, viene espressamente precisato che i provvedimenti giudiziari, in accoglimento del ricorso per trattamento discriminatorio, devono essere limitati ai due anni precedenti al momento di presentazione del ricorso, non potendo coprire l'intero arco temporale nel quale ha avuto luogo la discriminazione. Pertanto, anche nel caso in cui il tribunale dovesse ritenere fondato il ricorso del lavoratore, l'eventuale decisione giudiziale, per quanto favorevole, dovrà essere limitata agli ultimi due anni del rapporto di lavoro (calcolati con riferimento alla data di presentazione del ricorso) nei quali si è verificato il trattamento meno favorevole.

Ulteriore restrizione è posta dal *paragraph 9*, nel quale viene sancito che, nel caso in cui la controversia riguardi gli *occupational pension schemes* il tribunale non potrà accettare un

note

(12) In tale ipotesi, vengono formulate alcune precisazioni. In mancanza di prova contraria, il lavoratore *part-time* non dovrà adire le vie giudiziali, nel caso in cui abbia commesso un'azione incompatibile con l'omissione che si assume essere fonte di pregiudizio, o (in assenza di tale azione) quando termina il periodo di tempo entro il quale egli si sarebbe potuto ragionevolmente aspettare che tale omissione fosse commessa.

eventuale ricorso giudiziale presentato tardivamente, come invece consentito negli altri casi. La particolarità dell'ipotesi considerata viene accresciuta dal fatto che, se la disciplina processuale dei ricorsi relativi agli occupational pension schemes è connotata da caratteri di maggiore rigidità rispetto alle ipotesi di ricorso giudiziale avverso « trattamenti sfavorevoli » di altro tipo, sul piano sostanziale la Compliance Guidance governativa definisce discriminatoria l'esclusione dei lavoratori a tempo parziale dalla partecipazione a tali istituti, anche in virtù del principio di « equal pay for equal work » fra sessi e ne promuove l'accesso anche ai lavoratori part-time (che per la maggioranza è rappresentata da donne).

La particolarità della materia, inoltre, risulta ancor più accentuata dal fatto che essa è stata oggetto di una lunga vicenda giudiziale dinnanzi alle corti britanniche ed alla Corte di Giustizia Europea, in relazione alla causa intentata da numerose lavoratrici part-time (alle quali era stata negata la partecipazione ai pension schemes), che sostenevano che tale esclusione fosse contraria al principio di equità della retribuzione sancito dall'art. 119 del trattato comunitario. I ricorsi vennero rigettati, in quanto presentati oltre il limite di sei mesi previsto dalla section 2(4) dell'Equal Pay Act 1970, termine che (nei casi in cui la lavoratrice abbia lavorato in costanza di rapporto con lo stesso datore, ma sotto la vigenza di contratti diversi) decorrevano dalla fine di ciascun contratto di lavoro (13). Inoltre, venne ritenuto che il periodo che poteva essere, in ogni caso, riconosciuto non poteva retroagire a più di due anni dalla data di instaurazione del procedimento, in applicazione della section 2(5) dello stesso Act e della regulation 12(1) dell'Occupational Pension schemes (Equal Access to Membership) Regulations 1976 (14).

La Corte di Giustizia Europea, nel procedimento *Preston and others v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust and Others* del 16.5.2000 (15), ha sancito che i lavoratori part-time hanno il diritto di ricevere il trattamento pensionistico in misura equivalente ai lavoratori full-time, seguendo il proprio orientamento del 1994 in base al quale l'esclusione dei lavoratori a tempo parziale dagli occupational pension scheme costituisce discriminazioni indiretta, contraria all'art. 119 del trattato comunitario. La partecipazione a tali schemes, pertanto, doveva poter essere riconosciuta a partire dal 1976, anno nel quale la Corte di Giustizia ha riconosciuto la diretta applicabilità dell'art. 119 del trattato, nel noto caso *Drefenne v. Sabena* del 8.4.1976.

A seguito della pronuncia del 2000 della Corte di Giustizia, la House of Lords britannica in data 8.2.2001 ha riconosciuto il diritto del lavoratore part-time di richiedere la partecipazione ai pension funds a partire dal 1976, conservando però il limite di sei mesi per agire giudizialmente. È stato, in sostanza, abolito il limite di due anni previsto dalla normativa dell'Equal Pay Act e dall'Occupational Pension schemes (Equal Access to Membership) Regulations 1976, ma conservato il termine di sei mesi per agire giudizialmente.

Da quanto esaminato, risulta evidente come la nuova normativa del lavoro part-time dovrà tenere conto degli sviluppi della disciplina più generale antidiscriminatoria del 2000 e dei primi giorni del 2001, tenuto anche conto che la nuova disciplina sul lavoro part-time è entrata in vigore appena dal luglio 2000.

Un'ultima considerazione merita di essere fatta in relazione all'inserimento delle PtWR 2000 nell'ambito della normativa antidiscriminatoria britannica, con particolare riferimento alla struttura della normativa dettata dall'EqPA 1970. Infatti, nel quadro normativo di quest'ultima legge (come anche nelle PtWR 2000) il punto centrale è la comparazione del trattamento ritenuto discriminatorio con quello applicato ad un altro lavoratore, ma ciò è

note

(13) La section 2(4) dell'EPA 1970, infatti, recita “no claim in respect of the operation of an equality clause relating to a woman's employment shall be referred to an industrial tribunal (...) if she has not been employed in the employment within the six months preceding the date of the reference”.

(14) La section 2(5) dell'EPA 1970, infatti, prescrive “a woman shall not be entitled, in proceedings brought in respect of a failure to comply with an equality clause (...) to be awarded any payment by way of arrears of remuneration or damages in respect of a time earlier than two years before the date on which the proceedings were instituted”.

La regulation 12(1) dell'Occupational Pension Schemes (Equal Access to Membership) Relations 1976 prevede “the Equal Pay Act shall be so modified as to provide that where a court or an industrial tribunal (...) makes an order declaring the right of an employee to admission to membership of a scheme in pursuance of the equal access requirement, it may declare that the employee has a right to be admitted to the scheme in question with effect from such date (...) as it may specify, not being earlier than (...) (b) the date two years before the institution of the proceedings in which the order was made”.

(15) Il testo integrale della sentenza della Corte di Giustizia Europea può essere letto in *Preston and others v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust and Others*, Industrial Cases Reports, Part. 8, september 2000.

Il nuovo part-time nel Regno Unito

Federica Binocoli

dovuto al fatto che non viene richiesta tanto la prova che il lavoratore sia stato discriminato per ragioni di sesso, quanto la prova che viene applicato un trattamento inferiore a quello del proprio "lavoratore comparabile". Nel disegno delle PtWR 2000, invece, non è richiesto solo il fatto che il lavoratore part-time sia trattato meno favorevolmente del lavoratore comparabile full-time, ma anche che la discriminazione sia basata sul semplice fatto che egli lavora a tempo parziale (16).

In ogni caso, la differenza più rilevante fra le due normative rimane nel fatto che, nelle PtWR 2000, l'onere della prova resta in capo al lavoratore, non incombendo sul datore di lavoro alcun obbligo di supportare le ragioni che sono alla base del trattamento di minor favore riservato al lavoratore part-time.

Inoltre, mentre nel sistema dell'EqPA 1970 viene previsto il cosiddetto equality clause remedial mechanism, nelle PtWR2000 non viene sancito niente di analogo, essendo invece previste la declaration, la compensation e la recommendation nei termini sopra visti.

Bibliografia

Department of Trade and Industry, Compliance Guidance (2000).

Desmond, Antill (1998), *Employment Law*, Sweet & Maxwell.

Department of Trade and Industry, Best Practice Guidance (2000).

Deakin Morris (1998), *Labour Law*, Butterworths.

Questioni legali sul tema del lavoro a tempo parziale in Giappone

Katsutoshi Kezuka ()*

Sommario

1. Introduzione. **2.** Situazione e cifre attuali sul lavoro a tempo parziale. **2.1.** Una panoramica dei lavoratori a tempo parziale. **2.2** Le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale. **2.3** Il lavoro “quasi” a tempo parziale. **2.4.** L’“aggiustamento” delle ore lavorate da parte dei lavoratori a tempo parziale. **3.** Politiche e problemi di natura giuridica concernenti il lavoro a tempo parziale. **3.1.** La normativa sul lavoro a tempo parziale. **3.2.** Il contenzioso concernente il lavoro a tempo parziale e la tendenza delle Corti nei giudizi. **4.** Nuove misure per la parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale. **4.1.** Suggestioni su come realizzare la parità di trattamento. **4.2.** Significato e limiti del rapporto. **5.** Gli obiettivi futuri.

1. Introduzione.

Il trattamento del lavoro a tempo parziale, vista la diffusione progressiva di tale modalità di lavoro, costituisce una questione con risvolti di natura sociale e legale in Giappone e in altri paesi, anche se con alcune differenze, quanto alla sua declinazione. In Europa, i vari aspetti della questione, dal punto di vista delle politiche sociali, sono connessi con la sicurezza dell’impiego (*security employment*), mentre sotto un profilo giuridico, sono collegati alla discriminazione indiretta del lavoro femminile. Ciononostante, in Giappone i vari aspetti della questione non sono stati messi in relazione con la sicurezza dell’impiego (*security employment*) o con la discriminazione per sesso. Piuttosto, essi sono stati dibattuti, e lo sono tuttora, come aspetti appartenenti al tema dei lavoratori “non regolari” (*non-regular employees*). Ciò è accaduto, in parte perché le retribuzioni dei lavoratori “regolari” (*regular employees*) sono variate sulla base del criterio della anzianità, laddove “i gradi” sul lavoro e la garanzia degli standard di vita e dei bisogni derivanti dal ciclo della vita, giocano un ruolo cruciale, piuttosto che la qualità della performance. Un’altra ragione che giustifica questa visione del lavoro a tempo parziale è quella della assenza di un sistema di retribuzioni che colleghi i mercati del lavoro interno ed esterno, perché i sindacati esistono all’interno delle imprese.

Tuttavia, dal momento che il numero dei lavoratori a tempo parziale è aumentato e che si sono accentuate le differenze tra questi lavoratori e i lavoratori a tempo pieno “regolari”, in termini di condizioni di lavoro, il problema dei lavoratori a tempo parziale viene attualmente considerato un problema d’importanza cruciale per il “sistema occupazione” in Giappone. Questo articolo presenta i problemi relativi ai lavoratori a tempo parziale (1) in Giappone, con particolare riferimento alle questioni e alle politiche di natura legale.

note

(*) Traduzione di Maria Ilda Benvenuti.

(1) In genere, vengono definiti “lavoratori a tempo parziale” quei lavoratori il cui orario settimanale è ridotto rispetto a quello dei lavoratori “regolari” della stessa sede di lavoro (Legge sul Lavoro a Tempo Parziale). Tuttavia, la definizione varia nelle differenti ricerche. In Giappone, esistono dei “quasi-lavoratori a tempo parziale”; alcune ricerche considerano questi lavoratori alla stessa stregua dei lavoratori a tempo parziale.

Il lavoro a tempo parziale in Giappone
Katsutoshi Kezuka

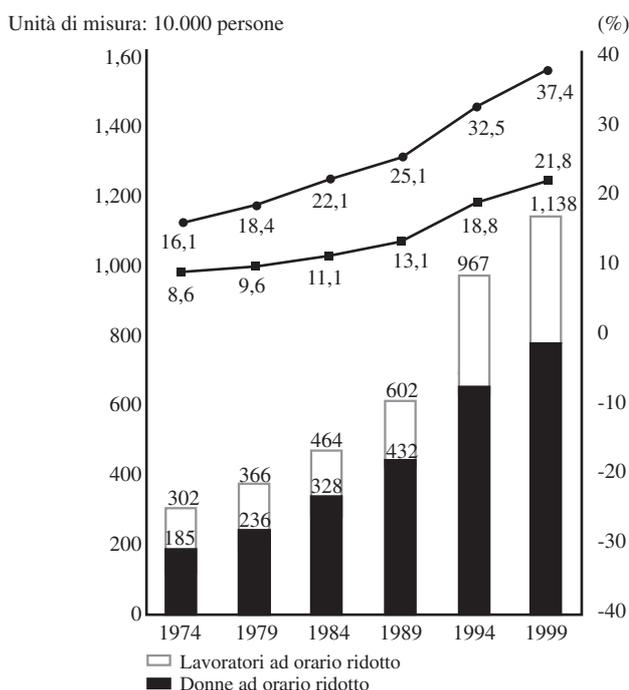
2. Situazione e cifre attuali sul lavoro a tempo parziale

2.1. Una panoramica dei lavoratori a tempo parziale

Secondo la ricerca sulla forza lavoro (*Labour Force Survey*) della *Management and Coordination Agency (MCA)*, il numero dei lavoratori che hanno lavorato meno di 35 ore alla settimana è stato nel 1999 pari a 11,38 milioni (di cui 7,73 milioni sono donne), equivalente a una percentuale del 21,8 % (del 37% per il lavoro femminile) sul totale dei lavoratori dipendenti. Ciò ha significato un rapido incremento, dal momento che il dato percentuale di 10 anni prima, relativo all'anno 1989, era pari al 13,1% (al 25,26%, per il lavoro femminile) (Figura n° 1). I principali settori con la più alta proporzione di lavoratori con orario inferiore alle 35 ore per settimana, sono quelli della vendita all'ingrosso, del commercio al dettaglio, degli esercizi di vendita di cibo e bevande (3,67 milioni, pari a una percentuale del 32,23%) seguiti dai servizi (3,52 milioni, pari al 30,9%) e dal manifatturiero (1,96 milioni, pari al 17,2%).

La "Ricerca Speciale" (*Special Survey*) della *Labour Force Survey* della MCA (1999) fornisce una analisi dei lavoratori a tempo parziale per tipologia di occupazione. I lavoratori con mansioni impiegatizie e altre mansioni di ufficio si sono attestati sulla percentuale del 20,8%, gli operai specializzati e i lavoratori dei settori manifatturiero e edile su quella del 19,6%, seguiti dai lavoratori della sicurezza e di altri servizi (16,5%), dai venditori (11,7%), dai professionisti e dai tecnici (10,5%).

Figura 1. Numero dei lavoratori ad orario ridotto (settore non agricolo)



Fonte: Statistical Bureau, Management and Coordination Agency, *Rödö Ryoku chösa* (Labour Force Survey).

Note: 1. Sono esclusi i lavoratori disoccupati.

2. I lavoratori ad orario ridotto sono intesi come i lavoratori con orario settimanale inferiore alle 35 ore.

I risultati della "Ricerca su come lavoratori di diverse tipologie siano utilizzati nel posto di lavoro" (*Survey of How Various Workers are Used in the Workplace*) del Ministro del

Lavoro (1999) mostra che il 90% dei lavoratori a tempo parziale sono donne e che le donne nella fascia di età 40-50 e 50-60 costituiscono, rispettivamente, il 36% e il 22,5%. Per la maggior parte si trattava probabilmente di persone che avevano in carico la cura dei lavori domestici; il 73,5% aveva un coniuge e il 66,1% aveva bambini che vivevano nella stessa casa. La maggioranza (63,5%) aveva un titolo di studio di scuola superiore, mentre il 18% aveva una laurea biennale o tecnica.

Nello stesso tempo, la "Ricerca generale sulle condizioni dei lavoratori a tempo parziale" (*General Survey of Part-time Workers' Conditions*) (1995) aveva esaminato le ragioni che spingono i lavoratori ad accettare lavori a tempo parziale: "il desiderio di lavorare in maniera flessibile, quando ciò fa comodo" (55%); "il desiderio di lavorare con un orario ridotto o per un numero inferiore di giorni" (24%); "l'essere interessati ai propri doveri" (19,6%); "l'incapacità di lavorare come lavoratori a tempo pieno a causa del lavoro domestico, o della cura dei figli o della famiglia" (15,4%); e "l'incapacità di trovare un lavoro a tempo pieno" (13,7%). D'altro canto, i motivi per cui le aziende assumevano lavoratori a tempo parziale erano: costo del lavoro inferiore (38,3%); carenza di forza lavoro aggiuntiva nei picchi di attività (37,3%); per compiti elementari (35,7%); e a causa di un incremento degli obiettivi da portare a termine nell'ambito della unità produttiva (29,8%). Di conseguenza, il prototipo tipico di lavoratore a tempo parziale è quello di una donna di mezza età o più in là negli anni che è, nello stesso momento, responsabile per la cura dei figli o della famiglia e dei lavori domestici. Tale prototipo di lavoratrice a tempo parziale viene considerato forza lavoro aggiuntiva di costo relativamente basso.

2.2. Le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale.

Sulla base dei dati forniti dalla "Ricerca generale sulle condizioni dei lavoratori a tempo parziale" (*General Survey of Part-time Workers' Conditions*) (1995), il 63,2% dei lavoratori a tempo parziale ha un contratto di lavoro a tempo indeterminato, mentre il 36,8% ha un contratto a termine (2). La maggior parte delle aziende di grandi dimensioni (più dell'80% delle aziende di almeno 500 dipendenti) tende ad assumere lavoratori a tempo parziale con contratti a termine. Ciò sembra dovuto all'evidente intento di trattare i lavoratori a tempo parziale in maniera differente dai lavoratori "regolari". I lavoratori a tempo parziale che hanno avuto proroghe ai loro contratti di lavoro ammontano all'83,6%, con un numero medio di proroghe per persona pari a 9,5 (maschi, 5,7; femmine, 10,4). Negli ultimi anni, si è avuta la tendenza a una maggiore durata, rispetto al passato, dei rapporti di lavoro a tempo parziale (3); ciò si è avuto come conseguenza delle proroghe dei contratti a termine.

Nella maggior parte dei casi, le retribuzioni dei lavoratori a tempo parziale sono calcolate sulla base delle ore lavorate. Da un confronto tra i compensi in denaro percepiti dai lavoratori a tempo parziale e quelli dei lavoratori "regolari", emerge che i lavoratori maschi a tempo parziale ricevono il 51,9% delle retribuzioni dei lavoratori maschi "regolari", e le lavoratrici ricevono il 68,4% (dati relativi al 1998). Questa differenza tende ad accentuarsi nel lungo periodo (Tavola 1). In termini di retribuzione annua, compresi i bonus, la differenza tra i due gruppi diventa ancora maggiore. Nel 1977, per esempio, i lavoratori a tempo parziale hanno ricevuto il 69,7% delle retribuzioni dei lavoratori regolari, ma vent'anni più tardi, nel 1997, essi hanno percepito solamente il 56,7%, con una conseguente diminuzione di 10 punti, in termini percentuali.

Sono quattro le ragioni che spiegano questo accentuarsi del divario: (1) una differenza nel tasso di incremento delle retribuzioni, dovuta a cambiamenti nella domanda e offerta di lavoro; (2) in una situazione in cui le regole di determinazione della retribuzione variano in base alla differente durata del contratto, è aumentata la proporzione di lavoratori con contratti di durata maggiore (e cioè la proporzione di lavoratori con più rilevanti differenziali); (3) gli aggiustamenti dell'occupazione vengono determinati in riferimento ai carichi

note

(2) La "Ricerca su come lavoratori di diverse tipologie siano utilizzati nel posto di lavoro" (*Survey of How Various Workers are Used in the Workplace*) del Ministro del Lavoro (1999) fornisce dati differenti: il 72,6% dei lavoratori che lavorano meno di 5 ore alla settimana sono assunti sulla base di un contratto a termine (tra questi, il 55,8% hanno un contratto a termine della durata dai 7 ai 12 mesi, e il 30,4% della durata dai 4 ai 6 mesi).

(3) Secondo i dati della "Ricerca su come lavoratori di diverse tipologie sono utilizzati nel posto di lavoro" (*Survey of How Various Workers are Used in the Workplace*) del Ministro del Lavoro (1999) il 25,3% dei lavoratori a tempo parziale hanno lavorato per la stessa azienda dai 5 ai 9 anni, e il 17,6% per almeno 10 anni.

Il lavoro a tempo parziale in Giappone
Katsutoshi Kezuka

fiscali e della sicurezza sociale e delle detrazioni per i coniugi; (4) sono cambiati i differenziali retributivi tra le varie tipologie di impiego e la importanza relativa delle varie tipologie (di impiego) (4). Anche volendo prescindere dalle retribuzioni, le differenze tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno sono evidenti nelle regole relative ai contributi per la pensione e in tema di welfare. La percentuale di aziende dotate di un sistema di regole relative ai contributi pensionistici specifico per i lavoratori a tempo parziale era pari solamente al 9% nel 1995; inoltre, persino tali aziende, come regola generale, utilizzano criteri differenti nel calcolo dell'ammontare dei pagamenti.

Tabella 1.

Anno	uomini			donne		
	lavoratori standard	lavoratori part-time	Wage ratio (Regular worker = 100)	lavoratori standard	lavoratori part-time	Wage ratio (Regular worker = 100)
1989	934	662	70.9	1542	855	55.4
1990	989	712	72.0	1632	944	57.8
1991	1072	770	71.8	1756	1023	58.3
1992	1127	809	71.8	1812	1053	58.1
1993	1187	832	70.1	1904	1046	54.9
1994	1201	848	70.6	1915	1037	54.2
1995	1213	854	70.4	1919	1061	55.3
1996	1255	870	69.3	1976	1071	54.2
1997	1281	871	68.0	2006	1037	51.7
1998	1295	886	68.4	2002	1040	51.9

Fonte: Ministro del lavoro, *Chingin Kūzo Kihon* (Basic Surveys on Wage Structure).

2.3. Il lavoro "quasi" a tempo parziale

Come si può notare, l'aspetto caratterizzante il lavoro a tempo parziale in Giappone è quello del sostanziale divario tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno, in termini di tipologia contrattuale e di condizioni di lavoro. Ciò si verifica in quanto le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo pieno (e cioè dei lavoratori regolari) non sono determinate dal meccanismo del mercato del lavoro esterno all'azienda, ma dalle regole interne all'azienda e da fattori quali le capacità professionali che uno è in grado di sviluppare (il livello di formazione) e da altre caratteristiche come ad esempio l'età o la anzianità. Invece, i lavoratori a tempo parziale vengono trattati come lavoratori "non-regolari". Le mansioni di ciascuno in ogni luogo di lavoro determinano la retribuzione su base oraria, con la conseguenza di rendere i lavoratori a tempo parziale non candidabili ad aumenti salariali regolari, o al pagamento di bonus e ai contributi pensionistici.

Tali differenze nel trattamento dei lavoratori emergono dalla prassi di avere lavoratori che lavorano un numero elevato di ore e che solo nominalmente sono lavoratori a tempo parziale ("i lavoratori quasi a tempo parziale"). I lavoratori regolari sono tutelati da regole imperniate sul sistema dell'anzianità e sull'impiego che dura l'intera vita. Nel momento in cui si rendono disponibili lavoratori a tempo parziale, le cui retribuzioni sono fissate su base oraria, allora le aziende naturalmente tendono a fare un utilizzo pieno di tali lavoratori. In Giappone, il termine "*paato taimu*", che deriva dalla lingua inglese, indica semplicemente dei lavoratori pagati su base oraria e ha perso il collegamento coll'orario ridotto. In questa accezione, i lavoratori a tempo parziale sono solamente dei lavoratori pagati all'ora che vengono trattati in maniera differente dai lavoratori regolari, in termini di pagamenti di bonus e di contributi per la pensione.

(4) Il Libro Bianco sul Lavoro del 1998 (*The 1998 White Paper on Labour*).

2.4. L'“aggiustamento” delle ore lavorate da parte dei lavoratori a tempo parziale.

Mentre i “lavoratori quasi a tempo parziale” possono essere definiti come dei lavoratori “pagati all’ora” che non hanno un orario ridotto, esistono anche dei lavoratori a tempo parziale (nel loro significato originario) che sono costretti ad accorciare il loro orario di lavoro, e sono di una certa rilevanza quando si analizza il lavoro a tempo parziale in Giappone. Tali lavoratori sono una creazione dei sistemi fiscali e delle assicurazioni sociali.

Tabella 2. Sistemi di tassazione e sicurezza sociale dei lavoratori part-time.

Obligation to join Employment Insurance Scheme	When weekly scheduled work+ng hours total 20 hours or more: the tenure is 1 year or more: and expected annual income is 900.000 or more				
Obligation to join Social Insurance Scheme	Requirement (working hours/annual income)		Medical Case Insurance	Pension	
	3/4 or more of the weekly scheduled working hours and the monthly scheduled working days of regular employees		Insured under Health Insurance Scheme for employees	Insured under a pension plan for employees (e.g. employees' Pension Plan) (Category 2 insurree under National Pension Plan)	
	Less than 3/4 of the weekly scheduled working hours and the monthly scheduled working days of regular employees: 1.300.000 or more annual income		Insured under National Health Insurance	People not insured under a pension plan for employees (e.g. Employees' Pension Plan) nor the spouse of such an insurree (Category 1 insurree under National Pension Plan)	
	Less than 3/4 of the weekly scheduled working hours and the monthly scheduled working days of regular employees: 1.300.000 annual income		Covered by the scheme for employees to which the spouse belongs	Covered by the Employees' Pension Plan to which the spouse belongs (Category 3 insurree under National Pension Plan)	
Tax	Tax obligation			Tax exemption for the spouse of the part-time worker	
	Annual income (yen)	Income tax	Residence tax	Tax exemption	Special tax exemption
	Up to 990.000	X	X	○	○
	Over 990.000 but under 1.030.000	X	○	○	○
	1.030.000	X	○	○	X
	Over 1.030.000 but under 1.410.000	○	○	X	○
	1.410.000 and over	○	○	X	X

Il prelievo fiscale sui redditi scatta per il lavoro a tempo parziale se il reddito annuo supera 1.03 milioni di Yen e l'imposta locale si applica sui redditi annui che superano 0,99 milioni di Yen. Indipendentemente da ciò, il coniuge del lavoratore a tempo parziale in questione perde il suo status di “esentasse” rispetto alle imposte sul reddito e a quelle locali.

Per quanto riguarda le assicurazioni sociali, se il reddito annuo del lavoro a tempo parziale è inferiore a 1,3 milioni di yen, allora il lavoratore è considerato “a carico” del coniuge e non deve pagare il premio assicurativo. Al raggiungimento dell'età pensionabile, il lavoratore ha diritto alla quota-base della pensione sulla base del piano a cui il coniuge ha aderito. D'altra parte, se il reddito è superiore a 1,3 milioni di yen, il lavoratore non viene più considerato “a carico” del coniuge e deve pagare i premi assicurativi relativi all'assistenza sanitaria e alla pensione. Inoltre, in questi casi, il lavoratore deve aderire al piano nazionale pensionistico come assicurato di “categoria 1”, ma una parte della pensione - proporzionata al reddito - a differenza del piano pensionistico dei lavoratori dipendenti, non viene pagata e il lavoratore non necessariamente riceverà dei benefici dall'aver versato i contributi nel piano nazionale pensionistico.

Più importante ancora è che, sebbene un discreto numero di aziende offra assegni familiari, il diritto ad usufruirne è strettamente connesso con i sistemi fiscali e di assicurazione, così da far sì che un lavoratore il cui coniuge percepisce un reddito pari o superiore a 1,03 o 1,3 milioni di yen non potrà beneficiare degli assegni.

Sulla base di tali sistemi fiscali e di assicurazione, è probabilmente inevitabile il fatto che le

Il lavoro a tempo parziale in Giappone
Katsutoshi Kezuka

donne sposate impegnate in attività di lavoro a tempo parziale modifichino il loro orario di lavoro, in modo tale da evitare l'obbligo del versamento delle tasse e dei premi assicurativi (5).

3. Politiche e problemi di natura giuridica concernenti il lavoro a tempo parziale.

3.1. La normativa sul lavoro a tempo parziale.

In questo contesto, l'interrogativo su come diminuire il divario esistente tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori "regolari" a tempo pieno in riferimento a tipologie contrattuali e condizioni di lavoro, è diventato un problema giuridico di importanza cruciale. Le sole politiche legislative adottate, se si prescinde da una versione "rinnovata" del principio che i lavoratori a tempo parziale possano godere di permessi retribuiti in proporzione alla loro anzianità (che ora può essere fatto rispettare sulla base della normativa vigente) sono rappresentate da linee-guida amministrative per migliorare il trattamento dei lavoratori a tempo parziale. La legge concernente il miglioramento della gestione dell'utilizzo dei lavoratori a tempo parziale (*Part-time Work Law*) è entrata in vigore il 18 giugno 1993 con i seguenti obiettivi: (1) assicurare condizioni di lavoro adeguate ai lavoratori a tempo parziale; (2) la realizzazione di attività di formazione; e (3) il miglioramento delle regole del welfare. Tuttavia, il suo obiettivo principale è stato quello di migliorare il trattamento dei lavoratori a tempo parziale, facendo in modo che i contenuti della legge siano meglio conosciuti dalle aziende e fornendo alle aziende dei sussidi (6).

Sotto un profilo giuridico, tra i contenuti significativi emergono quelli dell'Articolo 6, secondo cui i datori di lavoro sono tenuti a fornire ai lavoratori a tempo parziale la comunicazione ufficiale della avvenuta assunzione e secondo cui sarebbe auspicabile che al lavoratore a tempo parziale assunto in via continuativa per più di un anno venisse comunicata con preavviso la notizia che il contratto termina alla scadenza. Tuttavia, entrambe queste prescrizioni implicano solamente degli « obblighi di fare dei tentativi » e quindi non hanno un valore giuridico vincolante per le aziende che li violano. Analogamente, per ciò che concerne la questione della parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale, la legge stabilisce che « i datori di lavoro dovranno cercare di promuovere una utilizzazione effettiva delle capacità dei lavoratori a tempo parziale, tenendo in dovuta considerazione le condizioni attuali di lavoro dei lavoratori a tempo parziale in questione, e (dovranno cercare di) mantenere un equilibrio con i lavoratori regolari, assicurando appropriate condizioni di lavoro, implementando istruzione e formazione, migliorando il loro welfare e la gestione delle risorse » (Art. 3). Ancora una volta, la legge assegna alle aziende solamente un « obbligo di fare dei tentativi ».

Di conseguenza, è difficile sostenere che la "Legge sul lavoro a tempo parziale" (*Part-time Work Law*) abbia fornito dei contributi di qualche rilievo alla formulazione delle regole sull'occupazione dei lavoratori a tempo parziale, con l'eccezione della regola che prevede l'obbligo della comunicazione ufficiale della avvenuta assunzione, contenente l'indicazione delle condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale e la definizione formale delle regole di lavoro per tali lavoratori.

3.2. Il contenzioso concernente il lavoro a tempo parziale e la tendenza delle Corti nei giudizi.

Dal momento che i problemi di natura giuridica dei lavoratori a tempo parziale in Giappone riguardano lavoratori « non-regolari », molti motivi di contenzioso riguardano la cessazione del rapporto di lavoro e il licenziamento di lavoratori assunti a termine. Per ciò che concerne la cessazione del rapporto, la giurisprudenza in materia ha stabilito la regola di applicare per analogia ai lavoratori a tempo parziale assunti a tempo indeterminato la normativa che

note

(5) Secondo i dati della "Ricerca su come lavoratori di diverse tipologie siano utilizzati nel posto di lavoro" (*Survey of How Various Workers are Used in the Workplace*) (1999), il 42,3% dei lavoratori a tempo parziale modificano attualmente il proprio orario di lavoro.

(6) I sussidi vengono dati alle aziende che migliorano i sistemi di trattamento dei lavoratori a tempo parziale dando ai lavoratori, per esempio, la possibilità di sottoporsi ad analisi mediche e di seguire corsi di formazione, nonché alle aziende e alle organizzazioni che realizzano ricerche e seminari connessi al miglioramento di tali sistemi.

regola l'abuso dell'esercizio del diritto di licenziare i lavoratori regolari (7). (In base alla dottrina, un licenziamento viene considerato legittimo, solo se basato su motivi obiettivamente ragionevoli). Questa interpretazione non implica di per sé che un contratto a tempo parziale a termine sia trasformato in un contratto a tempo indeterminato, nel caso in cui il contratto originario sia stato più volte prorogato, ma (implica che) vengano richieste determinate motivazioni per la sua cessazione.

In questo modo, per i lavoratori a tempo parziale a termine è possibile ottenere la sicurezza dell'impiego sotto forma di contratti di lunga durata. Tuttavia, tali lavoratori restano ancora in uno status giuridico estremamente mutevole, dal momento che l'applicazione della dottrina relativa all'abuso del diritto di licenziare i lavoratori a tempo parziale a termine, non è così vincolante per il datore di lavoro come lo è nel caso di licenziamento di lavoratori assunti a tempo indeterminato. Più importante ancora è il fatto che un contratto di lavoro a tempo determinato che sia stato prorogato in nessun modo può venire equiparato a un contratto a tempo indeterminato di un lavoratore regolare. Laddove i licenziamenti siano dovuti ad "aggiustamenti" occupazionali (e cioè a licenziamenti collettivi per motivi economici), il diritto di licenziare lavoratori a tempo parziale non viene negato dalla Corte Suprema prima di quello (di licenziare) lavoratori regolari (8).

Le decisioni sul caso "Allarmi Maruko" (9) nel 1996 hanno avuto una significativa ripercussione sociale sulla questione del diverso trattamento dei lavoratori a tempo parziale, determinato dal fatto che essi vengono considerati lavoratori "non-regolari". Ventotto donne sposate, che avevano lavorato per la stessa società per un periodo di tempo di durata compresa tra 6 e 27 anni, sulla base di contratti di due mesi ripetutamente prorogati ed erano state ingaggiate con gli stessi obblighi e con lo stesso orario dei lavoratori regolari, hanno portato il loro caso alla attenzione della Corte. Esse sostenevano che il differenziale retributivo esistente tra loro e i lavoratori regolari (da un milione a 5 milioni di yen all'anno) costituisse una violazione dell'Art. 4 della "Legge sugli standard del lavoro" (*Labour Standards Law*) (e cioè del principio della parità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici) e del principio della parità di retribuzione a fronte di prestazioni di lavoro di pari valore. Esse reclamavano retribuzioni uguali a quelle dei lavoratori regolari. La Corte stabilì che "non è possibile sostenere che il principio di parità retributiva per lavoro di eguale valore esista come regola generale che governa i rapporti di lavoro", ma che "mentre, a una prima occhiata, le regole relative al divieto di trattamenti discriminatori, come ad esempio gli Articoli 3 e 4 della "Legge sugli standard del lavoro", proibiscono semplicemente trattamenti discriminatori sulla base dello status sociale e del credo, in realtà esiste una filosofia sottostante che è quella della parità di trattamento, in base alla quale gli individui dovrebbero essere pagati nello stesso modo per lavoro di eguale valore." La decisione proseguiva stabilendo che "questo dovrebbe essere visto come un principio universale di diritto civile secondo cui tutti gli esseri umani vengono considerati di eguale valore".

Perciò la Corte stabilì che "il principio della parità di trattamento dovrebbe servire come criterio di importanza cruciale per giudicare della illegalità o no del pagamento di retribuzioni differenti, e che stabilire retribuzioni differenti in violazione di tale principio può costituire un atto che fuoriesce dalla discrezionalità del datore di lavoro e viola in questo modo l'ordine pubblico e la morale". La Corte concluse che: "non tutte le differenze retributive esistenti tra le ricorrenti (che erano assunte a tempo determinato) e le lavoratrici "regolari" devono essere considerate illegittime soltanto sulla base della considerazione che il tipo di attività (che costituisce il criterio di valutazione più importante) è lo stesso" ma che in ogni caso "l'anzianità deve essere tenuta in considerazione per i lavoratori a termine che hanno prestato servizio per più di un certo numero di anni, nella stessa misura in cui essa viene tenuta in considerazione per i lavoratori regolari...Se le retribuzioni delle ricorrenti ammontano a importi inferiori all'80% delle retribuzioni delle lavoratrici "regolari" con la stessa anzianità, allora la differenza retributiva eccede evidentemente un livello accettabile e a questa stregua la discrezionalità della società convenuta ha violato l'ordine pubblico e la morale."

Si potrebbe aggiungere che la decisione della Corte si spinge oltre nel ricavare "la violazione

note

(7) *Toshiba Yanagimachi Factory case*, Sup. Ct. July 22, 1974; 28 Civ. Cases 927.

(8) *Hitachi Medical Corp. case*, Sup. Ct. December 4, 1986; 486 *R-od-o Hanrei* 6. La Corte sostenne che non è cosa irragionevole per il management aziendale quella di far cessare i rapporti di lavoro a termine prima di procedere nella richiesta di pensionamenti volontari dei lavoratori regolari.

(9) *Maruko Alarms case*, Nagano Dist. Ct., Ueda Br. March 15, 1996. 690 *R-od-o Hanrei* 32.

Il lavoro a tempo parziale in Giappone
Katsutoshi Kezuka

dell'ordine pubblico e della morale" dal principio della parità di trattamento (10) e non chiarisce le ragioni in base alle quali viene stabilito il 20% (o più) di differenziale retributivo come percentuale implicante la violazione della legge. Ciò nonostante, il fatto che tale decisione stabilisca l'illegittimità di remunerare i lavoratori a tempo parziale, impegnati in mansioni relativamente semplici e ingaggiati per un lungo periodo di tempo sulla base di condizioni simili a quelle dei lavoratori regolari, con retribuzioni del 20% inferiori a quelle dei lavoratori regolari, costituisce un fatto importante in quanto mette in risalto un problema cruciale e mette in guardia rispetto a ulteriori ritardi legislativi.

4. Nuove misure per la parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale.

4.1. Suggerimenti su come realizzare la parità di trattamento.

In conseguenza di questi cambiamenti, la "Legge sul lavoro a tempo parziale" è stata sottoposta ad un processo di valutazione; a tre anni dalla entrata in vigore della legge, si è reso infatti necessario procedere a una sua revisione. Di conseguenza, nel 1996, il Ministro del Lavoro ha istituito il « Gruppo di studio concernente il lavoro a tempo parziale » che nel settembre del 1997 ha prodotto un rapporto relativo alle politiche sul lavoro a tempo parziale. Il rapporto indicava la necessità di: una disamina completa delle varie procedure, come il fare chiarezza riguardo alle condizioni di lavoro e indicava la necessità di una gestione delle risorse umane che si adattasse in maniera flessibile ai vari tipi di lavoratori; di un equilibrio tra i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori regolari. Il rapporto si occupava anche: dei problemi connessi con la cessazione dei rapporti di lavoro; dei problemi relativi all'"aggiustamento" delle modalità di lavoro e delle possibili tipologie di impiego. Nel febbraio del 1998, seguendo quanto contenuto nel rapporto, all'Assemblea sui problemi delle donne e dei giovani lavoratori fu chiesto di misurare il livello di "equilibrio" nei "trattamenti e condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale in rapporto a quelli dei lavoratori regolari". Ciò fu seguito dalla creazione nel dicembre del 1998 del "Gruppo di studio sulla gestione dei lavoratori a tempo parziale", che mise a punto un rapporto nell'aprile del 2000.

Questo rapporto stabilisce che - poiché quasi il 60% delle aziende ha lavoratori a tempo parziale impegnati in compiti simili a quelli dei lavoratori regolari e poiché all'incirca il 50% (delle aziende) ha lavoratori a tempo parziale che hanno lavorato per la stessa azienda per almeno 10 anni e poiché il 20% impiega lavoratori a tempo parziale con un orario di fatto simile a quello dei lavoratori regolari (e ciò con l'utilizzo di ore di lavoro supplementare e con la ricollocazione dei lavoratori in settori differenti all'interno della azienda) - il chiedersi se "gli obblighi gravanti sui lavoratori a tempo parziale sono gli stessi di quelli dei lavoratori regolari" dovrebbe diventare un interrogativo di importanza cruciale in riferimento alla questione dell'"equilibrio". Seguendo questa impostazione, il rapporto suggerisce un possibile strumento di misurazione del punto di equilibrio, ripartendo i lavoratori a tempo parziale in due gruppi: il gruppo dei lavoratori di "tipo A", che è formato da lavoratori che hanno gli stessi obblighi dei lavoratori regolari; e il gruppo dei lavoratori di "tipo B", costituito da lavoratori sui quali gravano obblighi differenti.

Con riferimento ai lavoratori a tempo parziale del gruppo di tipo A, il rapporto richiede, sia nei confronti dei lavoratori regolari sia nei confronti dei lavoratori a tempo parziale, l'applicazione di metodi identici di determinazione del trattamento e delle condizioni di lavoro (e cioè l'adozione della stessa struttura retributiva, di identici criteri per i pagamenti e degli stessi metodi di valutazione del personale e di pagamento). Laddove sussista una motivazione ragionevole, rimarrebbe ancora la possibilità di applicare ai lavoratori a tempo parziale differenti trattamenti e condizioni di lavoro, anche se occorrerebbe mantenere un certo sistema di salvaguardia dell'equilibrio in termini di livelli di trattamento e di condizioni di lavoro e risulterebbe necessario, in riferimento ai lavoratori a tempo parziale, che "le tariffe orarie siano in linea con le tariffe dei lavoratori regolari". Nello stesso tempo, laddove nascano delle questioni relative ai livelli di inquadramento, il rapporto introduce la possibilità di avere delle differenze ragionevoli qualora: i lavoratori a tempo parziale non

note

(10) Secondo il parere dell'autore, è corretto vedere il principio generale della parità di trattamento, a differenza del divieto di discriminazione sociale, come un dovere basato meno sul principio dell'ordine pubblico, piuttosto che su quello della buona fede.

lavorino oltre il loro orario di lavoro; non lavorino durante le vacanze; non vengano trasferiti ad altri settori, né ad altri uffici o sedi di lavoro. Analogamente a quanto previsto per i pagamenti dei bonus e per il versamento dei contributi pensionistici, il rapporto stabilisce che “sarebbe appropriato stabilire una qualche regola ragionevole”, concernente il mantenimento degli stessi metodi di determinazione e un equilibrio riguardo ai livelli.

Il rapporto non giunge a nessuna conclusione concreta sul problema di come trattare i lavoratori a tempo parziale del gruppo di tipo B, per fare in modo che un certo equilibrio venga mantenuto. Il rapporto si limita a raccomandare che in riferimento alla retribuzione, al pagamento dei bonus e al versamento dei contributi per la pensione si tenga conto degli obblighi e dei livelli dei lavoratori interessati; in particolare, il trattamento dovrebbe essere determinato sulla base del grado di specializzazione, della capacità di portare a termine i propri compiti, dei risultati passati, etc. Nei casi in cui, col passare del tempo, si verifichi un miglioramento nelle “capacità” dei lavoratori a tempo parziale, occorrerebbe che tale miglioramento si ripercuotesse sui loro trattamenti e che venissero fornite delle occasioni di istruzione e di formazione.

Il rapporto auspica, oltre a un trattamento “bilanciato” per i lavoratori a tempo parziale, la creazione di presupposti che consentano ai lavoratori a tempo parziale di avere più possibilità di scelta riguardo agli “stili” di lavoro. Dovrebbe essere adottato un sistema che dia loro l’opportunità, dopo essere stati assunti come lavoratori a tempo parziale, di diventare lavoratori regolari. Ciò richiederebbe: (1) una specificazione chiara dei criteri di modifica dei contratti di assunzione; (2) il quadro completo delle condizioni di lavoro a seguito di una modifica; (3) che la conoscenza di tale sistema fosse diffusa e che venisse corredata delle informazioni necessarie. In aggiunta, il rapporto stabilisce che le aziende dovrebbero prendere in esame gli “stili” di lavoro dei lavoratori regolari e dare loro l’opportunità di diventare lavoratori a tempo parziale.

4.2. Significato e limiti del rapporto.

Il segno distintivo di questo rapporto è quello di aver sviluppato un approccio corretto riguardo al tema della parità di trattamento — nei casi in cui sui lavoratori a tempo parziale gravino gli stessi obblighi dei lavoratori regolari — e, specificamente, l’aver indicato la necessità di servirsi degli stessi metodi per determinare il trattamento e gli standard per le condizioni di lavoro. Tuttavia, l’idea di “equilibrio”, mentre sembra implicitamente dare per scontata la parità di trattamento, nel senso che le retribuzioni dovrebbero essere le stesse qualora i compiti assegnati siano gli stessi, nello stesso tempo non rifiuta l’idea di differenze ragionevoli tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno regolari. Di conseguenza, l’importanza del rapporto sta piuttosto in due altri aspetti. Innanzitutto, nel fatto che venga dichiarato apertamente l’obbligo, gravante su coloro che sono impegnati nella gestione delle risorse umane, di spiegare ogni singola differenza di trattamento tra i due tipi di lavoratori, e, in secondo luogo, nel tentativo di definire in via quantitativa tali differenze. Alcuni potrebbero essere scettici riguardo a questo modo di “porre rimedio” a tali differenze, ma il rapporto offre una possibilità per colmare il divario tra il trattamento accordato ai lavoratori regolari e ai lavoratori a tempo parziale e per determinare possibilmente una revisione del trattamento applicato ai primi. La tesi del rapporto è che se all’azienda, nel momento in cui ai lavoratori vengono assegnati gli stessi obblighi, viene richiesta l’adozione degli stessi metodi per la determinazione del trattamento di entrambe le categorie di lavoratori o almeno (viene richiesto) che vi sia una situazione bilanciata, i lavoratori a tempo parziale diventano più competitivi. In questo modo la azienda potrà utilizzare pienamente le competenze specialistiche di questi lavoratori. Nello stesso tempo, l’azienda preferirà formare dei gruppi per realizzare degli obiettivi specifici o dei gruppi di specialisti nell’ambito dei lavoratori regolari.

Tuttavia, le aziende sono più inclini a tenere completamente distinti gli obiettivi dei lavoratori a tempo parziale da quelli dei lavoratori regolari. In altre parole, dal momento che il rapporto non fornisce strumenti concreti di valutazione della parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale sui quali gravino degli obblighi diversi rispetto a quelli dei lavoratori regolari, per le aziende il modo più efficace di “adeguarsi” al principio della parità di trattamento è quello di assegnare compiti diversi alle varie categorie di lavoratori.

Il lavoro a tempo parziale in Giappone
Katsutoshi Kezuka

5. Gli obiettivi futuri

Da un punto di vista giuridico, la strategia riguardo al lavoro a tempo parziale è stata quella di concentrarsi sulla prevenzione delle controversie di lavoro, facendo in modo che le aziende chiarissero ai lavoratori le condizioni di lavoro. Gli sforzi devono ora concentrarsi sulla questione di come realizzare la parità di trattamento. Tuttavia, fintanto che viene mantenuta la natura giuridica della attuale Legge sul lavoro a tempo parziale, è difficile che vi siano ulteriori progressi. È impossibile realizzare il desiderio dei lavoratori a tempo parziale relativo alla parità di trattamento, semplicemente chiedendo alle aziende di migliorare la gestione delle risorse, né un simile approccio al problema può costituire una chiara linea-guida, sotto il profilo della dottrina giuridica. In futuro, occorrerà rinforzare l'aspetto legale della "Legge sul lavoro a tempo parziale" e incoraggiare la produzione di casi giurisprudenziali in materia di "differenze ragionevoli", attraverso l'introduzione di un articolo di legge che proibisca "ai datori di lavoro di trattare i lavoratori a tempo parziale in maniera differente dai lavoratori a tempo pieno (lavoratori regolari) senza che vi siano dei motivi ragionevoli." Dal punto di vista della dottrina giuridica, sarà necessario chiarire il significato di "equilibrio" (o bilanciamento) nella Legge sul lavoro a tempo parziale, nell'ambito della distinzione fatta tra "equilibrio" e "parità".

L'autore vede l'"equilibrio" come un compromesso tra il principio valido all'interno dell'organizzazione (di parità) e il principio proprio del mercato (di libertà contrattuale). In altre parole, la somiglianza del lavoro o degli obblighi non implica necessariamente il diritto a un trattamento uguale. Se si eccettua il caso in cui le differenze derivano da ragioni appartenenti alla sfera della discriminazione sociale, come ad esempio il sesso, il credo e la nazionalità, le differenze di trattamento riferite allo stesso tipo lavoro o agli stessi obblighi possono essere viste come facenti parte dell'obiettivo della libertà contrattuale. Tuttavia, poiché un lavoratore diventa "un interno" quando lavora per un lungo periodo nella stessa azienda, la questione entra nella sfera dei principi validi all'interno dell'organizzazione; pertanto, trattando in maniera differente il lavoratore in questione, è altamente probabile violare il principio di parità. In breve, quanto più il lavoratore è "coinvolto" nell'azienda, tanto più ci si aspetta dall'azienda che venga trattato nello stesso modo. In questa accezione, creare un "equilibrio" significa modulare la parità di trattamento sul grado di inserimento del lavoratore a tempo parziale nell'organizzazione aziendale (11).

Un altro aspetto cruciale, quando si prendono in considerazione i lavoratori a tempo parziale e i lavoratori non regolari, è quello di tenere in considerazione le loro capacità professionali. Allo stato attuale, il tradizionale sistema basato sulla anzianità sta subendo una drastica revisione con la graduale adozione di un sistema basato sui risultati. Da parte loro, i lavoratori sono inoltre desiderosi di migliorare le loro capacità professionali, al fine di raggiungere una vita professionale svincolata dai loro impieghi del momento. In particolare, le donne lavoratrici sono ansiose di vedersi applicare un sistema di determinazione della retribuzione incentrato sui loro obiettivi. Da ciò deriva la possibilità di stabilire un altro principio concernente il trattamento dei lavoratori - quello del rispetto delle capacità professionali - oltre a quello della parità di trattamento. Perfino se un trattamento differenziato venisse introdotto, sulla base dei rispettivi obblighi, tra i lavoratori a tempo parziale e quelli regolari, ciò renderebbe più realistica una cornice giuridica secondo cui si renderebbero necessari cambiamenti di tipi di contratto, sulla base del grado di "inserimento" nella azienda.

Per finire, sussistono delle limitazioni ai tentativi legali di realizzare la parità di trattamento dei lavoratori a tempo parziale. Poiché la questione del trattamento giuridicamente riconosciuto come "uguale" è un problema in cui è implicato il principio di parità intra-organizzativa, questo approccio è per sua natura confinato all'interno delle singole aziende. La "equità" delle retribuzioni ha due aspetti, uno interno ed uno esterno; l'approccio giuridico persegue come obiettivo quello della equità all'interno della azienda. Quando le retribuzioni vengono in realtà determinate nel mercato del lavoro esterno, emerge allora una limitazione della azione rivolta a "correggere" le retribuzioni dei lavoratori a tempo

note

(11) Dal momento che il problema del lavoro a tempo parziale in Giappone di fatto rientra nella sfera della questione dei lavoratori non-regolari, non è allora possibile trascurare i vincoli che la legge pone in materia di contratti a termine; il principio "dell'essere interno" (all'organizzazione), che sottolinea la necessità che venga adottato un trattamento uguale in corrispondenza di rapporti di lunga durata, è anche applicabile nel loro caso.

parziale sulla base delle regole individuate all'interno di una azienda. Qualora nel mercato esterno venga a crearsi un valido meccanismo di determinazione della retribuzione che sia basato sulle capacità professionali dei lavoratori, il ruolo attribuito alla legge verrà ridimensionato. Per arrivare a ciò, le organizzazioni sindacali e imprenditoriali, così come il governo dovranno giocare un ruolo importante. E' inoltre necessaria una riforma dei sistemi di tassazione e di sicurezza sociale poiché tali sistemi influenzano il modo in cui i lavoratori a tempo parziale prestano la propria attività lavorativa. Se si mantiene il principio secondo cui le tasse e i premi assicurativi vengono pagati in base al tipo di impiego del singolo individuo, i lavoratori a tempo parziale con l' "aggiustamento" del numero di ore lavorate potrebbero ostacolare il miglioramento della condizione stessa dei lavoratori a tempo parziale all'interno dell'economia, a meno che i sistemi fiscali ed assicurativi non vengano modificati in modo da essere basati sugli individui e non più sulle famiglie.

Il lavoro a tempo parziale in Giappone
Katsutoshi Kezuka

La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro a termine in Spagna

Sommario

1. Nota introduttiva di Carmen Agut García e Michele Tiraboschi. **2.** Allegato. *Real Decreto Ley n. 5/2001 del 2 marzo 2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*

1. Nota introduttiva di Carmen Agut García e Michele Tiraboschi

Nell'ambito di una più ampia riforma volta alla modernizzazione del mercato del lavoro, con il Real Decreto Ley n. 5/2001 del 3 marzo 2001 il Governo spagnolo ha recentemente introdotto una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro a tempo determinato.

Anche se non indicato nell'esposizione dei motivi, le modifiche in materia di lavoro a termine si limitano, invero, a portare a compimento il processo di trasposizione della Direttiva europea sul lavoro a tempo determinato n. 99/70/CE del 28 giugno 1999 e a introdurre alcune marginali modifiche alla disciplina previgente. Per quanto riguarda la trasposizione della Direttiva sul lavoro a termine, il Real Decreto Ley contiene, infatti, un semplice rinvio alla contrattazione collettiva nazionale di categoria (o, in mancanza, ai contratti collettivi di categoria di livello inferiore: della Comunità Autonoma, provinciali, etc.) per la fissazione di requisiti aggiuntivi volti a prevenire abusi nella stipulazione successiva di contratti a tempo determinato. Viene poi ribadito — e precisato — il principio cardine della Direttiva n. 99/70/CE, secondo cui i lavoratori con contratto a termine devono poter beneficiare degli stessi diritti dei lavoratori con contratto a tempo determinato, in particolare quelli connessi all'anzianità nell'impresa. Al datore di lavoro viene richiesto di informare i propri dipendenti con contratto a termine circa l'esistenza di posti di lavoro resisi vacanti, al fine di garantire ampia opportunità di accedere a posti di lavoro permanenti. A questo proposito, viene altresì fatto rinvio alla contrattazione collettiva con riferimento alla individuazione dei « mezzi per facilitare l'effettivo accesso di questi lavoratori alla formazione professionale continua, al fine di migliorare la loro qualifica e favorire le loro prospettive di carriera e la mobilità professionale » .

Inoltre per dare attuazione alle indicazioni comunitarie, sempre in materia di contrattazione a termine vengono introdotte delle modifiche in relazione alla durata del contratto dei lavoratori c.d. « eventuales », e si introduce una nuova tipologia di contrattazione a termine, « il contratto di inserimento per la realizzazione di una opera o di un servizio di interesse generale o sociale », concluso con una Amministrazione pubblica (anche se questa possibilità già esisteva nella normativa precedente). Ferma restando la particolare disciplina di estinzione ipse iure del rapporto allo scadere del termine, la modifica più importante contenuta nel Real Decreto-Ley si riferisce alla introduzione di una indennità per la conclusione del contratto a termine (esclusi il contratto di lavoro interinale, il nuovo contratto di inserimento e i contratti

Il lavoro a tempo parziale e il lavoro a termine in SpagnaMichele Tiraboschi e
Carmen Agut García

formativi) consistente in una percentuale corrispondente a otto giorni di salario per anno di servizio, senza che questa cifra possa essere aumentata dalla contrattazione collettiva.

Sicuramente più articolato e complesso è invece l'intervento in materia di lavoro a tempo parziale, che, non a caso, ha costituito uno dei principali motivi di contrapposizione tra il Governo e le parti sociali nella trattativa sulla introduzione di questa ulteriore riforma del mercato del lavoro spagnolo.

Si deve infatti segnalare — come del resto chiaramente indicato nella premessa del Decreto qui di seguito allegata — che in questo caso, seppure si tratti di un ulteriore tassello della riforma del mercato del lavoro spagnolo — che ha preso il via con gli accordi triangolari del 1997, poi recepiti nella Legge 63/1997, del 26 dicembre 1997 (cfr. AA.VV., *La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, a cura di, Valdés Dal-Re F., Valladolid, Lex Nova, 1997; AA.VV., *La reforma laboral de 1999*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Loffredo, *L'accordo interconfederale spagnolo di aprile 1997 sulla estabilidad del empleo*, in *LD*, 1998), e che è stata ulteriormente implementata con l'Accordo del 13 novembre del 1998, recepito nel Real Decreto-Ley 15/1998 del 27 novembre 1998 — il Governo ha proceduto in via unilaterale, una volta constatata l'impossibilità di pervenire a un accordo con le parti sociali e, segnatamente, con le organizzazioni sindacali dei lavoratori: è la prima volta in cinque anni che il Governo spagnolo adotta un provvedimento di rilievo in materia di mercato del lavoro senza aver preventivamente ottenuto il 'consenso' politico delle parti sociali. Ed invero, non è peraltro mancato chi, proprio alla luce della riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale, ha visto in questo intervento unilaterale del Governo un atteggiamento di favore verso le tesi delle organizzazioni datoriali che potrebbe incidere sul modello di concertazione sociale sin qui adottato (cfr. C. Parra, *La Reforma laboral – El Gobierno amplía los contratos fijos con despido más barato*, in *El País*, 3 marzo 2001 e, sebbene con toni parzialmente più sfumati, l'Editoriale de *El Mundo* del 3 marzo 2001, *Una pequeña reforma de una gran reforma*). In effetti, le due modifiche più importanti introdotte con la riforma, e cioè la eliminazione del riferimento al 77% della giornata ordinaria come termine per la determinazione del contratto a tempo parziale e la soppressione della possibilità di consolidare le ore supplementari, hanno comportato il superamento dei principali risultati raggiunti nell'accordo del 1998. Al di là della polemica circa il presunto favore verso le tesi datoriali, l'intervento del Governo spagnolo si pone indubbiamente nella prospettiva di garantire una maggiore attrattività di tale tipologia contrattuale che, attualmente, interessa poco più del 3 per cento della forza-lavoro maschile e il 17,6 per cento della forza-lavoro femminile. Visto il sostanziale insuccesso degli incentivi di tipo economico (cfr. Tiraboschi, *Le prospettive di regolamentazione del lavoro a tempo parziale in Italia e in Europa: vincoli, incentivi e opportunità*, in Biagi (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Milano, 2000, 17 e ss.), il Governo spagnolo ha questa volta fatto ricorso a incentivi di tipo normativo, introducendo una maggiore flessibilità nell'utilizzo del lavoro a tempo parziale. Fermo restando le garanzie di tutela dei lavoratori a tempo parziale, nel rispetto delle indicazioni contenute nella Direttiva europea sul lavoro a tempo parziale n. 97/81/CE del 15 dicembre 1997, il punto qualificante della riforma consiste nella eliminazione del limite massimo della giornata di lavoro per il part-time, che in precedenza era pari al 77 per cento della durata della giornata normale di lavoro. La nuova disciplina considera ora lavoro a tempo parziale tutte quelle prestazioni inferiori alla durata normale dell'orario di lavoro, anche se eccedenti la soglia del 77 per cento.

Sempre in relazione al lavoro a tempo parziale, si è resa flessibile la distribuzione oraria della giornata di lavoro, stabilendosi il computo della giornata con riferimento al totale delle ore lavorate, indipendentemente dalla loro distribuzione.

Il datore di lavoro può ora anche richiedere anche lo svolgimento di ore di lavoro supplementare previo accordo scritto con il lavoratore; l'accordo potrà essere raggiunto al momento della stipulazione del contratto a tempo parziale o anche successivamente a essa. In ogni caso esso costituirà un patto specifico rispetto al contratto. Le ore di lavoro supplementare potranno peraltro essere concordate soltanto in caso di contratti a tempo parziale a tempo indeterminato.

L'accordo sulle ore supplementari dovrà indicare il numero di ore di lavoro supplementare la cui esecuzione potrà essere richiesta dall'imprenditore; tale numero non potrà comunque superare il 15 per cento delle ore ordinarie relative al lavoro oggetto del contratto. I contratti collettivi di categoria (o, in mancanza, i contratti collettivi di livello inferiore) potranno tuttavia stabilire anche percentuali superiori, che in nessun caso potranno eccedere il 60 per cento delle ore ordinarie relative al lavoro oggetto del contratto. Altre

modifiche di rilievo riguardano il limite nella realizzazione di ore supplementari: i contratti collettivi di categoria (o in mancanza, i contratti collettivi di livello inferiore) potranno tuttavia stabilire anche percentuali superiori, che in nessun caso potranno eccedere il 60 per cento delle ore ordinarie relative al lavoro oggetto del contratto, mentre all'interno della normativa precedente il limite massimo era il 30%. Il totale delle ore di lavoro ordinario e delle ore di lavoro supplementare non potrà eccedere il limite legale del lavoro a tempo parziale.

La distribuzione e le modalità di esecuzione delle ore di lavoro supplementare pattuite dovranno attenersi a quanto stabilito dal contratto collettivo applicato e dall'accordo relativo alle ore supplementari. Salvo che il contratto disponga diversamente, il lavoratore dovrà venire a conoscenza del giorno e della ora di svolgimento delle ore supplementari con un preavviso di sette giorni.

Infine, secondo quanto indicato, la nuova regolamentazione del lavoro a tempo parziale elimina la possibilità per il lavoratore, prevista dalla normativa previgente, di modificare la giornata ordinaria inizialmente pattuita, consolidando una parte delle ore supplementari realizzate in aggiunta al tempo lavorato e secondo un complicato meccanismo.

Infine, per ciò che attiene al lavoro fisso discontinuo, che rappresenta una sorta di lavoro a tempo parziale a chiamata, con la riforma si produce una separazione tra i lavori fissi discontinui (quando non esiste la certezza nelle date di chiamata), che adesso cessano di essere considerati lavori a tempo parziale e sono regolati nell'art. 15.8 ET, all'interno delle modalità relative alla durata del contratto, e i lavori fissi periodici (quando le date di chiamata sono certe), che vengono ancora considerati nell'art.12 ET, come lavori a tempo parziale; distinzione che produce effetti rilevanti specialmente in materia di Sicurezza Sociale.

**Il lavoro a tempo
parziale
e il lavoro a termine
in Spagna**

*Michele Tiraboschi e
Carmen Agut García*

2. Allegato. Real Decreto Ley 5/ 2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del Mercado del trabajo para el incremento del empleo y la mejoría de su calidad (*)

La politica sulla occupazione sviluppata nel corso delle ultime due legislature si è caratterizzata, in particolare, per la riforma dello Statuto dei Lavoratori realizzata con la Legge 63/1997, contenente *Misure urgenti per migliorare il mercato del lavoro e incrementare i contratti a tempo indeterminato*, che dà seguito all'*Accordo Interconfederale per la stabilità della occupazione*, sottoscritto dalle parti sociali, e dal Real Decreto Ley 15/1998, contenente *Misure urgenti per migliorare il mercato del lavoro in relazione al lavoro a tempo parziale e all'incremento della sua stabilità*, che riflette l'accordo siglato dal Governo e dalle organizzazioni sindacali più rappresentative.

La Legge 63/1997, oltre a fornire una nuova regolamentazione dei contratti di formazione e a modificare diversi aspetti della contrattazione temporanea, ha introdotto un nuovo schema negoziale a sostegno della utilizzazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato, rivolto a specifici gruppi di persone con particolari difficoltà di inserimento nel mercato del lavoro, caratterizzato dalla previsione, in caso di estinzione del rapporto di lavoro, di una indennità a favore del lavoro inferiore a quella di carattere generale, e con periodo iniziale di applicazione di quattro anni, prevedendo tuttavia una possibile proroga. Da parte sua, il Real Decreto Ley 15/1998 ha previsto una nuova regolamentazione del contratto di lavoro a tempo parziale, in modo da contemperare la tutela dei lavoratori con le esigenze di una maggiore flessibilità delle imprese in relazione ai limiti giuridici della sua utilizzazione, come per esempio attraverso la previsione della possibilità di prevedere ore di lavoro supplementari.

Tutte queste riforme hanno evidenziato taluni effetti positivi derivati dalla loro implementazione, dando luogo, in particolare, a un incremento del numero dei contratti a tempo indeterminato e dei contratti a tempo parziale; nel contempo hanno tuttavia evidenziato anche taluni problemi pratici o disfunzioni in determinate fattispecie contrattuali, come per esempio in relazione al lavoro a tempo parziale. Tali disfunzioni possono essere considerate la causa della mancata valorizzazione delle enormi potenzialità insite nell'utilizzo del lavoro a tempo parziale.

Sia per la necessità di decidere in merito alla continuità del contratto per lo sviluppo dell'occupazione sia per l'urgenza di correggere le disfunzioni segnalate, si è avvertita l'esigenza di predisporre una nuova regolamentazione di queste materie. Inoltre, e più in generale, l'evoluzione positiva della occupazione in questi ultimi anni ha indicato anche la necessità di adottare nuove riforme che continuino a favorire tale evoluzione e, in particolare, a contenere le spinte verso una utilizzazione abnorme dei contratti di lavoro precari.

In questa prospettiva, la nuova disciplina che si introduce ha come obiettivo quello di contribuire a incrementare la stabilità e la qualità della occupazione, così come una migliore utilizzazione, attraverso l'adozione dei correttivi necessari, di tipologie contrattuali già sperimentate nel corso degli ultimi anni (come il contratto per l'incentivazione del contratto a tempo indeterminato e il contratto a tempo parziale), introducendo in particolare nuovi assetti di disciplina ritenuti necessari per lo sviluppo dei rapporti di lavoro, l'incremento della occupazione e la qualità dei lavori creati.

Di conseguenza, vengono introdotte diverse modifiche nello Statuto dei lavoratori, relative, in primo luogo, alla

note

(*) Del Real Decreto Ley vengono di seguito riportati solo i punti relativi alla disciplina del lavoro a tempo parziale. Il testo ufficiale del Decreto è pubblicato sulla *Bolétin Oficial del Estado* n. 54 del 3 marzo 2001
Traduzione di Federica Gambini e Michele Tiraboschi.

Il lavoro a tempo parziale e il lavoro a termine in Spagna*Michele Tiraboschi e Carmen Agut García*

forma, alla durata e alle modalità del contratto di lavoro. All'interno di queste modifiche, occorre sottolineare, in particolare, quelle rivolte a rafforzare il principio di stabilità della occupazione, attraverso l'introduzione di limitazioni e garanzie aggiuntive alla contrattazione temporanea e di durata determinata nel tempo. Allo stesso tempo vengono apportate delle modifiche al regime giuridico del contratto di lavoro a tempo parziale, con lo scopo di dotare questa tipologia contrattuale di maggiore attrattiva in ragione della sua importanza strategica nella prospettiva dell'incremento della occupazione stabile e della adattabilità necessaria tanto alle imprese che ai lavoratori, come enfatizzato da tutti i protagonisti delle relazioni industriali nel contesto comunitario.

omissis

Il Governo ritiene che sarebbe stato auspicabile che questo complesso di riforme fosse, come si è verificato in passato, l'esito di un ampio accordo tra le parti sociali. Tuttavia, la circostanza che, in questo caso, non sia stato possibile raggiungere un tale accordo nei tempi concessi alle parti, non può essere tale da dilazionare ulteriormente l'adozione di misure la cui importanza va colta nella necessità di attuare quanto precedentemente deciso, in modo da consentire la soluzione dei problemi e delle disfunzioni nella normativa lavoristica sin qui emersi e che, laddove non affrontati, potrebbero creare effetti negativi sulla evoluzione della situazione occupazionale.

In ogni modo, il processo di dialogo sociale avviato, anche se fino a ora non ha portato a risultati concreti, ha permesso di conoscere la posizione degli interlocutori sociali e le soluzioni che questi ritengono più adatte, il che, senza dubbio, ha influenzato in maniera decisiva la realizzazione di questa riforma. E, naturalmente, se qualche risultato positivo scaturirà dal dialogo sociale, in relazione a questa o ad altre materie, esso sarà tenuto in debita considerazione dal Governo in merito alle esigenze di continuo adattamento del dato legale alle esigenze, attuali e future, del nostro mercato del lavoro.

Di conseguenza, essendo ritenuta urgente l'adozione delle misure precedenti, sia per permettere la loro immediata applicazione sia per evitare distorsioni nel funzionamento del mercato del lavoro, facendo uso del potere previsto dall'articolo 86 della Costituzione, su proposta del Ministro del Lavoro e della Sicurezza Sociale, e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri riuniti in data 2 marzo 2001,

SI DISPONE**Capo I****MODIFICHE INTRODOTTE NELLO STATUTO DEI LAVORATORI,
TESTO MODIFICATO APPROVATO DAL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DEL 24 MARZO****ARTICOLO 1**

Forma, durata e modalità del contratto di lavoro.

Gli articoli dello Statuto dei Lavoratori, testo modificato approvato dal Real Decreto legislativo 1/1995, del 24 marzo, qui di seguito indicati vengono modificati come segue:

Uno. Il comma 2 dell'articolo 8 viene riscritto nel modo seguente:

« 2. Dovranno essere redatti per iscritto i contratti di lavoro quando lo richieda una precisa disposizione di legge e, in ogni caso, quelli di tirocinio, di formazione, i contratti a tempo parziale, i contratti fissi discontinui, i contratti di sostituzione, i contratti di lavoro a domicilio, i contratti per la realizzazione di una opera o di un servizio determinato, i contratti di inserimento, così come quelli dei lavoratori assunti in Spagna al servizio di imprese spagnole all'estero. Allo stesso modo dovranno avere forma scritta i contratti a tempo determinato di durata superiore a quattro settimane. In caso tale requisito non sia rispettato, il contratto si presumerà a tempo indeterminato e a tempo pieno, salvo prova contraria che dimostri la durata temporanea o parziale delle prestazioni dedotte in obbligazione » .

Due. *omissis*

Tre. Il titolo e il comma 1 dell'articolo 12 vengono modificato nel modo seguente:

« Articolo 12. *Contratto a tempo parziale e contratto di sostituzione.*

1. Il contratto verrà considerato a tempo parziale quando la prestazione lavorativa sia stata definita nell'ambito di un numero di ore al giorno, alla settimana, al mese o all'anno inferiore alla giornata lavorativa di un lavoratore a tempo pieno paragonabile.

In conseguenza di quanto disposto dal comma che precede sarà considerato « lavoratore a tempo pieno paragonabile » il lavoratore a tempo pieno della stessa impresa e unità produttiva, con il medesimo tipo di contratto di lavoro e che svolge un lavoro identico o simile. Se nell'impresa manca un lavoratore a tempo pieno paragonabile, si farà riferimento alla giornata a tempo pieno prevista dal contratto collettivo applicabile o, in sua mancanza, alla durata giornaliera massima prevista dalla legge » .

Quattro. Il comma 3 dell'articolo 12 viene modificato come segue:

« 3. Salvo quanto indicato nel comma precedente, il contratto a tempo parziale si riterrà stipulato a tempo indeterminato quando viene concluso per svolgere un lavoro fisso e periodico all'interno del volume normale di attività della impresa. »

Cinque. La lettera a) del comma 4 dell'articolo 12 appare così modificato:

« a) Il contratto, in conformità a quanto disposto nel comma 2 dell'articolo 8 di questa Legge, dovrà necessariamente essere formulato in forma scritta al momento della sottoscrizione. Dovrà contenere le indicazioni relative al numero di ore ordinarie di lavoro giornaliero, mensile o annuale contrattate e la loro distribuzione.

Se non viene rispettata questa disposizione, il contratto verrà considerato a tempo pieno, salvo prova contraria che dimostri il carattere parziale delle prestazioni dedotte in obbligazione » .

Sei. Il comma 5 dell'articolo 12 viene modificato come segue:

« 5. Si considerano ore supplementari quelle la cui possibilità di realizzazione venga concordata, in aggiunta alle ore ordinarie previste nel contratto a tempo parziale, in conformità al regime giuridico stabilito nel presente comma e nei contratti collettivi di categoria o, in mancanza, dai contratti collettivi di livello inferiore.

La realizzazione di ore supplementari è soggetta alle seguenti disposizioni:

a) L'imprenditore potrà richiedere lo svolgimento di ore di lavoro supplementare solo quando lo avrà espressamente concordato con il lavoratore. Tale accordo potrà verificarsi al momento della stipulazione del contratto a tempo parziale o anche successivamente ad essa. In ogni caso costituirà un patto specifico rispetto al contratto. L'accordo dovrà essere necessariamente formalizzato per iscritto, secondo lo schema ufficiale che sarà predisposto.

b) Le ore di lavoro supplementare possono essere concordate soltanto in caso di contratti a tempo parziale a tempo indeterminato.

c) L'accordo sulle ore supplementari dovrà indicare il numero di ore di lavoro supplementare la cui esecuzione potrà essere richiesta dall'imprenditore.

Il numero di ore supplementari non potrà superare il 15 per cento delle ore ordinarie relative al lavoro oggetto del contratto. I contratti collettivi di categoria o, in mancanza, i contratti collettivi di livello inferiore, potranno stabilire altre percentuali superiori, che in nessun caso potranno eccedere il 60 per cento delle ore ordinarie relative al lavoro oggetto del contratto. In ogni caso, il totale delle ore di lavoro ordinario e delle ore di lavoro supplementare non potrà eccedere il limite legale del lavoro a tempo parziale definito nel comma 1 di questo articolo.

d) La distribuzione e le modalità di esecuzione delle ore di lavoro supplementare pattuite dovranno attenersi a quanto stabilito dal contratto collettivo applicato e dall'accordo relativo alle ore supplementari. Salvo che il contratto disponga diversamente, il lavoratore dovrà venire a conoscenza del giorno e della ora di svolgimento delle ore supplementari con un preavviso di sette giorni.

e) Il ricorso alle ore supplementari dovrà attenersi in ogni caso ai limiti posti per la giornata e il riposo stabiliti dagli articoli 34 commi 3 e 4; 36 comma 1, e 37 comma 1, di questa legge.

f) Le ore di lavoro supplementare effettivamente realizzate saranno retribuite come ordinarie, computandosi ai fini delle prestazioni di sicurezza sociale da corrispondere al prestatore di lavoro. A tal fine, il numero e la retribuzione delle ore supplementari dovranno essere indicate nella busta paga individuale e nei documenti relativi ai contributi previdenziali.

g) L'accordo relativo alle ore supplementari e alle condizioni per lo svolgimento delle stesse sarà soggetto al rispetto dei requisiti stabiliti nella lettera che precede e, se del caso, alla disciplina giuridica prevista nei contratti collettivi applicati. In caso di mancato rispetto di questi requisiti e delle norme di legge, il rifiuto del lavoratore a svolgere le ore di lavoro supplementare, nonostante siano state concordate, non costituirà comportamento sanzionabile dal datore di lavoro ».

Sette. *Modifiche del contratto eventuale. Omissis*

Otto. *Modifiche del contratto di inserimento. Omissis*

Nove. All'articolo 15 vengono incorporati quattro nuovi commi, con i numeri 5, 6, 7, 8, del tenore letterale indicato di seguito, diventando l'attuale comma 5 come numero 9:

« 5. Mediante contratto collettivo nazionale di categoria, o in mancanza, mediante contratti collettivi di categoria di livello inferiore, si potranno stabilire requisiti aggiuntivi rivolti a prevenire abusi nel utilizzo successivo di contratti di durata temporanea.

6. I lavoratori con contratti temporanei e a tempo determinato dovranno beneficiare degli stessi diritti dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato, senza pregiudizio delle caratteristiche peculiari di queste modalità contrattuali in materia di estinzione del contratto e di quelle previste dalla legge in relazione ai contratti formativi. In merito alla loro natura, questi diritti verranno stabiliti nelle disposizioni di legge e di regolamento e nei contratti collettivi in maniera proporzionale, in funzione del tempo lavorato.

Quando un determinato diritto o condizione di lavoro venga attribuito da disposizioni di legge o regolamento o dai contratti collettivi in funzione della anzianità del lavoratore, si dovrà attribuire secondo gli stessi criteri per tutti i lavoratori, qualsiasi sia la tipologia contrattuale utilizzata.

7. L'imprenditore dovrà informare i lavoratori dell'impresa con contratto a tempo determinato e temporaneo, inclusi i lavoratori assunti con contratto di formazione, in merito alla esistenza di posti di lavoro vacanti, al fine di garantire loro le medesime opportunità di accedere a posti permanenti degli altri lavoratori. Questa informazione potrà essere facilitata tramite annuncio pubblico in un luogo adeguato della impresa o unità produttiva.

I contratti collettivi stabiliranno mezzi per facilitare l'effettivo accesso di questi lavoratori alla formazione professionale continua, al fine di migliorare la loro qualifica e favorire le loro prospettive di carriera e la mobilità professionale.

8. Il contratto a tempo indeterminato fisso discontinuo potrà essere concluso per realizzare lavori che hanno carattere fisso discontinuo e che non si ripetono in date certe, all'interno del volume normale di attività della impresa. In ipotesi di lavori fissi discontinui che si ripetono periodicamente troverà applicazione la normativa relativa al contratto a tempo parziale a tempo indeterminato. I lavoratori fissi discontinui saranno chiamati a

Il lavoro a tempo parziale e il lavoro a termine in Spagna*Michele Tiraboschi e Carmen Agut García*

svolgere la prestazione lavorativa secondo l'ordine di precedenza e le modalità previste dai rispettivi contratti collettivi, potendo il lavoratore, in caso di inosservanza di questi criteri, ricorrere al giudice competente per licenziamento ingiustificato, decorrendo il termine dal momento in cui è venuto a conoscenza della mancata convocazione.

Questa tipologia contrattuale dovrà essere obbligatoriamente formalizzata per iscritto secondo il modello stabilito, e si dovranno indicare la durata indicativa della attività, la forma e l'ordine di chiamata che dispone il contratto collettivo applicabile, facendo comparire allo stesso modo, in maniera generica, la giornata lavorativa stimata.

I contratti collettivi di categoria potranno prevedere, quando le caratteristiche del settore lo richiedono, l'utilizzo nei contratti fissi discontinui di modalità di lavoro a tempo parziale, e requisiti specifici per la conversione di contratti temporanei in contratti fissi discontinui.

Articolo terzo *Estinzione del contratto*

Uno. Introduce l'indennità per la conclusione di un contratto a termine.

Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali

Laura Castelvetri (*)

Sommario

1. Fiducia e diffidenza per la funzione delle clausole. **2.** Il codice civile del 1865. **3.** Il codice civile del 1942. **4.** Le regole della correttezza. **5.** Il principio di buona fede. **6.** L'uso delle clausole nel controllo giudiziale dei poteri privati. **7.** Buona fede, parità di trattamento, ragionevolezza delle differenze. **8.** Una proposta di ridefinizione della buona fede oggettiva.

1. Fiducia e diffidenza per la funzione delle clausole.

Della giurisprudenza si occupa la mia correlatrice: a me spetta riepilogare il punto di vista della dottrina sulle clausole generali e, in particolare, quelle di correttezza e buona fede la cui specificazione è demandata al giudice, trattandosi di concetti privi di connotati positivi. Mi limiterò, per ragioni di tempo, alle opinioni che considero più criticabili o più convincenti sul loro significato e poi, sul versante del diritto del lavoro, esporrò il mio punto di vista sulla loro utilizzazione nel controllo giudiziale dei poteri imprenditoriali.

Il tema qui considerato, come ho detto, non riguarda qualsiasi clausola generale ma solo quelle contenute negli articoli 1175 e 1375 del codice civile, che impongono al debitore e al creditore, nei rapporti obbligatori, e alle parti del contratto di comportarsi reciprocamente secondo le regole della correttezza e di eseguire il contratto secondo buona fede.

Premetto, come è noto, che la dottrina, quando riconosce nella clausola generale un frammento di norma il cui contenuto va completato e specificato ad opera del giudice, dimostra per lo più la preoccupazione di « arginare il decisionismo puro » (Castronovo, 1986, 31; Montuschi, 1999, 725, tra tanti), tentando di definire con le proprie argomentazioni il ruolo del giudice nella concretizzazione della regola e di dimostrare l'esistenza di confini certi.

Va detto subito, però, che il ventaglio di opinioni dottrinali su contenuti e latitudine delle regole della correttezza e del principio di buona fede costituisce senz'altro la prima giustificazione per l'uso variegato che la giurisprudenza fa delle clausole, il quale riflette semplicemente, sul terreno giudiziale, l'adesione all'una o all'altra delle opinioni dottrinali. Molto meno diffusa, invece, è la preoccupazione inversa, di chi giudica troppo cauto il ricorso dei giudici alle cosiddette valvole dell'ordinamento.

La questione, comunque, è delicata perché si incrocia e spesso coincide con quella sul ruolo creativo del giudice, questione e ruolo che potrebbero essere trattati con meno enfatica preoccupazione da parte della dottrina se si tenesse presente, come fa Galgano (1988, p. 3), che la sentenza « non è il luogo della creazione, piuttosto è il punto di emersione di un'attività creativa che si svolge altrove », onde il pur innegabile contributo del giudice si inserisce sugli spunti offerti dalla dottrina, certamente, senza dimenticare che, nella dialet-

note

(*) Relazione tenuta nell'incontro del 21 novembre 2000, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del lavoro Domenico napoletano, Sezione di Milano.

Correttezza e buona fede: la dottrina
Laura Castelvetri

tica processuale, l'apporto degli avvocati è determinante, talché non avremmo « tante sentenze sulla buona fede contrattuale se gli avvocati non l'avessero invocata in causa ».

2. Il codice civile del 1865.

Per farsi una ragione degli usi promiscui e delle funzioni eterogenee delle clausole, nonché della diffidenza che talvolta suscitano, bisogna risalire un po' indietro. Infatti, è da almeno un secolo, per circoscrivere il discorso alla codificazione italiana, che la dottrina, rispetto alle disposizioni contenenti clausole generali, si esprime in termini contraddittori: sul piano delle dichiarazioni formali, esprime chiusura e diffidenza verso le clausole, salvo adottare, poi, un atteggiamento di apertura sostanziale rispetto alla loro utilità, considerandole vere e proprie valvole per l'adattamento dell'ordinamento e riconoscendo esplicitamente l'importanza del ruolo giudiziale nella loro specificazione.

Proprio con riguardo alla disciplina del contratto di lavoro, sia Barassi e Redenti — per tutti, credo, i più fecondi iniziatori della riflessione in materia —, sia giuristi come Vivante e Scialoja, dediti ad altri rami del diritto, si sono espressi formalmente e sostanzialmente con l'atteggiamento schizofrenico che ho segnalato (riferimenti in Castelvetri, 1994, cap. V, passim).

Alle origini del diritto del lavoro, infatti, tra Otto e Novecento, la clausola della buona fede ebbe un ruolo fondamentale: secondo l'art. 1124 del codice civile del 1865, « i contratti devono essere eseguiti di buona fede, e obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano ». Sottolineo, per ora, che nel codice previgente all'attuale non si parla di correttezza: l'unica clausola generale è la buona fede nell'esecuzione del contratto.

La norma dell'articolo 1124 fu davvero il “polmone ossigenatore” del diritto codificato delle obbligazioni come la qualificava Vittorio Polacco (1908 e 1918, passim): accorpava in un'unica disposizione l'obbligo di eseguire i contratti in buona fede e la loro integrazione secondo l'equità, l'uso o la legge (in sostanza le disposizioni corrispondenti a quelle degli artt. 1375 e 1374 c.c.); e, soprattutto, per quanto ci interessa, da ciò che veniva considerato comportamento di buona fede, così come dalle fonti integrative, vennero derivate regole poi trasformate dal legislatore in diritto positivo, perché allora il contratto di lavoro non aveva una disciplina espressa e compiuta.

Quindi, in sostanza, usi ed equità integravano oggettivamente il regolamento contrattuale, mentre la regola di diritto ricavata dalla buona fede doveva governare il comportamento delle parti successivo al perfezionamento del programma negoziale: nel momento dell'attuazione, della esecuzione del contratto.

Al caso singolo, dunque, si ritiene applicabile una regola di comportamento attuativo che non è valida solo per quel caso concreto, ma che è creata per avere valenza generale, cioè per costituire la premessa maggiore di un sillogismo sempre estensibile ad identiche fattispecie contrattuali.

In quel contesto, gran parte della dottrina — malgrado le enfatiche professioni di fedeltà metodologica alla tradizione e quindi orientate ad un uso molto circoscritto della buona fede — tendeva a privilegiare, più che i dogmi della tradizione romanistica — che si dicevano scolpiti nel codice —, i fatti e le istanze sociali. E la tecnica per farne rifluire la considerazione nel diritto positivo fu l'impiego massiccio della clausola della buona fede, nonché — ovviamente — l'impiego dell'equità, come fonte integratrice dell'obbligazione.

L'art. 1124, nel suo complesso, suggerì alla dottrina “l'idea di una fonte integratrice dei negozi, capace di correggerli con doveri non previsti in anticipo, ma affidati al vigile intuito delle corti di giustizia”, sicché tale innovazione dei compilatori poté “schiudere alla dottrina e alla pratica giuridica nuovi orizzonti” accostando le due regole e contrapponendole “al puro potere di disporre e di vincolarsi, quasi (per) introdurre un più valido temperamento » dell'individualismo, e comunque per riconoscere al giudice la facoltà di arricchire il sinallagma contrattuale e, se necessario, di modificarlo, a garanzia dell'equilibrio » dello scambio (Corradini, 1970, 88-89, Vivante, 1893, VII).

Infatti, insieme al frequente riferimento alla buona fede, agli usi, all'analogia, ai principi generali, veniva esaltato il buon senso pratico del giudice, nell'interpretazione dei contratti e nell'applicazione della legge. Barassi, nel 1901 parlava di « un certo tatto, una certa finezza di intuito giuridico » e concludeva dicendo che « bisogna essere ciechi per negare che lo

spirito nuovo dei tempi tende ormai a pervadere, col sussidio dei metodi di interpretazione storico-evolutiva, la nostra dottrina giuridica del lavoro” (1901, 21; 1915, 46).

Malgrado nascesse in coerenza con i postulati del positivismo evoluzionista e della sociologia del diritto, la teorizzazione del ruolo creativo della giurisprudenza, del suo ruolo protagonista nel delicato adattamento del diritto scritto alle nuove istanze sociali, in realtà si diffuse spontaneamente in gran parte della dottrina del tempo; in sostanza, ebbe una rilevante carica ideologica e di politica del diritto anche rispetto a giuristi dai quali venne espressamente criticata e disconosciuta. Ne risultò spesso l'adozione di metodologie composite, piuttosto disinvolute, che però consentirono, al sistema di adeguarsi alle richieste della società di allora (Corradini, 321), agevolando, in particolare, la genesi del « diritto del lavoro ».

Con l'eclettismo metodologico tipicamente suo, Barassi sosteneva che, in forza dell'art. 1124, nel contratto non rileva solo la volontà espressa in senso materiale, poiché « Vi sono anche delle esigenze morali che non vanno trascurate; e sono quelle che la comune coscienza reputa obbligatorie per un dato rapporto: poiché la morale non è un concetto assoluto ed astratto ». “Dunque, anche la morale deve regolare il contratto, poiché il rispetto ai doveri morali è parte necessaria, quantunque tacita, delle convenzioni” (Barassi, 1901, 561). Certo, richiamandosi a Vittorio Scialoja (1879, 1-23), sosteneva il ruolo circoscritto delle clausole generali secondo le linee classiche del gius-positivismo, che ne consente l'uso al giudice solo in caso di rinvio esplicito del testo normativo: cionondimeno la clausola dell'art. 1124 gli consente di sostenere la necessità di un largo impiego di buona fede, equità ed usi — nella disciplina di un rapporto contrattuale privo di organiche previsioni normative.

3. Il codice civile del 1942.

Diversa l'ispirazione politica di alcune disposizioni contenenti clausole generali nel codice civile del 1942.

Intanto va premesso che le disposizioni che ne contengono sono diventate molto più numerose (per citarne solo alcune: artt. 1337, 1358, 1366, 1460); ma a noi qui interessa, prima di tutto, quella contenuta nell'art. 1175, collocato tra le disposizioni preliminari sulle obbligazioni in generale, che possono dunque essere anche extra contrattuali; per esso « Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza », ma, nell'originaria formulazione, « in relazione ai principi dell'ordinamento corporativo ».

L'altro articolo che ci interessa è il 1375, secondo il quale « Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede ».

Come è ben noto, il richiamo delle clausole generali, nella strategia politica del regime fascista, doveva dichiaratamente raggiungere lo scopo di informare il diritto contrattuale positivo ad una buona fede illuminata dai principi della solidarietà corporativa: il codice non aveva più il monopolio della disciplina dei rapporti privati (Asquini, 1940, p. 516, Teti, 1990, p. 240) e infatti essa venne integrata dalla legislazione speciale e dalle norme corporative. Questa scelta, insieme al ricorso alle clausole generali, consentiva al potere politico di intervenire sull'attività economica e di soddisfare alcune esigenze dello Stato totalitario, tra le quali ci interessa particolarmente quella di limitare la discrezionalità interpretativa del giudice, non meno importante dell'altra, solo apparentemente in contraddizione, di negare il carattere generale della legge, in quanto espressione del processo democratico di formulazione della volontà popolare e parlamentare.

L'obiettivo fu realizzato con l'attribuzione di valore giuridico alla Carta del lavoro, le cui dichiarazioni venivano sistemate sopra il codice, come principi generali dell'ordinamento»: una sorta di carta costituzionale dell'economia che, in mano ad una magistratura sempre meno indipendente, divenne un vero e proprio strumento di controllo politico totalitario sull'attività dei singoli (Teti, 190 e 242).

Al codice civile restava la qualità di legislazione a carattere generale, integrata, da una parte, dai rinvii alle leggi speciali (che il potere politico poteva adottare e modificare tempestivamente per realizzare i propri obiettivi di politica economica); integrabile, dall'altra, con le clausole generali, che consentivano di controllare la conformità dei comportamenti privati alle direttive politiche del regime — a loro volta desumibili dalla legislazione speciale e dai principi della Carta del lavoro: tra queste, la solidarietà corporativa era imprescindibile in materia contrattuale.

Il problema, dunque, non era più quello « che aveva interessato la dottrina giuridica di inizio

Correttezza e buona fede: la dottrina
Laura Castelvetri

secolo, e cioè trovare nelle fonti extra-legislative i criteri per colmare le lacune della legge: il problema era quello di uniformare tutto il diritto, rendendolo omogeneo al nuovo indirizzo politico » (Teti, 192).

4. Le regole della correttezza.

Proprio con riguardo all'art. 1175, — la vera novità introdotta dal codice — e proprio per la sua ispirazione politica che pretendeva come referenti della correttezza i principi di solidarietà corporativa, io non sono persuasa dalle opinioni dottrinali che, pur dopo l'espressa eliminazione di questa formula (« in relazione ai principi di solidarietà corporativa »), leggono tuttavia il testo residuo come se, contenesse tuttora il riferimento a principi. Queste dottrine, beninteso, sostituiscono a quelli dell'ordinamento corporativo, i principi costituzionali e, per conseguenza, leggono la disposizione come se contenesse un riferimento al dovere di solidarietà sociale che compare nell'art. 2 Cost. (Rodotà, 1969, Montuschi, 1999, 727, di Majò, 1983, 347, Tullini, 1990, 43; Zoli, 1988, 226 ss.).

A mio avviso, però, il trapianto nell'art. 1175 (sia pure con diverse sfumature e pregnanza) del dovere di solidarietà sociale non si può ammettere, perché esso non può essere pacificamente contrapposto alla solidarietà corporativa. Nel disegno totalitario del regime, la solidarietà era un concetto di contestazione ideologica del liberalismo e dell'individualismo del codice previgente e intendeva sospingere coattivamente sia il giudice sia i soggetti privati al raggiungimento degli obiettivi fissati dal potere politico (Lucarelli, 1970, passim, Saffioti, 1999, 52). Il sostantivo solidarietà, dunque, era sopravanzato dall'aggettivazione ideologicamente orientata (Ungari, 1963), talché tolto l'aggettivo, ovvero la direttiva ideologica, resta il puro e semplice dovere di correttezza: potrebbe sopravvivere, al più, un concetto di solidarietà contrattuale, circoscritto alla regola di stare ai patti e di non danneggiare.

Però, a mio parere, questa traslazione di significati nel testo dell'art. 1175 è preclusa radicalmente dalla abrogazione dell'intera frase sui principi, che il legislatore ha realizzato con il decreto legislativo n. 287 del 1944. Oltre al resto, mi convince, il punto di vista di Mengoni sull'art. 2 Cost., che contesta la legittimità di quel procedimento interpretativo perché il dovere di solidarietà sociale « non può rendersi operante nella forma di specifici obblighi giuridici, senza l'interposizione del legislatore » né vi si può ancorare il « concetto civilistico di buona fede o correttezza, come usa la Cassazione in materia di contratti » (Mengoni, 1998, 9 ss.).

Inoltre, mentre la solidarietà corporativa era coerente alla concezione totalitaria della società fascista, in cui l'eliminazione del conflitto era condizione e presupposto del perseguimento di interessi superiori, la solidarietà di cui alla nostra Costituzione si inserisce in un progetto pluralistico, senza possibilità di aggancio a criteri predefiniti per realizzarla: è infatti compito tipicamente politico quello di concretizzare programmi di giustizia sociale mediante l'identificazione delle situazioni cui provvedere e delle misure di perequazione o redistribuzione, in termini variabili a seconda del momento storico, delle ideologie e delle maggioranze parlamentari via via prevalenti (Saffioti, 1999, 57; G. Cattaneo, 1971, 634).

Del resto, un obbligo di dare attuazione a istanze sociali nell'ambito della relazione tra creditore e debitore non è desumibile dalla lettura complessiva del codice. Né si può dare per scontato che l'intero sistema normativo del lavoro sia univocamente ispirato al valore della solidarietà sociale, posto che la normativa nazionale, codicistica e speciale, è influenzata anche dalle logiche di mercato della legislazione sovranazionale comunitaria.

Per quanto riguarda, poi, il rapporto tra le parti del contratto, e in particolare il rapporto tra i soggetti individuali e collettivi dei due contratti che più ci riguardano (ossia il contratto individuale e quello collettivo di lavoro), esso non è certamente strumentale alla realizzazione di alcuna sorta di solidarietà o di progetto solidale, salvo si voglia accedere ad una logica comunitaria, attualmente priva di riscontri normativi. Il contratto in genere, e non solo le nostre due fattispecie, è solo strumento di provvisoria composizione di un conflitto o, almeno, di interessi antagonisti.

Sarei dunque portata ad escludere che « alla struttura interna dell'accordo tra privati (competa) lo svolgimento di scopi sociali e politici dell'ordinamento », onde non potrebbero penetrarvi né istanze di solidarietà sociale né di eguaglianza a stregua degli articoli 2 e 3 Cost.: il riequilibrio di posizioni sperequate deve intervenire prima, ad opera, come ho detto, delle scelte del legislatore (contro Alpa, 1971, 293; Barcellona, 1969, 227).

Penso, quindi, che caduto l'ordinamento corporativo e con esso l'orientamento ideologico dei suoi principi, al principio politico della solidarietà corporativa non dovrebbe sostituirsi, come riferimento della correttezza del debitore e del creditore alcuna altra direttiva con connotazioni ideologiche: l'unica solidarietà accettabile, nel nuovo contesto, sembra essere una variante senza aggettivi ovvero la solidarietà contrattuale, talvolta ritenuta in dottrina (Bianca, 1983, 209; contro Tullini, cit. passim) e in giurisprudenza concettualmente omogenea e comprensiva del significato di buona fede oggettiva di cui all'art. 1375, come vedremo. Alcune dottrine parlano di correttezza come fonte di obblighi di protezione, proponendone svariate e differenti classificazioni — spesso opinabili, tra l'altro, poiché riproducono obblighi imposti da disposizioni specifiche solo in alcune fattispecie contrattuali e spesso estremamente dettagliate, sulla scorta della dottrina germanica.

Secondo taluni, peraltro, questi obblighi di protezione o di sicurezza avrebbero « uno scopo puramente negativo cioè di mera conservazione del patrimonio dell'altra parte » (Mengoni, 1954, 368) o, anche, essi troverebbero « la loro fonte solo nei contratti la cui esecuzione comporta l'esposizione della persona o delle cose di un contraente a rischi in conseguenza dell'attività dell'altro » (Benatti, 1960, 1363).

La critica a queste prospettazioni sostiene che l'identificazione tra correttezza e doveri di protezione è priva di senso perché i doveri di avviso o di informazione o di conservazione (che sono quelli più spesso indicati come tali) ci sono per legge o per contratto, e allora hanno uno specifico oggetto, oppure non ci sono e non si saprebbe come determinarne l'oggetto, la direzione, i destinatari.

Insomma, tra le molte opinioni espresse dalla dottrina mi sembra da condividere quella secondo la quale, l'effetto integrativo della regola di correttezza di cui all'art. 1175, consisterebbe nel mantenere il valore originario dell'obbligazione e nel preservare i soggetti che ne sono coinvolti. Si tratterebbe, in questa accezione, di obblighi o doveri di comportamento la cui funzione è solo quella « di scortare, (accompagnare, difendere) il rapporto obbligatorio » (così Saffioti, 1999).

Ma quali sono questi obblighi e chi li trae dalla clausola, specificandone di volta in volta il contenuto? Resta sempre un ampio margine di creatività nel reperire l'aggancio. Infatti, secondo la dottrina, non sono « obblighi imposti in astratto dalla legge » bensì invece obblighi la cui specificazione « dovrebbe spettare all'organo giudiziale in attuazione e applicazione della clausola generale della buona fede »: il ruolo creativo del giudice è esplicitamente autorizzato e proprio perché la dottrina non nega questa delega legislativa al giudice, essa tende talvolta, per ridimensionarne la temuta creatività, a disconoscere il significato, l'utilità, l'opportunità del rinvio.

In un certo senso, anche i tentativi di incanalare il giudizio di correttezza prefigurando casi sintomatici di riferimento, costituisce un tentativo di ridurre gli spazi del giudice. La generalità della clausola, si dice, non esclude che sia possibile catalogare a priori prototipi di comportamento per orientare il giudizio (Bianca, 1983). Si dovrà quindi individuare quali siano gli obblighi realmente collegati alla specifica relazione obbligatoria, aggiuntivi, complementari, esplicativi, non coincidenti e non assorbiti dalla prestazione principale e diretti alla salvaguardia della sfera giuridica della controparte, tenendo presente che in ogni rapporto obbligatorio « deve diversamente apprezzarsi la natura dei beni coinvolti e l'interesse alla conservazione » (Saffioti, 1999).

Personalmente ritengo che il dovere di correttezza, ad esempio, possa essere invocato a presidio della salvaguardia della posizione giuridica complessiva del lavoratore subordinato, in tutti i casi in cui l'ordinamento o il contratto attribuiscono al datore di lavoro prerogative discrezionali suscettibili di mettere a rischio di ineffettività le garanzie riconosciute dall'ordinamento al lavoratore, talché, una volta esercitata la prerogativa senza correttezza, il lavoratore non avrebbe più la possibilità di agire in giudizio per far valere i propri diritti.

5. Il principio di buona fede.

Sarebbe problematico, a questo punto, dare conto dei trascorsi e dei percorsi del dibattito scientifico sulla distinzione dei concetti di correttezza (art. 1175) e di buona fede (art. 1375), tenuto conto della sua ampiezza e varietà. D'altro canto, vi si registra ormai un certo assestamento, cosicché, tramontata la valenza ideologica che l'art. 1175 possedeva in origine, può darsi per accettata la coincidenza dei concetti di buona fede in senso oggettivo e di correttezza, essendo altresì superata l'opinione, che risale a Emilio Betti (1953, 68),

Correttezza e buona fede: la dottrina
Laura Castelvetri

secondo cui la correttezza imporrebbe solo comportamenti omissivi, mentre la buona fede imporrebbe anche comportamenti positivi.

Il carattere oggettivo (e non psicologico) della buona fede di cui all'art. 1375 si desume dalla circostanza che la disposizione integra il rapporto contrattuale (anche per la sua collocazione tra gli effetti): essa si pone, cioè, come regola di comportamento cui devono attenersi le parti nell'esecuzione del contratto così come, a stregua dell'art. 1175, devono fare il debitore e il creditore nel rapporto obbligatorio.

Secondo un'autorevole dottrina (Bianca, 1983), la clausola della buona fede pone una regola obiettiva che « concorre a determinare il comportamento dovuto », alla stregua dell'etica o della morale sociale. D'altro canto, faccio rilevare come questa connotazione in senso etico, che allude alla ricerca da parte del giudice di regole extragiuridiche tratte dal comune sentire in un dato momento storico, sia proprio il carattere della clausola sul quale tradizionalmente converge quel sentimento di diffidenza di cui ho detto, che induce spesso la dottrina a considerare la buona fede ininfluente e la giurisprudenza a relegarne il ruolo a semplice clausola di stile, priva di contenuti precettivi. E questo, ovviamente, perché l'etica, nelle società pluraliste, si può ispirare a valori contrastanti e perciò stesso non unanimemente condivisi dal corpo sociale.

Del resto, come ho detto, è proprio la dottrina che fa riferimento a qualità etiche o morali, poiché parla di « schiettezza », di « diligente correttezza », di « solidarietà sociale », di « onestà », dunque attribuendo alla clausola qualificazioni altrettanto generiche riferite alla morale soggettiva o all'etica sociale.

La stessa proposta di agganciarne il significato al contenuto di principi dell'ordinamento o della Costituzione (su cui mi sono già espressa criticamente), non può risolvere l'esigenza di reperire nozioni operative di contenuto pratico, perché la loro stessa astrattezza li rende difficilmente traducibili in concreto e perché, come ho detto, la Carta costituzionale e il sistema ampio di norme che regolano i rapporti di lavoro contengono principi molteplici, talora in reciproca contraddizione (libertà di iniziativa economica, autonomia negoziale, solidarietà sociale, dignità umana, tutela del lavoro, tutela del mercato, tutela della libera circolazione dei lavoratori, eccetera).

Invece, poiché buona fede e correttezza sono norme di condotta destinate alle parti del rapporto, il giudice che deve verificare la loro osservanza o violazione, deve poter confrontare i comportamenti in discussione con regole di contenuto sufficientemente determinato, le quali peraltro, proprio per la generalità della clausola, si prestano a specificazioni diverse, in relazione alle circostanze concrete.

Per lo più anche la giurisprudenza, oltre a una parte della dottrina, (anche se il contenuto dell'obbligo non può essere stabilito a priori), intendono correttezza o buona fede oggettiva come un obbligo di reciproca lealtà nella fase della formazione del regolamento contrattuale e come obbligo di salvaguardia degli interessi dell'altra parte, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e legali, nella fase dell'esecuzione del contratto: regole accomunate nel concetto complessivo di solidarietà contrattuale, che pretende di non avere nulla a che vedere con la solidarietà corporativa né con quella sociale di cui ho parlato.

Secondo la nota formula di Bianca: la buona fede è l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio — personale ed economico — a suo carico. Si tratta di un impegno di solidarietà contrattuale che però non arriva a pretendere lo sforzo implicato, ad esempio, nella diligenza. Quindi buona fede non coincide neppure con diligenza.

Se l'obbligo non può essere determinato a priori, se ne ammette però una tipizzazione di massima, che dovrebbe rendere un servizio a chi diffida della valenza indecifrabile della buona fede.

Ciò che viene fatto dalla dottrina, peraltro attraverso la cernita della giurisprudenza: è il giudice, infatti, che, nella considerazione delle circostanze specifiche, della natura degli interessi coinvolti, contribuisce (o dovrebbe contribuire) per ciascuna relazione obbligatoria a individuare prototipi di comportamento corretto i quali, alla stregua di ciò che è ritenuto tale nell'ambiente sociale considerato, possono di volta in volta orientare il giudizio di altri giudici circa la conformità del comportamento delle parti alla buona fede contrattuale. È vero, però, che molti giustamente osservano come le migliaia di sentenze in cui compare la buona fede non sempre sono utili a questo scopo, essendo il riferimento una pura formula di copertura o di decorazione rispetto ad una diversa regola di diritto utilizzata ai fini della decisione.

Bianca, nel tipizzare modelli sociali, indica una serie di comportamenti contrari alla buona

fede. È, in particolare, contrario all'obbligo di lealtà, nella fase di formazione del contratto, il suscitare intenzionalmente falsi affidamenti nella controparte; speculare su falsi affidamenti; contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte.

Sarebbe invece coerente con l'obbligo di salvaguardia, che opera nella fase di esecuzione del contratto, modificare il proprio comportamento se ciò preserva l'utilità della controparte; tollerare modifiche di prestazione della controparte se ciò non pregiudica il suo interesse; avvisare la controparte di circostanze sopravvenute se siano rilevanti per l'esecuzione; esercitare con trasparenza le prerogative discrezionali.

6. L'uso delle clausole nel controllo giudiziale dei poteri privati.

In particolare — su quest'ultimo punto — è nota la giurisprudenza sul controllo del corretto esercizio di prerogative discrezionali del datore di lavoro, o della corretta procedura di applicazione delle sanzioni disciplinari, temi sui quali mi soffermo solo per esprimere una critica a certe decisioni che, per il tramite delle clausole generali, hanno talvolta introdotto regole di comportamento che l'ordinamento non sembra considerare doverose nonché per segnalare una persistente eterogeneità dei riferimenti cui la giurisprudenza collega la buona fede oggettiva.

Contro i bene intesi progetti di tipizzazione di massima, tentati dalla dottrina di cui ho detto (Bianca, 1983), mossi dalla inesorabile indeterminatezza della clausola generale e della sua malleabile capienza rispetto ai più diversi obiettivi di carattere etico o politico-sociali è stata, però, sollevata una critica molto radicale (Criscuoli, 1984, 712, ss.).

Essa prende atto, in primo luogo, della variabilità temporale (ma non solo) dei riferimenti etici o ideologici cui la cultura degli interpreti aggancia la buona fede, trascorrendo dalla morale individuale e soggettiva dell'uomo onesto e leale a quella collettiva che impone ai consociati doveri di solidarietà sociale e di cooperazione. Secondariamente, la critica confronta il trattamento che il diritto inglese riserva a situazioni corrispondenti a quelle che da noi implicano la buona fede. Conclusivamente propone di attribuire alla buona fede il significato di ragionevolezza, ancorché questo valore non sia diffuso nel nostro diritto contrattuale come lo è, invece, nel diritto inglese.

7. Buona fede, parità di trattamento, ragionevolezza delle differenze.

Questi argomenti mi hanno convinto soprattutto perché il riferimento alla ragionevolezza ricorre con frequenza sia nelle decisioni della Corte costituzionale, sia nella giurisprudenza ordinaria e sempre con riguardo a situazioni che implicano doveri di comportamento corretto (specificato molte volte in termini di trasparenza, giustificazione oggettiva, coerenza delle scelte e dei comportamenti, appunto).

Ad esempio: con riguardo al principio di parità di trattamento di cui viene negata l'esistenza nel nostro ordinamento e del quale si nega, per conseguenza, la funzione di limite dell'autonomia privata, individuale e collettiva, C. cost. n. 103 del 1989 riconosce espressamente che "sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli" (in *RIDL*, 1989, II, 389 con note di Mariani e di Pera).

Le affermazioni lì contenute — sulla illegittimità di decisioni puramente arbitrarie del datore di lavoro (perché l'arbitrio ferisce la dignità) e sulla tollerabilità delle disparità di trattamento purché giustificate e comunque ragionevoli — malgrado abbiano sollevato molto dibattito, non avevano, in sé, anche nel 1989, nulla di eversivo, collocandosi nel solco della giurisprudenza precedente in tema di limiti ai poteri privati, per lo più occasionata da controversie in cui tali limiti erano stati individuati proprio nel rispetto degli obblighi di buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro.

Com'è noto, per rimediare alle molteplici letture di questa decisione della Corte costituzionale da parte della stessa Cassazione, le Sezioni Unite si sono espresse con una serie di sentenze del maggio 1993, (per un mio commento della prima di esse, n. 6030 cfr. *OGL*, 1993, 655) che impiegano una quantità esagerata di pagine per ribadire l'assenza del principio di parità, omettendo di esprimersi, però, sul controllo giudiziale degli atti imprenditoriali a stregua dell'obbligo di correttezza nell'esecuzione del contratto di lavoro. Il quale obbligo di correttezza, invece, era stato specificato in diverse sentenze, con riferimento a vari e spesso contraddittori valori e principi dell'ordinamento, del tutto comprensibilmente,

Correttezza e buona fede: la dottrina
Laura Castelvetri

del resto, posto che il pluralismo ideologico della Costituzione ne rimette la scelta al singolo giudice (Roselli, 1983, passim).

Le Sezioni Unite, dunque, nel sottolineare l'allineamento della Consulta al diritto vivente in materia di contenuto degli obblighi integrativi, avrebbero potuto dire chiaramente, ad esempio, che il principio di parità — se non esiste — non può rientrare in gioco come contenuto dell'obbligo di correttezza.

Si poteva dire, anche, cosa debba intendersi o quali siano i modelli sociali della correttezza nella gestione del personale e quale significato sia da attribuire al criterio di ragionevole giustificazione degli atti datoriali che — evocato alla lontana dalla Consulta — è stato subito ripreso da altri giudicati.

Se c'era qualcosa da approfondire, insomma, era proprio il contenuto positivo degli obblighi di comportamento del datore di lavoro operanti come limiti al mero arbitrio, onde ridurre la stessa opinabilità e arbitrarietà del controllo giudiziale sulle prerogative imprenditoriali non vincolate e anche per screditare la riproposizione — spesso del tutto surrettizia — della tecnica di controllo interno degli atti imprenditoriali, che si giustificerebbe solo se avesse basi normative la teoria della funzionalizzazione dell'impresa al perseguimento di interessi superiori rispetto a quelli delle parti del rapporto.

L'allusione contenuta nella sentenza n. 103/1989 alla tollerabilità di “disparità giustificate e comunque ragionevoli”, lasciava aperta la strada a queste precisazioni.

Dico questo perché proprio la giurisprudenza precedente alla decisione del 1989, cui la Consulta è parsa allinearsi, ha spesso identificato come limite dell'agire imprenditoriale — e proprio per il tramite degli obblighi integrativi di buona fede oggettiva — la ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento e la trasparenza dei criteri adottati per attuarle. Si è sostenuto, ad esempio, che gli atti valutativi da cui possa derivare un vantaggio, debbano essere espressi in termini comprensibili, chiari, in modo da farne risaltare il collegamento alla qualità della prestazione o ad altre ragioni di convenienza economica.

Oppure si è riassunto il concetto di correttezza nella necessità di offrire valida giustificazione del trattamento differenziato, per poterne dimostrare la razionalità e l'opportunità, sottolineandosi anche l'inammissibilità di ogni arbitrio o ingiustificata trascuratezza delle altrui aspettative, anche solo nelle modalità di esercizio di un diritto e di esecuzione del contratto. (Tutte affermazioni che i giudici fanno quando vi sia il sospetto, variamente documentato sul piano probatorio, che la disparità di trattamento sia il frutto di una discriminazione illecita onde si ritiene necessario verificare la sussistenza di un motivo giustificato di disparità e l'assenza di un ingiustificato motivo di discriminazione).

In altri giudicati l'obbligo di correttezza è stato specificato come dovere di esteriorizzare i criteri di scelta dell'azienda o, più raramente, come obbligo di motivare, sia pure nel senso limitato di rendere noti i motivi a richiesta del lavoratore o del giudice, affinché sia possibile comprendere le ragioni concrete di una certa decisione: di solito a ciò si giunge con riferimento a provvedimenti di carattere negativo, come una nota di qualifica inferiore a “buono”, o una scelta penalizzante sul piano della carriera o del trattamento economico.

Va detto che queste affermazioni non hanno mai suscitato particolari allarmi nella dottrina, essendo del tutto coerenti con le ragioni di molta legislazione post-statutaria, ma anche con la funzione tradizionalmente attribuita agli obblighi integrativi dalla dottrina civilistica: nella sintesi che ho prospettato, come obbligo di agire nel senso di conservare alla controparte la possibilità di far valere i propri diritti.

Ma poiché nulla del genere è stato specificato dalle Sezioni Unite del 1993, l'anno successivo si è avuta una nuova sentenza che ha suscitato molte critiche in dottrina, soprattutto perché colloca in una logica istituzionistica dell'impresa l'ammissibilità della comparazione inter-soggettiva delle posizioni dei lavoratori.

Si tratta di Cass. Sezione Lavoro 8 luglio 1994, n. 6448 (1) che infatti, pur escludendo l'illegittimità della differenziazione di trattamento denunciata, (ed esprimendo una formale adesione alle sezioni unite del 1993), fa incidentalmente una affermazione contraddittoria: dice, infatti, che l'esigenza di un controllo delle scelte datoriali “costituisce la ragione ... di un copioso orientamento” della Corte di cassazione, il quale, in fattispecie accostabili a quelle in discussione, “ha rifiutato di legittimare un potere di autonomia organizzativa dell'imprenditore privo di qualsiasi giustificazione sul piano sociale perché improntato a

note

(1) In *ADL*, 1995, n., 278 ss.; in *MGL*, 1994, 514, con nota critica di Gramiccia; in *RIDL*, 1995, II, 304, con nota critica di Bolego; in *NGCC*, 1995, I, 81, con nota critica di De Luca Tamajo, e di Mazzotta; in *FI*, 1995, I, c. 186, con nota adesiva di Amoroso, c. 188; in *RIDL*, 1995, II, 535 con nota critica di Bianchi D'Urso.

pura discrezionalità o arbitrio, (e fin qui nulla da obiettare) e si è invece richiamato a criteri di correttezza e buona fede ed al principio di imparzialità”.

L'obiezione, scontata, è che, se non esiste un principio di parità e se, come riconosce anche questa sentenza, la presenza di una regolamentazione collettiva è, di per sé, un limite all'arbitrio datoriale, non si comprende il significato di richiami alla correttezza come imparzialità, né il riferimento alla ragionevolezza e apprezzabilità dei motivi delle differenziazioni di trattamento. I confini del concetto imparzialità/parità e delle sue giustificate o ragionevoli eccezioni restano nebulosi.

Altre sentenze della Sezione lavoro — malgrado le ripetute formali dichiarazioni di allineamento alla pronuncia delle Sezioni unite — ripropongono l'utilizzazione degli obblighi di correttezza come varco per esercitare un controllo sulla disparità di trattamento a parità di lavoro o di inquadramento. In questi casi non si discute direttamente del principio di parità, ma del profilo, apparentemente più circoscritto, che sembra legittimare il controllo del giudice sulla giustificazione e/o sulla ragionevolezza di eventuali disparità.

Cosicché Cass. n. 1530/1994 definisce corretto, ad esempio, il comportamento dell'imprenditore che dia apprezzabili e giustificate motivazioni del provvedimento differenziatore (insindacabili nel merito, ovviamente, e in mancanza delle quali il giudice può presumere motivi discriminatori che importano, a carico del datore di lavoro, l'onere di provarne l'insussistenza).

Di fronte a tante diverse maniere di “condividere” le enunciazioni delle sezioni unite del 1993 da parte della sezione lavoro, si è posta la necessità di un nuovo intervento, che ha prodotto Cass. S.U. n. 4570 del 1996 (in *OGI*, 1996, 522, con mia nota).

Anche in questo caso, però, le sezioni unite hanno perso un'ottima occasione per prendere atto della crescente tendenza dei giudici ad esercitare un controllo non tanto sul merito delle scelte discrezionali dell'imprenditore (malgrado gli episodici tralignamenti in questa direzione), quanto sulle modalità attraverso le quali esse vengono esplicitate o sulla coerenza dei comportamenti concreti rispetto ai criteri generali unilateralmente adottati dalle aziende nella gestione del personale.

Perché questo, al fondo, è il punto già analiticamente coltivato, specificato, precisato dalla giurisprudenza sul controllo dei poteri privati antecedente la pronuncia della Consulta: questa è la giurisprudenza che ha costruito quegli standard sociali, o stereotipi o modelli di comportamento corretto che possono orientare i giudizi su casi dello steso tipo.

Il principio di parità, l'eterogenea qualificazione degli usi aziendali, l'altrettanto variegato panorama di significati della buona fede, non sono altro che tentativi di copertura, strumentalmente utilizzati, con maggiore o minore persuasività, per supportare tecnicamente questa esigenza molto comprensibile, di trovare strumenti giuridicamente plausibili di misura, di contenimento, della discrezionalità imprenditoriale.

Dunque, le sezioni unite, nel momento stesso in cui hanno affermato, sia pure incidentalmente, che le clausole generali della buona fede e della correttezza costituiscono il tramite per un controllo di ragionevolezza, sia pure operativo solo nell'ambito di ogni singolo rapporto interindividuale, avrebbero potuto fornire una ridefinizione del concetto di buona fede oggettiva cui i giudici dovrebbero uniformarsi per ridimensionare la soggettività delle soluzioni; e avrebbero dovuto, soprattutto, spiegare cosa sia la ragionevolezza e se essa coincida oppure no con la buona fede: avrebbero dovuto dire, in sostanza, quali siano i requisiti del comportamento ragionevole o ragionevolmente giustificato o assistito da una giustificazione ragionevole.

Ridefinire una disposizione, del resto, consiste « non solo nel dichiarare il significato usuale delle espressioni verbali contenute nella legge, ma anche nell'intervenire su di esse quante volte se ne constati la vaghezza, stabilendone, con atto di volontà, il significato ed eliminandone così, o almeno riducendone, l'area d'indeterminazione semantica » (Roselli, 1983, 171): dunque, se le pronunzie a sezioni unite devono svolgere un ruolo di indirizzo, o anche solo di semplice persuasione pedagogica (ivi, 298), non dovrebbero continuare a disconoscere orientamenti (Del Punta, 1996) che individuano nelle clausole generali lo strumento operativo per controllare la discrezionalità e discernere chiaramente la libertà dal capriccio nella gestione delle risorse umane: nel riconoscerlo, avrebbero appunto dovuto farsi carico della anzidetta ridefinizione. Altrimenti la giurisprudenza — senza direttive più specifiche — continuerà a produrre concretizzazioni soggettive e assiologiche della buona fede in executivis, o a riesumare improbabili teorie comunitarie dell'impresa, o a giustificare tecniche di eterointegrazione degli effetti del contratto a norma dell'art. 1374 c.c.

Insisto nel rimpiangere l'occasione perduta perché questo criterio della ragionevolezza non

Correttezza e buona fede: la dottrina
Laura Castelvetri

ha nel nostro diritto positivo una sua propria diffusa rilevanza, come invece accade in altri ordinamenti e — principalmente — in quelli di common law, dove esso caratterizza l'intero sistema, compreso l'ambito dei rapporti contrattuali tra privati. E poi, anche perché il criterio enunciato dalla Corte contraddice precedenti dicta delle stesse sezioni unite del 1993, secondo i quali “il controllo di razionalità è stato introdotto per le leggi e non per gli atti di autonomia privata”; e, per conseguenza, non si potrebbe “procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, in particolare, nell'ambito contrattuale”, poiché “fuori dell'ipotesi del contrasto con norme imperative ... residua l'ampia libertà dell'autonomia privata”.

La Corte avrebbe potuto dirci, in sostanza, dovendosi escludere un sindacato di razionalità delle scelte imprenditoriali non limitate da norme imperative, in che cosa consista, invece, il controllo (di ragionevolezza) al quale esse potrebbero essere sottoposte in giudizio; e avrebbe dovuto chiarire se tale criterio abbia qualcosa in comune con gli obblighi altre volte dedotti dal canone della correttezza, volta a volta, nel senso di imparzialità, trasparenza, ostensibilità dei motivi delle scelte gestionali del datore di lavoro, chiarendo, ad esempio, se esso comporti l'obbligo di renderli noti al lavoratore che ne faccia richiesta e al giudice che ne sospetti l'arbitrarietà o la discriminatorietà.

Nell'affermare — con riguardo agli atti liberi del datore di lavoro — l'operatività della ragionevolezza, sarebbe stato opportuno “precisare” — quanto meno — “le direzioni in ordine alle quali questa deve essere controllata ed accertata”: in sostanza, con riferimento a quali soggetti e a quali interessi l'atto deve dimostrarsi ragionevole. E in quali tempi, modi e occasioni debba esserne fornita la giustificazione. E quale differenza intercorra tra l'obbligo di motivazione dell'atto — inesigibile come requisito di validità se manca un'imposizione legale — e quello di agire correttamente, fornendo in termini precisati, le ragioni del comportamento.

8. Una proposta di ridefinizione della buona fede oggettiva.

Personalmente, mi convincono le considerazioni critiche che ho sopra menzionato e che sono state espresse da Criscuoli, il quale ritiene il criterio di ragionevolezza una valvola di chiusura “ottimamente” capace di sostituire la buona fede, beninteso se potesse operare da noi, (in forza di una sua ridefinizione da parte della giurisprudenza) negli stessi termini in cui opera in *common law*, dove il suo rispetto è così esteso perché permea di sé ogni angolo di quel sistema.

Criscuoli mette in luce la comune plasmabilità dei due concetti, e segnala come la sua adozione, da noi, potrebbe servire a neutralizzare la diatriba tra chi considera la buona fede come onestà e lealtà “secondo i valori dell'etica individuale” e chi la considera in senso diametralmente opposto, come solidarietà derivante dalla valorizzazione del collettivo.

Si tratta, infatti, di una regola ontologicamente diversa, anche se la sua applicazione può portare a decisioni coincidenti. La buona fede è sempre una misura di merito che comporta giudizi di riprovazione o apprezzamento calibrati sulla “coscienza o sulla socialità dell'uomo”. La ragionevolezza, invece, “è un omaggio al suo senso logico come dato neutro, asettico, laico e secolare” né morale o immorale, ma, dice Criscuoli, in sé, “senz'altro amorale”, anche se la neutralità del criterio non esclude giudizi tarati sulla “logica proporzionalità o appropriatezza agli standards che cementano la vita della collettività”, tra i quali anche la morale e altri valori “conducenti all'idea dell'honeste vivere e della correttezza”.

In quest'ottica — coltivata per secoli nelle corti inglesi — la regola di comportamento dell'uomo ragionevole, essendo commisurata all'umano raziocinio, non tende a conferire alla figura una caratterizzazione etica o addirittura eroica, ma prende in considerazione requisiti semplicemente “umani”, nella loro ricorrenza statistica, appartenenti ad un ambito non ristretto di scelte comportamentali mediane, rilevabili oggettivamente come quelle per lo più praticate, o praticate dalla maggior parte delle persone, nelle circostanze date. (Con una taratura rispetto alla normalità, analoga a quella che le nostre corti utilizzano per la determinazione del rendimento della prestazione lavorativa dovuta, ad esempio)

Se si potessero calare analoghe considerazioni nel nostro ordinamento, e la giurisprudenza indubbiamente può farlo, gli *standards* di comportamento dell'imprenditore ragionevole nella gestione dei rapporti serventi l'organizzazione dell'impresa, non risulterebbero certo incoerenti con quella ragionevolezza di cui parlano sia la Corte costituzionale sia quella di

cassazione, che si riassume nell'operare scelte non condizionate dal mero arbitrio (Smuraglia, 1967, 345-353; Ichino, 1992, 284 ove ulteriori rinvii bibliografici).

In questa logica, anche le disparità di trattamento, per essere corrette ovvero ragionevolmente giustificabili, dovrebbero corrispondere a specifiche situazioni aziendali o a condizioni particolari dei lavoratori (la C. cost. 103/1989, ad esempio, menziona fattori come l'età e l'anzianità), ma anche a tutte "le circostanze di mercato che possono indurre un datore di lavoro a migliorare le condizioni offerte ad un lavoratore o gruppo di lavoratori rispetto ad altri" (Ichino, 1992, 284-285).

Quindi le S.U., nell'enunciare il criterio della ragionevolezza, avrebbero potuto dirci, ancora, che in assenza di limiti positivi e nell'ambito di un rapporto contrattuale come quello di lavoro subordinato, l'obbligo di correttezza non attrae nel suo contenuto disposizioni e principi imperativi — che impegnano per sé stessi — né aspirazioni o principi ininfluenti sul diritto dei contratti, come quello dell'imparzialità, dell'eguaglianza, o della parità di trattamento; ma avrebbero dovuto coordinare tante disperse allusioni della giurisprudenza alla ragionevolezza delle disparità di trattamento, per chiarire come rilevino sul piano giudiziale, i motivi che le hanno determinate.

L'esistenza di un motivo di differenziazione ragionevolmente riconducibile ad esigenze obbiettive dell'impresa, dunque, potrebbe comportare semplicemente l'obbligo di esplicitarlo, a richiesta del lavoratore o eventualmente in giudizio, in ciò consistendo una corretta espressione della discrezionalità che si distingue dall'arbitrio e dal capriccio.

Ciò, del resto, non significa che del motivo differenziatore si possa o si debba sempre dare una rigorosa dimostrazione in giudizio, perché le scelte ragionevoli possono essere diverse tra loro pur collocandosi tutte quante — alla stregua di un concetto di correttezza/ragionevolezza compiutamente ridefinito dalla suprema corte — nella band of reasonableness con cui la dottrina britannica individua e delimita "lo spazio di discrezionalità all'interno del quale due imprenditori diversi possono, pur in situazioni identiche, adottare scelte diverse incidenti su ... interessi dei propri dipendenti senza che per questo una delle due scelte debba considerarsi illegittima" (Ichino, 1992).

Interessanti suggerimenti vengono, poi, dall'utilizzazione che la giurisprudenza inglese fa del criterio della ragionevolezza in ordine ai contratti di prestazione professionale: in queste fattispecie, esso si traduce in un dovere generale del debitore « al rispetto della tecnica e della deontologia del mestiere ». Nel nostro caso, allora, il corretto comportamento di chi esercita professionalmente il ruolo di imprenditore, organizzando i fattori produttivi e gestendo — per lo svolgimento di un'attività economica — singoli rapporti contrattuali di lavoro subordinato, dovrebbe misurarsi alla stregua di stereotipi professionali comunemente praticati dall'imprenditore "ragionevole": né onesto né disonesto, sul piano etico, né valutabile in termini di capacità ed efficienza — che sono criteri di merito —, né ispirato alla logica solidale del "collettivo" che collide con quella individualistica del conflitto d'interesse tra lavoratore e datore di lavoro.

La ragionevolezza dell'agire imprenditoriale consisterebbe, più semplicemente, nel saper fornire giustificazioni ragionevoli, ovvero oggettive e non arbitrarie o capricciose, bensì sorrette dalla necessità di adattare alle circostanze concrete il ruolo professionale di imprenditore.

D'altro canto, e conclusivamente, nel sindacato di legittimità spettante alla suprema corte, il controllo sull'applicazione di disposizioni elastiche come quella della correttezza, salvo gli sconfinamenti sempre possibili, potrebbe esercitarsi solo sulla tenuta logica del ragionamento giudiziale, non invece sulla cernita dei valori che abbiano eventualmente condizionato il giudice di merito ad una certa integrazione contenutistica del canone, nelle circostanze date (Roselli, 295).

Ancorché il giudizio di ragionevolezza sulle scelte discrezionali del datore di lavoro — suggerito dalle S.U. — appartenga, pur sempre, a quelli di merito (R. Tosi, 1993, 545), mi pare evidente come il criterio consenta la presa in considerazione di aspetti più omogenei alla categoria dei dati tecnici e oggettivi comunemente utilizzati in certi contesti organizzativi, di quanto non lo siano i valori e i principi ideologici cui spesso si riferiscono i giudici per identificare il contenuto della buona fede, legittimamente diversi o contrastanti, come ho detto, per il marcato pluralismo della nostra Costituzione.

Se dovesse confermarsi, come sembra, la tendenza ad uniformare le tecniche di gestione del personale ai criteri efficientistici e qualitativi che vanno diffondendosi nelle grosse e complesse realtà organizzative, la misurazione dei rendimenti e le tecniche di incentivazione e classificazione dei lavoratori dovrebbero essere sempre più collegate a parametri oggettivi (nel senso che essi vengono unilateralmente o collettivamente predeterminati in via generale, quanto meno).

Le procedure, in questi casi, sono formalizzate e relativamente trasparenti (Castelvetri, 1992, 164; Ead., 1991, 755), cosicché i controlli giudiziali sulla correttezza, intesa come

Correttezza e buona fede: la dottrina
Laura Castelvetri

ragionevolezza delle scelte datoriali, potranno più facilmente esprimersi in giudizi sul rispetto delle procedure, sulla loro congruità, sull'oggettività dei requisiti delle prestazioni lavorative e sulla connessa adeguatezza dei livelli di rendimento pretesi, nel confronto con quelli astrattamente prefissati dall'azienda o dal contratto collettivo.

In realtà organizzative di questo tipo, dunque, le valutazioni giudiziali sarebbero più somiglianti, nella struttura logica, ai controlli di legittimità, che a valutazioni sul merito di specifiche scelte o trattamenti riservati ad un singolo o ad un gruppo di lavoratori, dal che deriverebbe, anche, una maggiore uniformità dei giudicati e un omaggio più realistico se non alla certezza del diritto, almeno alla prevedibilità delle decisioni (in senso analogo, Ferraro, 1991, 169).

Bibliografia

- Alpa** (1971), *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *RDComm*.
- Asquini** (1940), Una svolta storica del diritto commerciale, in *RDComm*, I, 509 ss.
- Barassi** (1901), *Il contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano.
- Barassi** (1915), *Il contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, II ed. I vol., Milano.
- Barcellona** (1969), *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano.
- Benatti** (1960), *Osservazioni in tema di « doveri di protezione*, in *RTDPC*.
- Betti** (1953), *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano.
- Bianca** (1983), *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *RDC*.
- Castelvetri** (1991), *Sull'ammissibilità di "codici" di autoregolamentazione dei criteri di valutazione dell'imprenditore*, in *RIDL*, 1991, II, 755.
- Castelvetri** (1992), *Le indagini motivazionali nelle strategie aziendali e nello Statuto dei lavoratori*, in (Ichino), *a casa di Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori*, Milano, Castelvetri (1994), *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano.
- Castronovo** (1986), *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*.
- Cattaneo** (1971), *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *RTDPC*.
- Corradini** (1970), *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano.
- Criscuoli** (1984), *Buona fede e ragionevolezza*, in *RDC*.
- Del Punta** (1996), *Parità di trattamento e clausole generali nel rapporto di lavoro: un nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *GC*.
- Di Majo** (1983), *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *RGL*, I.
- Ferraro** (1991), *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1.
- Galgano** (1998), *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza*, in Cabella Pisu, Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova.
- Ichino** (1992), *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento. Artt. 2094-2095*, Il Codice Civile, Commentario diretto da Piero Schlesinger, Milano.
- Lucarelli** (1970), *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli.
- Mengoni** (1954), *Obbligazioni di mezzi obbligazioni di risultato*, in *RDComm*, 368 ss.
- Mengoni** (1998), *Fondata sul lavoro: la Repubblica fra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano.
- Montuschi** (1999), *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *ADL*, n. 3.
- Polacco** (1908), *Le cabale del mondo legale*, in *Opere minori*, vol. I, Modena, 1928.
- Polacco** (1918), *La scuola del diritto civile nell'ora presente*, in *Opere minori*, vol. II, Modena, 1929.
- Rodotà** (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano.
- Roselli** (1983), *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli.
- Saffioti** (1999), *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino.
- Scialoja** (1879), *Del diritto e dell'equità, prolusione letta il 23 novembre nell'Università di Camerino*, ora in *Studi giuridici*, III, Diritto privato, Roma, 1932.
- Smuraglia** (1967), *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano.
- Teti** (1990), *Codice civile e regime fascista*, Milano.
- Tosi R.** (1993), *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *GCost*.
- Tullini** (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini.
- Ungari** (1963), *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia.
- Vivante** (1893), *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Torino.
- Zoli** (1988), *La tutela delle posizioni « strumentali » del lavoratore*, Milano.

Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio

Chiarina Sala (*)

Sommario

1. Introduzione. 2. Concorsi, promozioni e note di qualifica. 3. Cassa integrazione guadagni. 4. Licenziamenti collettivi. 5. Parità di trattamento. 6. Malattia del lavoratore. 7. Licenziamento individuale (in particolare del dirigente). 8. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

L'occuparmi di quest'argomento ha significato per me, in primo luogo, svolgere una verifica del mio ultraventennale lavoro di giudice. È stata una sorta di provocazione perché, nonostante il consistente periodo trascorso alla Sezione Lavoro del Tribunale di Milano, con estrema difficoltà ricordo fattispecie nelle quali alcune delle mie pronunzie siano state, in qualche modo, ricollegate all'applicazione del principio di correttezza e buona fede; peraltro la situazione è pressoché analoga anche avuto riguardo alle decisioni degli altri colleghi della Sezione: per tutti, infatti, il ricorso all'applicazione del suddetto principio è del tutto sporadico.

Del resto, nel corso della ricerca che ho condotto per verificare la reale portata dell'utilizzo delle clausole generali nell'ambito del diritto del lavoro nell'esperienza giurisprudenziale dell'ultimo decennio, ho potuto constatare, in diverse note critiche, come la dottrina sia del tutto concorde nel ritenere la scarsa influenza, nella nostra realtà processuale, dell'applicazione delle suddette clausole.

Cito, fra le tante, due frasi significative pur datate in periodi diversi:

« Chi abbia esperienza giudiziale del diritto sa che non esiste, praticamente, decisione il cui risultato precettivo sia stato determinato dai criteri di buona fede, correttezza, diligenza, i quali vengono solo incidentalmente richiamati, talora quasi a finale conforto di una soluzione formalisticamente argomentata, e senza consapevolezza che quei principi o clausole generali non hanno senso alcuno se non vengono puntualmente riempiti di un loro peculiare contenuto, commisurato alla realtà del particolare momento storico » (Lipari, 1972)

E ancora: « Si teme, infatti, che l'impiego di norme elastiche, che inevitabilmente conduce l'interprete a compiere scelte spiccatamente valutative, possa aprire il varco a prospettive di tipo decisionistico, così che appare prevalente il ricorso dei giudici al principio della buona fede come argomento ad adiuvandum, rispetto ai reali criteri d'analisi e di risoluzione delle controversie » (Tullini, 1987).

Del resto, non a caso di quest'argomento si parla abbondantemente allorché si affronta il discusso tema dei poteri del giudice: è indubbio, infatti, che l'utilizzo delle clausole generali, considerata appunto la loro elasticità e la possibilità di ancorarsi a particolari standard sociali del singolo momento storico, consente al giudice un notevole lavoro di supplenza

note

(*) Relazione tenuta nell'incontro del 21 novembre 2000, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano promosso dal Centro Nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano, Sezione di Milano.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

rispetto a lacune legislative o a insufficienze della regolamentazione legale o contrattuale soprattutto in quelle zone del nostro ordinamento, come il diritto del lavoro, più esposte al mutamento.

In ultima analisi, dunque, il tema delle clausole generali trascina indirettamente con sé anche il modo con cui s'interpreta il proprio ruolo di giudice: tanto più lo s'interpreta in chiave di supplenza tanto più potrà essere utilizzato anche lo strumento delle clausole generali.

Poste queste premesse, nel condurre la ricerca sono stata soprattutto spinta dalla curiosità di verificare quanto la Corte Suprema faccia ricorso all'utilizzo delle clausole generali per risolvere diversi tipi di controversie: in tale ottica ho potuto riscontrare che nell'ultimo decennio il ricorso a tali principi è molto più consistente del previsto, anche se la lettura per esteso delle varie sentenze sul punto conduce a ritenere che spesso si faccia richiamo al principio di correttezza e buona fede ma altrettanto spesso la questione controversa, realmente, si risolva sulla base di altri criteri concorrenti.

Posso comunque già anticipare che il ricorso alle clausole generali tende a soddisfare principalmente l'esigenza di controllare la legittimità del comportamento datoriale allorché presenti un certo margine di discrezionalità che non può essere ricondotto a dettami precisi di legge o di contratto, sia esso individuale o collettivo; in tale prospettiva le clausole generali perdono la loro funzione originaria di norme integratrici della regola contrattuale, che interessano principalmente l'adempimento degli obblighi tipicamente contrattuali, per assumere la veste di direttive di carattere etico sociale che limitano, in qualche modo, dall'esterno l'esercizio del potere discrezionale del datore di lavoro.

Ne consegue che i settori che più si prestano all'utilizzo delle clausole generali sono quelli che maggiormente presentano un certo ambito di discrezionalità come il settore delle promozioni, dei concorsi, dell'attribuzione di qualifiche, dei criteri di scelta per la CIG o per i licenziamenti collettivi, il settore dei trasferimenti, dei licenziamenti individuali, della malattia del lavoratore o anche dell'esercizio del potere disciplinare; l'ambito nel quale l'utilizzo delle clausole generali ha fatto maggiormente discutere è senza dubbio quello della parità di trattamento economico.

Ovviamente non tutti i settori nei quali la Cassazione è intervenuta riferendosi alle clausole generali possono essere trattati in questa sede: sarebbe una mole di lavoro non consona a quest'incontro con tempi limitati. Esaminerò quindi solo alcuni dei settori di maggior rilievo o che, comunque, presentano aspetti maggiormente problematici (1).

2. Concorsi, promozioni e note di qualifica.

Il settore nel quale è più copiosamente riscontrabile il ricorso all'applicazione delle clausole generali di cui sopra è il settore dei concorsi, delle promozioni a scelta, delle cosiddette note di qualifica.

Anzi, si può dire che, proprio partendo da questo ambito, alla fine degli anni 70 (cfr Cass. S.U., n. 5688/79 in relazione ad un caso di promozioni a scelta) si è iniziato a fare in modo più evidente applicazione dei principi di correttezza e buona fede, principi che poi, naturalmente, si sono estesi anche ad altre aree del diritto del lavoro.

Per quanto attiene ai concorsi e alle promozioni a scelta o alle note di qualifica l'orientamento, ormai consolidato della Cassazione dell'ultimo decennio (le pronunzie reperite riguardano ovviamente la categoria dell'impiego privato), sostiene la sindacabilità del comportamento del datore di lavoro, tenuto al rispetto dei criteri di selezione siano essi previsti dalla legge, dal contratto o da regolamenti interni, rispetto che deve conformarsi ai principi di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c., ritenuti applicabili proprio perché la discrezionalità della valutazione si configura come esercizio di attività privatistica nell'ambito del rapporto obbligatorio attinente al concorso (2).

In sostanza, nelle varie fattispecie che ho potuto esaminare sempre tenendo come parametro di massima l'ultimo decennio, il rispetto dei principi di correttezza e buona fede nelle

note

(1) Tutte le sentenze della Corte di Cassazione richiamate nel corso dell'intervento sono reperibili nel CD-Corte Suprema di Cassazione-Uffici Sistemi Informativi aggiornato al dicembre 1999.

(2) Cfr. in materia di concorsi: Cass. nn. 4989/90, 11028/91, 2067/9, 10796/96, 8595/98, 11142/98, 1274/98, 3660/99; in materia di promozioni a scelta: Cass. n. 1327/97, e in senso contrario Cass. n. 4724/98; in materia di note di qualifica: Cass., nn. 11891/90, 2252/95.

procedure concorsuali si concreta nell'obbligo di motivazione di provvedimenti o della assegnazione dei vari punteggi, nell'obbligo di operare valutazioni comparative che tengano conto effettivamente di tutte le posizioni, nella imparzialità e comunque nella non contraddittorietà rispetto a situazioni analoghe (3).

Il giudice, pertanto, è chiamato a valutare la coerenza tra i criteri di selezione, sui quali peraltro non è dato alcun tipo di sindacato (Cass., n. 1836/91), e la scelta di fatto operata dal datore di lavoro utilizzando i principi di correttezza e buona fede in una funzione, per così dire, di riequilibrio e di misura di poteri che sono esercitabili unilateralmente.

In merito alle conseguenze di eventuali violazioni dei principi di correttezza e buona fede il Supremo Collegio si è consolidato nell'evidenziare conseguenze di carattere meramente risarcitorie vista l'impossibilità logica di collegare alla violazione di tale clausole strumenti quali la declaratoria di nullità o l'annullamento dei provvedimenti relativi.

Quanto al risarcimento del danno per lo più esso si sostanzia nel danno commisurato alle retribuzioni perdute per effetto della mancata promozione sempre che il lavoratore possa dimostrare che con un esatto adempimento da parte del datore secondo i doveri di correttezza e buona fede avrebbe avuto la promozione; diversamente il danno è unicamente quello derivante dalla perdita della probabilità di promozione che il concorrente aveva prima della selezione, probabilità intesa come possibilità, non trascurabile, di esito favorevole delle operazioni selettive (da liquidarsi in mancanza di elementi precisi in via equitativa) (4).

3. Cassa Integrazione guadagni.

Come si è osservato in precedenza, anche in concomitanza con gli anni della crisi e dell'emergenza, l'applicazione dei principi di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. è stata poi estesa dai settori di cui abbiamo detto anche al settore dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere per la collocazione in CIG o da licenziare nel corso di procedure di riduzione del personale.

Per quanto riguarda i primi, gli enunciati del Supremo Collegio possono essere così sintetizzati.

Premessa la diversità dell'istituto della CIG rispetto a quello del licenziamento collettivo per riduzione del personale e, dunque, l'impossibilità di applicare allo stesso i criteri legali previsti per i licenziamenti collettivi, la scelta dei lavoratori da sospendere, siccome esplicitazione del potere unilaterale del datore di lavoro, deve avvenire con l'osservanza dei limiti « interni », correlati a criteri obiettivi coerenti con la specifica finalità cui è preordinata la concessione dell'integrazione salariale e agli accordi aziendali che specificano e condizionano l'effettivo esercizio di tale potere, e dei limiti « esterni » posti dalla normativa legale di tutela, implicanti il divieto di atti discriminatori e il rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Vorrei prendere in considerazione, in particolare, almeno alcune sentenze che mi sono parse particolarmente rilevanti:

— *Cassazione, n. 13941/91.*

Si tratta di una fattispecie relativa a un lavoratore che riteneva di essere stato illegittimamente sospeso e posto in CIGS in quanto, pur riconoscendo la soppressione nel quadro della ristrutturazione del reparto nel quale aveva operato, tuttavia era stato poi riammesso al lavoro per svolgere un corso di riqualificazione, venendo infine inopinatamente sospeso proprio quando riteneva di avere conseguito il necessario bagaglio professionale per il reinserimento.

Mentre il giudice di primo grado aveva respinto la domanda, il tribunale aveva accolto il gravame dichiarando l'illegittimità del provvedimento e ordinando la reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro con la condanna a corrispondere tutte le differenze pecuniarie. Il giudice di secondo grado aveva ritenuto che la sospensione fosse dipesa dalla scarsa professionalità che il lavoratore aveva dimostrato durante il corso di riqualificazione e, di conseguenza, aveva ritenuto che la sospensione fosse avvenuta per finalità disciplinari e,

note

(3) Cfr. in tema di concorsi: Cass. nn. 6657/91, 13953/91, 650/92, 226/93; in tema di promozioni: Cass. 122/90, 9701/91, 11870/91, 3481/98; in tema di note di qualifiche: Cass., n. 6935/96.

(4) cfr. Cass., n. 3183/90, 3279/90, 7210/92, 5026/93, 781/92, 6392/92, 2167/96, 11522/97; sulla necessità di nuovo scrutinio dei candidati: Cass., n. 6657/91.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

quindi, per causa che non poteva essere più correlata alle esigenze di risanamento dell'azienda in violazione dei pregressi accordi sindacali e, comunque, dei principi generali di correttezza e buona fede.

Il supremo collegio ha riformato la pronunzia dei giudici di appello ritenendo non corretto il richiamo al principio di buona fede; ha infatti rilevato che il tribunale aveva omesso di verificare se, in virtù dell'accordo sindacale di riferimento, l'imprenditore si fosse obbligato effettivamente a inserire definitivamente i lavoratori che avevano terminato il corso di riqualificazione oppure se fosse libero di determinarsi secondo gli esiti della riqualificazione stessa; in ogni caso il Supremo Collegio ha censurato la pronunzia di secondo grado sotto il profilo delle conseguenze che sarebbero state ricollegate alla violazione dei principi di correttezza e buona fede in quanto solo l'accertata discriminazione illecita può comportare la nullità del provvedimento di sospensione per messa in CIG mentre la violazione dei criteri di razionalità nella scelta e degli obblighi di correttezza e di buona fede comporta soltanto effetti risarcitori (per quanto riguarda le conseguenze risarcitorie cfr. anche Cass.n. 670/91)

— *Cassazione, S.U. n. 10112/93.*

In questo caso la fattispecie si riferisce al collocamento in CIGS in applicazione di un accordo collettivo precedente che faceva riferimento ai requisiti di prepensionamento dei lavoratori: erano stati sospesi lavoratori che, peraltro, potevano avvalersi della legge sul prepensionamento.

Il giudice di primo grado aveva dichiarato l'illegittimità del provvedimento sospensivo ordinando l'immediata riammissione in servizio del lavoratore con la condanna al pagamento delle differenze retributive mentre il giudice di secondo grado, riformata completamente la pronunzia, evidenziava l'impossibilità di applicare ai ricorrenti i criteri propri dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale e comunque l'oggettività del criterio utilizzato.

Il supremo collegio, investito tra i vari motivi di ricorso, anche della questione concernente la mancata applicazione da parte dei giudici di appello del principio di correttezza e buona fede e del divieto di atti discriminatori, intesi come limiti esterni al potere datoriale di scelta dei lavoratori da sospendere, ha concordato con il giudice di secondo grado sulla congruità del pensionamento anticipato quale criterio di selezione trattandosi di un criterio di carattere oggettivo e non già discriminatorio.

In particolare, la Corte ha specificato come *“il criterio della possibilità del pensionamento anticipato si riveli a sua volta coerente con oggettive esigenze di ordine sociale in relazione alle quali si ritiene ragionevolmente preferibile limitare la possibilità di lavoro di chi, per motivi di età e di anzianità di servizio, è ormai prossimo al trattamento pensionistico rispetto a chi essendo più giovane di età e con minore anzianità contributiva una tale possibilità non abbia nell'immediato futuro”*, ricordando come l'istituto del pensionamento anticipato sia stato tendenzialmente concepito proprio con riferimento a situazioni di crisi aziendale. La Corte ha dunque pienamente concordato con il giudice di secondo grado sul fatto che, non avendo allegato il lavoratore particolari elementi di carattere discriminatorio, il datore di lavoro aveva pienamente osservato anche i cosiddetti limiti esterni ai poteri esercitati ovvero la razionalità della soluzione adottata.

— *Cassazione, n. 9804/98.*

Questa fattispecie riguarda i giudici milanesi e, in particolare, riguarda il principio della rotazione della sospensione dei lavoratori collocati in cassa integrazione. In questo caso il tribunale di Milano aveva confermato la pronunzia del giudice di primo grado che aveva ravvisato proprio nella ingiustificata omessa rotazione dei dipendenti, collocati in cassa integrazione straordinaria, la violazione delle regole di correttezza e buona fede.

In particolare, il tribunale di Milano (sentenza 5 maggio 1995) aveva osservato che, per la parte che qui rileva, il criterio della rotazione, conseguente ai principi di equità, correttezza e buona fede da parte datoriale, doveva esser osservato dalla società al fine di non far gravare sempre sugli stessi lavoratori i sacrifici necessari per esigenze aziendali e risultava, altresì, consentito dalla fungibilità delle mansioni dei dipendenti sospesi né erano state dedotte e provate specifiche esigenze produttive tali da costituire valida remora a questa rotazione.

In sede di ricorso in Cassazione la società datrice di lavoro aveva censurato la pronunzia di secondo grado deducendo, da un lato, la mancata previsione, da parte della normativa all'epoca vigente, della rotazione e, dall'altro, l'assoluta insussistenza di contrattazione collettiva del tutto silente a riguardo. Il Supremo Collegio, oltre a far rilevare che per il

secondo periodo della cassa integrazione in questione la normativa di cui all'articolo 8 legge 223/91 imponeva esplicitamente la rotazione, ha, comunque, evidenziato che, in carenza di contrari rilievi giustificativi da parte datoriale, l'omessa rotazione si qualificava anche come violazione dei cosiddetti limiti esterni nell'ottica dei menzionati obblighi di correttezza e buona fede nella esecuzione del rapporto di lavoro.

Le pronunzie sopra riferite sono, come si è visto, solo alcuni esempi che possono semplicemente essere utili per una riflessione perché, a mio avviso, pongono un quesito di fondo che riguarda la concreta utilità del ricorso alle clausole generali in queste fattispecie, utilità che, francamente, non è sempre così evidente.

Infatti viene spontaneo chiedersi quale necessità vi sia in questi casi di ricorrere all'applicazione del principio di correttezza e buona fede una volta che, comunque, il giudice debba appurare il rispetto degli accordi collettivi aziendali, il nesso di causalità tra la sospensione del singolo lavoratore e le finalità aziendali alle quali è preordinata la concessione dell'integrazione salariale ed abbia infine escluso intenti di carattere discriminatorio.

4. Licenziamenti collettivi.

Per quanto riguarda i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nell'ambito dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale, sotto certi profili il ricorso ai principi di correttezza buona fede si fa meno evidente e tutto sommato ancor meno necessario, proprio per la sussistenza di criteri legali di riferimento.

In ogni caso, nel decennio di riferimento ho potuto riscontrare la presenza di una serie di pronunzie (5) che ribadiscono la sindacabilità delle effettive scelte datoriali in conformità con i criteri di correttezza e buona fede.

Tra le tante segnalazioni in particolare la pronunzia n. 6867/98 con la quale è stato ritenuto in contrasto con il divieto di atti discriminatori e, comunque, con gli obblighi di correttezza e buona fede, il comportamento del datore di lavoro che, dopo avere redatto, d'intesa con il sindacato, la graduatoria dei lavoratori da licenziare, aveva poi trasferito a reparti non interessati alla riduzione di personale lavoratori che per la loro collocazione in graduatoria diversamente sarebbero stati licenziati.

La Corte sottolinea che, proprio alla luce dei suddetti principi di correttezza e buona fede "che costituiscono fonte di integrazione del rapporto di lavoro e configurano una clausola generale capace di garantire ciascuna delle parti contro ogni possibile abuso", non erano stati sostanzialmente rispettati i criteri di scelta concordati nonché la relativa graduatoria anche perché la società non aveva sufficientemente provato le esigenze tecniche che stavano alla base dei trasferimenti di lavoratori non licenziati.

In questo caso l'utilizzo dei suddetti principi da parte della Corte consente da un lato la verifica del rispetto effettivo, e non solo formale, di una graduatoria concordata dei lavoratori da licenziare e, dall'altro, la salvaguardia della autonomia del datore di lavoro libero, anche dopo aver determinato la suddetta graduatoria, di potersi organizzare diversamente trasferendo alcuni lavoratori da un reparto all'altro.

Difficoltà maggiori mi pare, invece, si pongano in ordine ai criteri sussidiari previsti dall'articolo 5 L. 223/91 e rimessi all'accordo delle parti, sia che si tratti di accordi precedenti alla procedura di mobilità sia che si tratti di accordi raggiunti nell'ambito della procedura medesima.

Già con la pronunzia n. 268/94, la Corte Costituzionale ha confermato la legittimità della citata norma a condizione che i suddetti accordi non si pongano contro la legge e, quindi, non siano in contrasto con il divieto di discriminazione di cui all'articolo 15 della l. 300/170 e con il principio di razionalità.

Non vorrei, con questo discorso, esulare dal tema assegnatomi dell'applicazione del principio di correttezza e buona fede ma il rinvio operato dalla Corte Costituzionale al principio di razionalità, rinvio peraltro raccolto, sia pure in modi diversi, dalle pronunzie di Cassazione successive (n. 4097/99, n. 4666/99), impone, probabilmente, un'ulteriore riflessione per cercare di verificare in che termini il principio, di cui si è detto, di razionalità possa realmente collegarsi al principio di correttezza e buona fede e, soprattutto, se tali accordi

(5) Cfr. Cass. n. 4080/90, 2881/92, 5010/92, 1115/93, 599/94, 11731/97, 11465/97, 6867/98.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

collettivi siano suscettibili di un sindacato del giudice proprio sotto il profilo della rispondenza ai principi di correttezza buona fede.

La suddetta impostazione, infatti, sembra nettamente contrastare con quanto affermato, più volte, dal Supremo Collegio in tema di parità di trattamento allorché è stato categoricamente esclusa, come vedremo in seguito trattando della questione in particolare, la valutazione della contrattazione collettiva alla stregua dei criteri di correttezza e buona fede (intesi come espressione del criterio di ragionevolezza) in caso di attribuzione di trattamenti economici differenziati o differenziati inquadramenti in caso di parità di mansioni.

Se si arrivasse a identificare il principio di razionalità, sopra riferito, con il principio di ragionevolezza — quest'ultimo quale espressione di correttezza e di buona fede —, si dovrebbe effettivamente constatare un netto contrasto delle suddette pronunzie giurisprudenziali.

5. Parità di trattamento.

A mio avviso il settore che ha mostrato nell'ultimo decennio la maggiore vivacità del dibattito sulla applicazione del principio di correttezza e buona fede nell'ambito del diritto del lavoro è quello della parità di trattamento.

Mi sembra opportuno richiamare, sia pure in termini molto sintetici, la questione.

Partirei dalla sentenza n. 4570/96 delle Sezioni Unite della Cassazione che sono ritornate sul tema della parità di trattamento nel rapporto di lavoro subordinato (tema che aveva già visto l'intervento delle Sezioni Unite del 1993) enunciando il principio di diritto così reso nella massima: « Con riferimento alle disparità di trattamento che si verificano a opera del datore di lavoro, nel corso del rapporto, l'attribuzione ingiustificata a un lavoratore di un determinato beneficio non può costituire il titolo per attribuire al lavoratore che si trovi nell'identica posizione un diritto a ottenere lo stesso beneficio, né può determinare l'insorgenza di un danno risarcibile, poiché questo, postulando la lesione di un diritto, non è configurabile laddove esso non sussiste. Né il suddetto diritto può derivare dalla violazione del criterio di ragionevolezza, atteso che le clausole generali di correttezza e buona fede, che costituiscono il tramite per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia negoziale, possono operare solo all'interno del rapporto, consentendo al giudice di accertare che l'adempimento di un obbligo, contrattualmente assunto o legislativamente imposto, avvenga avendo come punto di riferimento i valori espressi nel rapporto medesimo e nella contrattazione collettiva, e non possono essere, quindi, utilizzate in relazione a comportamenti esterni e cioè adottati dal datore di lavoro nell'ambito di rapporti di lavoro diversi.

Infine non è configurabile alcun comportamento discriminatorio del datore di lavoro qualora esso, pur determinando una disparità di trattamento fra lavoratori, costituisca corretto adempimento di una norma collettiva, che, in forza dell'articolo 2077 secondo comma c.c., sia entrata a far parte del rapporto individuale di lavoro dei soggetti beneficiari e che, in quanto atto di esercizio dell'autonomia collettiva, si sottrae a ogni potere correttivo in sede di controllo giudiziario ».

Con tale pronunzia le Sezioni Unite ribadiscono sostanzialmente l'orientamento già affermato dalle stesse Sezioni Unite con le sentenze n. 6030 e 6031 del 1993 in base alle quali né l'articolo 36 della Costituzione, né il successivo articolo 41, costituiscono precetti idonei a fondare un principio di comparazione soggettiva in base al quale ai lavoratori dipendenti che svolgano identiche mansioni debba attribuirsi la stessa retribuzione o il medesimo inquadramento.

Dopo le pronunzie da ultimo citate, alcune decisioni della sezione lavoro della Suprema Corte, intervenendo sulle medesime questioni e pur dichiarando di condividere l'orientamento espresso da tali pronunzie, hanno peraltro affermato principi divergenti (anche in considerazione della intervenuta pronunzia della Corte Costituzionale n. 103/89).

In particolare, la pronunzia n. 1530/94, esaminando una fattispecie concernente lo svolgimento di fatto, da parte di un lavoratore, di mansioni precedentemente attribuite a un altro dipendente con qualifica superiore, ha affermato che una ingiustificata attribuzione di qualifiche superiori a dipendenti con identici incarichi e, in generale, la violazione delle regole di correttezza, possono dar luogo a conseguenze risarcitorie. In particolare, secondo questa decisione, la disparità di trattamento deve essere, in caso di contestazione, giustificata dal datore di lavoro, e il dipendente interessato può provare di aver subito un trattamento discriminatorio.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

Successivamente la pronunzia n. 11515/95, esaminando la questione della nullità di un contratto collettivo di categoria che assicurava un determinato beneficio (il godimento della festività del 29 giugno soltanto a lavoratori in servizio presso la sede di Roma della società), ha affermato che la sentenza n. 103/89 della Corte Costituzionale sembra suggerire che le diseguaglianze di trattamento, a parità di lavoro, siano soggette oltre che al limite legale di discriminazione, al limite generale di ragionevolezza, limite che si riferisce solo al potere contrattuale dell'imprenditore nei rapporti individuali di lavoro nel senso che non sarebbe consentito di riservare a taluni dipendenti trattamenti "non ingiustificatamente conformi ai complessivi assetti organizzativi che l'imprenditore ha adottato per la gestione di lavoro in azienda".

Infine nella pronunzia n. 6448/94 la suprema Corte rifacendosi alla teoria "comunitaria" per quanto attiene al rapporto di lavoro, premesso che il singolo rapporto non può essere preso in esame in una visione atomizzata (facendo esso parte di un sistema complessivo, per cui si delineano indefettibilmente profili di comparazione che giustificano naturali aspettative di carriera e di riconoscimenti anche economici) ha affermato di non poter condividere opzioni improntate a una visione che, astraendo il singolo lavoratore dalla comunità in cui opera, non facciano scaturire le necessarie conseguenze di scelte datoriali che, senza criteri di razionalità, lo penalizzino rispetto ad altri membri della stessa comunità versanti in identiche condizioni e finiscano, così, per tradursi in una lesione della sua persona. Secondo tale decisione, dunque, le clausole di correttezza e buona fede, sul rispetto delle quali può operare il sindacato del giudice, costituiscono fonte di integrazione del rapporto di lavoro capace di garantire ciascuna delle parti contro ogni possibile abuso; la loro violazione, che può essere presunta dalla totale assenza di apprezzabili e giustificate motivazioni, determina pertanto un'ipotesi di responsabilità contrattuale con conseguenze di carattere risarcitorio nei confronti dei dipendenti discriminati.

Si sottolinea, altresì, che quest'ultima sentenza (in contrasto con Cass. n. 11515/95, secondo la quale l'autonomia collettiva si sottrae a ogni controllo di ragionevolezza) ha affermato che, stante la portata generalizzata dei principi di correttezza e buona fede, questi non possono non riversare la loro piena efficacia anche all'interno delle contrattazioni di categoria, anche se, in questa sede, l'accertamento e il controllo di eventuali distorsioni dei suddetti principi impongono una presa d'atto della particolare forza di resistenza delle ragioni sottese alla regolamentazione di materie devolute all'autonomia delle parti sociali, al fine di evitare inammissibili supplenze giudiziarie nel mondo delle relazioni industriali.

Il nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 1996, pertanto, si era reso necessario per correggere le suddette affermazioni e ribadire i principi generali di cui abbiamo detto.

Questa sintesi (6) può consentire una riflessione sulla tecnica di utilizzo da parte del Supremo Collegio, sia pure a sezioni separate, dei principi di correttezza e buona fede: a mio avviso l'intervento nel 1996 delle Sezioni Unite si imponeva perché, in sostanza, con il ricorso ai principi di correttezza e buona fede si era tentato di far rientrare dalla « finestra » un principio di parità di trattamento che si era fatto uscire dalla « porta ».

6. Malattia del lavoratore.

Anche in tema di malattia del lavoratore si riscontra da parte della giurisprudenza il ricorso ai principi di correttezza e buona fede.

In particolare, sempre in riferimento all'ultimo decennio, ho potuto rilevare che tale criterio è stato utilizzato per la valutazione di attività lavorativa a favore di terzi o per conto proprio svolta dal lavoratore subordinato durante l'assenza per malattia.

Si può segnalare in tal senso la pronunzia n. 7915/91 della Cassazione che ha affermato il principio secondo il quale benché non esista un divieto assoluto per i lavoratori assenti per malattia di svolgere a favore di terzi o per proprio conto attività lavorativa, un simile comportamento — stante la permanenza dei doveri di fedeltà e di correttezza — può giustificare il recesso del datore di lavoro ove la prestazione della suddetta attività lavorativa, valutata in relazione alle caratteristiche della malattia e alle mansioni esercitate nell'ambito del rapporto di lavoro, risulti anche solo potenzialmente tale da pregiudicare o ritardare la guarigione del lavoratore e il suo rientro in azienda (nella specie l'impugnata

(6) La sintesi è tratta dalla relazione del dr. Di Cerbo dell'ufficio del Massimario della Cassazione.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

sentenza cassata dalla Suprema Corte, aveva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato per giustificato motivo, di un lavoratore che durante le assenze per “cefalea cronica intensiva” documentata da 19 certificati medici, si era dedicato alla coltivazione compresa la zappatura, di un fondo destinato alla coltivazione del tabacco) (7).

Nella pronunzia n. 7467/98 la Suprema Corte ha ravvisato — sempre alla stregua del rispetto dei principi di correttezza e buona fede — l’obbligo del prestatore di offrire comunque previamente al datore di lavoro la prestazione parziale temporaneamente possibile nei casi in cui la malattia lo abbia reso inidoneo a svolgere tutte le mansioni.

Con la pronunzia n. 8165/93 la violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede è valutata in modo più estensivo in quanto lo svolgimento di attività esterna a favore di terzi è considerata non solo sulla base del criterio del pregiudizio o del ritardo nella guarigione ma anche sulla base del fatto che l’attività esterna possa essere di per sé sufficiente a far presumere l’inesistenza della malattia (nella specie i giudici di merito, con decisione confermata dalla Suprema Corte, non hanno ravvisato alcuna violazione dei principi di correttezza e buona fede nel caso di occasionali prestazioni, limitate nel tempo, svolte dal presidente di un circolo ricreativo alla fine di evitare l’interruzione del servizio fornito dai soci).

Nella sentenza della Cassazione n. 11358/93 viene invece affrontato il tema relativo all’onere del lavoratore di comunicare al datore di lavoro la necessità di assentarsi dal domicilio durante le fasce orarie di reperibilità.

Nella fattispecie tale onere era imposto da una clausola del contratto collettivo (settore l’industria della gomma): la Suprema Corte non solo non ha ravvisato contrasto con la normativa imperativa posta dall’articolo 5 D.L. 463/83, ma ha considerato che tale clausola prevedesse una disciplina di dettaglio e completamento di quella legale da valutarsi appunto alla stregua dei principi di buona fede, correttezza e ragionevolezza.

Un altro profilo che rivela il ricorso al criterio di correttezza e buona fede riguarda la scadenza del periodo di comportamento.

Nella pronunzia n. 3351/96 il Supremo Collegio riafferma che nel rapporto di lavoro i principi di correttezza e buona fede rilevano, come norme di relazione con funzione di fonti integrative del contratto (articolo 1374 c.c.) ove ineriscano a comportamenti dovuti in relazione a obblighi di prestazione imposti al datore di lavoro o dal contratto collettivo o da altro atto di autonomia privata; ne consegue che, in assenza di qualsiasi obbligo previsto dalla contrattazione collettiva, il datore di lavoro non ha l’onere di avvertire preventivamente il lavoratore della imminente scadenza del periodo di comportamento per malattia al fine di permettere al lavoratore di esercitare eventualmente la facoltà di chiedere tempestivamente un periodo di aspettativa come previsto dal contratto collettivo stesso (cfr. anche Cass., n. 1757/95).

Al principio di correttezza e buona fede il Supremo Collegio fa riferimento anche per valutare che il recesso del datore di lavoro, in caso di superamento da parte del dipendente del periodo di comportamento per sommatoria, sia sufficientemente tempestivo. Infatti sotto questo profilo quando il datore di lavoro lasci trascorrere un prolungato lasso di tempo prima di esercitare la facoltà di sciogliere il rapporto (in seguito alla valutazione nel loro complesso degli episodi morbosi), proprio alla stregua dei principi di buona fede e di correttezza tale comportamento viene considerato come una rinuncia ad esercitare tale facoltà (cfr. anche Cass., n. 4818/99).

7. Licenziamento individuale (in particolare del dirigente).

Anche in tema di licenziamento individuale sono numerosissime le fattispecie nelle quali è riscontrabile l’utilizzo giurisprudenziale dei principi di correttezza e buona fede; in questa sede è ovviamente impossibile esaminarle tutte.

Mi pare però interessante almeno sottolineare il ricorso a tali concetti nell’ambito del tema, peraltro assai discusso, del licenziamento dei dirigenti.

È nota, infatti, la pronunzia del Supremo Collegio n. 5531/93 con la quale è stato affermato che la nozione di giustificatazza del licenziamento del dirigente, quale è posta dalla

(7) Cfr. anche Cass., n. 11355/95 e Cass., n. 6399/95.

contrattazione collettiva del settore, non coincide con quella di giustificato motivo di cui all'articolo 3 della legge n. 604/66. Pertanto il giudice non può limitarsi ad applicare i parametri valutativi elaborati alla stregua della suddetta legge, ma deve tener conto di tutti gli elementi che, nel caso concreto, possono ritenersi idonei a privare di ogni giustificazione il recesso "ad nutum" del datore di lavoro in relazione alla violazione del principio fondamentale di buona fede nella esecuzione del contratto, configurabile quando detto recesso rappresenti l'attuazione di un comportamento puramente pretestuoso ossia irrispettoso delle regole e dei procedimenti che assicurano la correttezza nell'esercizio del diritto. Il vero problema che è nato da questa impostazione è quello di dare concretezza al menzionato principio di correttezza e buona fede per qualificare la giustificatezza del licenziamento.

Nelle varie pronunce, succedutesi nel tempo (Cass. n. 10445/96, 8934/96), anche in sede di merito si è fatto, a tale proposito, riferimento ai concetti di coerenza con le scelte aziendali oppure di ragionevolezza nell'ambito della gestione dell'impresa (8).

Va del pari segnalato che il ricorso ai criteri di correttezza e di buona fede, di cui sopra, è stato completamente smentito dalla successiva pronuncia del Supremo Collegio 2761 /98; con tale decisione la S.C., pur ribadendo l'inapplicabilità al licenziamento del dirigente del rigoroso parametro di cui all'art. 3 L. 604/66, ha precisato che, per valutare la giustificatezza del licenziamento del dirigente, il giudice deve accertare l'obiettiva sussistenza di fatti idonei a giustificare causalmente il provvedimento, restando irrilevanti il principio di buona fede — che riguarda l'esecuzione del contratto e non la sua risoluzione — nonché eventuali profili di arbitrarietà e irrazionalità dei motivi dell'atto, ove non si traducano in ipotesi di discriminazione tipizzate dalla legge o in motivi determinanti, contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Le precedenti pronunzie, dunque, evidenziano impostazioni diametralmente opposte e sono una prova in più, se mai occorresse, del terreno alquanto sdruciolevole che il ricorso in questa materia alle clausole generali comporta.

Notevoli perplessità del resto suscita l'esclusione dell'applicazione del principio di correttezza e buona fede nella fase risolutiva del contratto.

Sempre in tema di licenziamento di dirigente, segnalò una pronuncia di merito (Pretura di Milano est. De Angelis 4 ottobre 95, Damiani c. Publitalia '80, ined.) non tanto per il tema particolare che affronta, tema assai specifico, quanto per la definizione e la valenza dell'utilizzo della clausole generali.

La fattispecie riguardava la omissione — denunciata dal dirigente licenziato per soppressione di posto di lavoro in termini di risarcimento del danno all'immagine — di accorgimenti e cautele che avrebbero dovuto, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, accompagnare la risoluzione quali l'offerta di un rapporto di consulenza e la pubblicità di apprezzamento per facilitare la ricollocazione del dirigente stesso.

Il giudice ha affermato che « la correttezza e la buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) hanno il ruolo di adattare la regola contrattuale ai principi dell'ordinamento, e non vanno quindi individuate con riferimento ai valori etici prevalenti nel momento storico considerato, o alle idee dominanti nei rapporti sociali, ma:

- a) con riferimento ai precetti costituzionali nella materia dei diritti e dei doveri dei soggetti privati (2, 36, 37, 39, 41 e 42 Cost.);
- b) tenendo conto dei lineamenti generali che il principio di solidarietà ha assunto nel sistema civilistico, anche questo per effetto dei nominati principi costituzionali ».

La correttezza quindi, secondo la citata pronuncia, « si specifica in due direzioni: innanzitutto quale criterio idoneo a formare una norma contrattuale tale da rendere possibile la realizzazione completa dell'operazione perseguita dalle parti. E poi come criterio che compatibilmente al tipo di regolamento da esse scelto consente la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento ».

Nella fattispecie peraltro il giudice non ha ravvisato la lamentata violazione dei criteri di correttezza e buona fede non entrando il comportamento aziendale in collisione con nessuno dei principi costituzionali di cui sopra.

(8) Cfr. Tribunale di Milano 31.1.97, in *OGI*, 1997, 813.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

La pronunzia, pertanto, offre l'opportunità di riflettere sui contenuti specifici dei comportamenti ai quali si ispirano le clausole generali e se effettivamente debbano ispirarsi ai valori etici riferiti ai principi costituzionali e al principio di solidarietà proprio del sistema civilistico.

8. Riflessioni conclusive.

Da quest'ultima panoramica giurisprudenziale emerge chiaramente come le problematiche inerenti al ricorso alle clausole generali si sviluppino soprattutto sul terreno della *concreta* individuazione dei comportamenti consoni o contrastanti con il principio della correttezza e buona fede.

Un esempio che riporto solo perché emblematico di tale difficoltà è evidenziabile dalla pronunzia n. 10514/98 della S.C. in tema di licenziamento individuale.

La fattispecie è la seguente:

Il lavoratore viene licenziato dalla datrice di lavoro per uso fraudolento di un certificato medico per coprire un'assenza ingiustificata. Il pretore annulla il licenziamento ritenendo addebitabile al lavoratore solo l'assenza ingiustificata; il Tribunale di Bergamo conferma la sentenza ritenendo, per la parte che qui rileva, che il lavoratore non avesse violato gli obblighi di correttezza e buona fede allorché aveva taciuto che il certificato che attestava lo stato di malattia per il giorno nel quale era rimasto assente, era stato rilasciato solo nel pomeriggio; secondo il Tribunale infatti il silenzio in ordine a tale circostanza era giustificato dal timore di esporsi a sanzioni disciplinari, rischio da valutarsi in modo particolare tenendo conto delle notevoli dimensioni aziendali che comportavano una spersonalizzazione del rapporto di lavoro.

Di tutt'altro avviso è invece la Suprema Corte che pur condivide l'impostazione del Tribunale in merito alla funzione delle clausole generali, intese come obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'interesse della controparte alla prestazione dovuta e alla utilità che la stessa le assicura imponendo una serie di comportamenti atipici; secondo la Corte tuttavia tali comportamenti, proprio per la loro pacifica funzione integrativa del contenuto tipico del rapporto di lavoro, non « possono debordare dal complesso di regole in cui si sostanzia la civiltà del lavoro — quale assieme di principi giuridici (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e dei comportamenti che in un certo contesto storico/sociale è ragionevole esigere dalle parti — sicché essi assumono la consistenza di standard — e che rispetto ai principi stessi sono in rapporto coesistente ed integrativo, così compendiando il diritto vivente del lavoro ».

Ad avviso della S.C. il Tribunale, nel valutare il suddetto comportamento del lavoratore aveva mostrato di non attenersi alle predette regole di civiltà del lavoro che non consentivano di qualificare né corretto né in buona fede il comportamento in questione.

Come si può notare dunque lo stesso comportamento è valutato in modo diametralmente opposto proprio sulla base dei medesimi principi.

Un ultimissimo spunto utile per una discussione sul tema può essere fornito da quanto affermato dalla Suprema Corte sia pure in una sede estranea al diritto del lavoro (Cass. n. 3775/94 Comune di Fiuggi contro Ente Fiuggi) in ordine alla buona fede oggettiva intesa come « limite interno di ogni situazione soggettiva attiva e passiva » che ha come obiettivo « il rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio ». Una parte della dottrina ha sottolineato l'assonanza di questa impostazione con quella elaborata dal diritto statunitense che in materia di buona fede — quale criterio operante laddove le lacune della pattuizione comportino un certo margine di discrezionalità — propone uno standard di comportamento che metta in rapporto i contrapposti interessi in gioco con una valutazione per dir così *contabile* o *economica* in base ad una analisi dei reciproci costi e benefici.

In particolare si deve valutare che il costo del comportamento cooperativo secondo buona fede, richiesto alla parte « privilegiata » che ha i margini di discrezionalità, comportamento alternativo a quello egoistico non cooperativo, deve essere proporzionato o comunque non maggiore del danno che la condotta egoistica avrebbe potuto produrre. In tale prospettiva

in tanto si può esigere secondo buona fede un certo comportamento, se i costi cooperativi, ovvero i costi per realizzare l'interesse dell'altra parte, non siano troppo consistenti o comunque esagerati rispetto ai vantaggi derivanti dal comportamento stesso.

Vale quindi la pena di riflettere per valutare se una tale impostazione non possa in qualche modo essere adeguata anche nel campo del diritto del lavoro.

Correttezza e buona fede: sentenze significative
Chiarina Sala

Bibliografia

Lipari (1972), *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, 27 ss.
Tucini (1987), *RTDPC*, II 870 ss.

Trasferimento d'azienda e di ramo aziendale: le modifiche apportate alla normativa italiana per l'attuazione della Direttiva n. 98/50/CE

Marina Mobiglia

Sommario

1. Premessa. **2.** La nuova formulazione dell'articolo 2112 del Codice Civile. **2.1.** La definizione di trasferimento d'azienda e di ramo aziendale. **2.2.** Le precisazioni sulla sostituzione del contratto collettivo applicato dal cedente. **2.3.** La possibilità di dimissioni per giusta causa in seguito al trasferimento che modifichi sostanzialmente le condizioni di lavoro. **3.** Le modifiche apportate all'articolo 47, Legge 29 dicembre 1990, n. 428. **3.1.** La decorrenza dell'obbligo di comunicazione. **3.2.** La necessaria comunicazione della data del programmato trasferimento. **3.3.** L'irrelevanza, ai fini della procedura, dell'imputabilità della decisione del trasferimento all'impresa controllante. **4.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Con il Decreto Legislativo 2 febbraio 2001, n. 18 (G.U. 21 febbraio, n. 43), sono disposte alcune sostanziali modifiche all'articolo 2112 del Codice Civile ed all'articolo 47, Legge Comunitaria 1990, n. 428, vale a dire alle norme che regolano, nel nostro ordinamento, gli aspetti lavoristici e sindacali connessi alle operazioni di trasferimento di azienda.

Le nuove disposizioni, che avranno effetto dal 1° luglio 2001 (1), sono introdotte al fine di dare attuazione alla Direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998, in adempimento di quanto disposto dalla Legge Comunitaria 21 dicembre 1999, n. 526 (2).

Come noto, la Direttiva 98/50/CE è intervenuta a modificare la Direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977, concernente il « *ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti* », proprio in attuazione della quale il legislatore italiano aveva introdotto l'articolo 47, Legge n. 428/1990, che prevedeva nuove norme e riformulava i primi tre commi del preesistente testo dell'articolo 2112 del Codice Civile.

Se l'originaria Direttiva 77/187/CEE era stata emanata al fine di assicurare il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, nell'intento di attenuare le relative differenze tra gli Stati membri, che potevano ripercuotersi direttamente sul funzionamento del mercato comune, la Direttiva 98/50/CE ha apportato varie modifiche con l'obiettivo di adeguare la Direttiva del 1977 alle nuove evoluzioni del mercato europeo e, conseguentemente, del diritto comunitario, nonché delle stesse legislazioni nazionali degli Stati membri. In particolare, come risulta dai preamboli della Direttiva 98/50/CE, essa ha tenuto conto della — cospicua ed estremamente rilevante — giurisprudenza della Corte di

note

(1) Come risulta dall'articolo 3, comma 2, del Decreto Legislativo n. 18/2001.

(2) Articoli 1 e 2, allegato A), Legge Comunitaria n. 526/1999. Poiché il termine fissato dalla Direttiva 98/50/CE per l'attuazione delle sue disposizioni da parte degli Stati membri è il 17 luglio 2001 (articolo 2, comma 1, della Direttiva), l'Italia si rende, dal punto di vista temporale, adempiente prevedendo l'entrata in vigore della nuova normativa il 1° luglio 2001.

**Trasferimento
d'azienda e di ramo
aziendale**
Marina Mobiglia

giustizia delle Comunità europee, della Carta comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989 (3), delle tendenze legislative degli Stati membri per quanto riguarda il salvataggio delle imprese con difficoltà economiche, della direttiva 75/129/CEE del 17 febbraio 1975, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi.

Poiché lo scopo del presente lavoro è quello di fornire una prima panoramica delle novità sostanzialmente rilevanti, esamineremo i cambiamenti apportati alla normativa vigente (rispettivamente, all'articolo 2112 del Codice Civile ed all'articolo 47, Legge n. 428/1990), mentre, per evitare di appesantire la trattazione con specificazioni su punti già noti, non ci soffermeremo su quegli aspetti che non sono stati modificati.

Per quanto possibile nei limiti imposti da un così breve intervento, le novità introdotte dal legislatore saranno considerate anche alla luce dei risultati già raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'applicazione dei testi di legge sinora applicati, nonché con riferimento al testo della Direttiva che esse sono chiamate ad attuare.

2. La nuova formulazione dell'articolo 2112 del Codice Civile.

L'articolo 1 del Decreto Legislativo n. 18/2001 riformula integralmente l'articolo 2112 del Codice Civile.

Prima di considerare singolarmente le modifiche sostanziali apportate, è opportuno sottolineare preliminarmente due cambiamenti di portata più generale.

Il primo è costituito dalla sostituzione della rubrica stessa dell'articolo, modificata in « *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda* », riprendendo la terminologia riportata nel titolo della Direttiva (4).

Il secondo consiste nella sostituzione dei termini « alienante » e « acquirente » contenuti nella formulazione attualmente in vigore dell'articolo 2112 del Codice Civile (ma anche dell'articolo 47, Legge n. 428/1990) con « cedente » e « cessionario, » vale a dire le parole scelte nella traduzione italiana della Direttiva (5). La scelta di effettuare questa modifica appare corretta, perché più comprensiva ed adattabile a tutte le fattispecie di trasferimento diverse dalla vendita.

2.1. La definizione di trasferimento d'azienda e di ramo aziendale.

Una prima, rilevante, modifica all'articolo 2112 del Codice Civile è costituita dall'introduzione di un'espressa definizione legislativa di trasferimento di azienda e di ramo aziendale ai fini dell'applicazione della disciplina giuslavoristica.

Il comma 5 del novellato articolo 2112 del Codice Civile recita infatti: « *Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità* ».

Dalla lettura di questo articolato comma, si ricavano, in particolare, sia la nozione rilevante

note

(3) La quale, nei punti 7, 17 e 18, dispone in particolare che: « *La realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea. Tale miglioramento deve consentire, ove necessario, di sviluppare taluni aspetti della regolamentazione del lavoro, come le procedure per il licenziamento collettivo o quelle concernenti i fallimenti. Occorre sviluppare l'informazione, la consultazione e la partecipazione dei lavoratori, secondo modalità adeguate, tenendo conto delle prassi vigenti nei diversi Stati membri. L'informazione, la consultazione e la partecipazione devono essere realizzate tempestivamente, in particolare in occasione di ristrutturazioni o fusioni di imprese che incidono sull'occupazione dei lavoratori* ».

(4) Già nel testo originario del 1977, menzionato *supra*, § 1.

(5) Già nel testo originario del 1977. La Direttiva, nel testo vincolante in inglese, utilizza i termini « transferor » e « transferee », mentre nel testo vincolante in francese usa « cédant » e « cessionnaire ». Termini tutti che non sono limitati alla vendita, come erano invece « alienante » e « cedente ».

di (I) trasferimento sia quelle dei possibili oggetti di tale trasferimento, vale a dire di (II) azienda e di (III) ramo aziendale.

(I) Trasferimento. Estrapolando i riferimenti testuali a ciò che costituisce trasferimento, si ricava che esso consiste in « *qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità dell'azienda o del ramo aziendale* » a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda ».

Come noto, fino ad ora mancava una definizione esplicita, limitandosi il testo vigente dell'articolo 2112 del Codice Civile a prevedere, al comma 4, l'applicazione delle tutele lavoristiche anche all'usufrutto o affitto di azienda. Tuttavia, la giurisprudenza dominante, supportata da buona parte della dottrina, aveva già elaborato una nozione di trasferimento in quest'ambito (comprendente « tutte le ipotesi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la « sostituzione » della persona del titolare del complesso aziendale quale che sia il mezzo tecnico giuridico attraverso cui tale sostituzione si attua ») (6), e proprio tale nozione è stata ora fatta propria dal legislatore, che la ha inserita nella novella.

Deve essere evidenziato che il legislatore italiano, nell'accogliere quest'ampia definizione sviluppata nell'ordinamento interno, sembra essersi spinto persino oltre al testo letterale della Direttiva comunitaria 77/187/CEE, che, anche dopo l'emanazione della Direttiva 98/50/CE, continua a riferirsi solo ai « *trasferimenti (...) ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione* » (articolo 1, comma 1, lettera a) (7).

(II) Azienda. Dal nuovo testo che stiamo analizzando, risulta che oggetto del trasferimento è « *un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità* ».

Appare subito evidente la correlazione di questa formulazione non tanto con la definizione tecnica di azienda (articolo 2555 del Codice Civile: « *l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa* »), quanto con quella di impresa (ricavabile dall'articolo 2082 del Codice Civile, che definisce l'imprenditore come colui che esercita professionalmente « *un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi* » (8)).

Non risulta facilmente comprensibile perché, a fronte di una rubrica e di una formulazione dell'articolo 2112 del Codice Civile (nonché dell'articolo 47, Legge n. 428/1990) che si riferiscono sempre al « trasferimento d'azienda » ed alla « azienda », nonché a fronte di una tradizione giurisprudenziale e dottrinale che utilizza tali espressioni nell'applicazione di queste norme giuslavoristiche, il legislatore, nel momento di chiarire espressamente quale sia l'oggetto del trasferimento, abbia fatto riferimento all'impresa e non all'azienda.

Tanto più se si considera che la definizione comunitaria introdotta con la Direttiva 98/50/CE (9) si rifà ad un concetto che, nel nostro ordinamento, è propriamente quello di azienda: infatti, secondo il nuovo articolo 1, comma 1, lettera b, della Direttiva, è trasferimento « *quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria* ».

note

(6) In questi termini, Buonajuto, 1999, che richiama Cass., 12 febbraio 1993, n. 1771, in *NGL*, 1993, 583 e Cass., 7 luglio 1992, n. 8252, in *GI*, 1993, I, 70, con nota di Cottino. Cfr. anche Barchi 1992b.

(7) Si ricorda, però, che la Direttiva 82/891/CEE del 17 dicembre 1982, in tema di scissioni di società, rimanda, per la protezione dei lavoratori, alla Direttiva 77/187/CEE (cfr. Villani, 2000). Ovviamente, nessun dubbio deve essere sollevato sulla possibilità di una scelta più comprensiva del nostro legislatore, dato che l'articolo 7 della Direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori.

(8) Deve essere notato che nella formulazione dell'articolo 2112 del Codice Civile sono comprese espressamente (in corretta attuazione della Direttiva 98/50/CE, che ha previsto l'applicazione della Direttiva alle imprese sia private sia pubbliche che esercitano attività economiche con o senza uno scopo di lucro) anche le attività esercitate senza scopo di lucro, ciò che non accade nell'articolo 2082 del Codice Civile. Va da sé che questo non esclude l'assimilabilità delle suddette definizioni, soprattutto se si tiene presente che una parte della dottrina e giurisprudenza di diritto commerciale ritiene che lo scopo di lucro non sia un requisito essenziale della nozione di impresa, trovando sufficiente il rispetto del criterio di economicità, vale a dire l'oggettiva idoneità ad assicurare il pareggio dei ricavi rispetto ai costi (considerato che non è questa la sede per un approfondimento di queste tematiche, cfr. sinteticamente, ad esempio, Gazzoni, 1993).

(9) Al fine di soddisfare l'esigenza, espressa al n. 4 del preambolo, di un « chiarimento della nozione giuridica di trasferimento alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia », necessario per dare sicurezza e trasparenza giuridiche.

**Trasferimento
d'azienda e di ramo
aziendale**
Marina Mobiglia

Degno di nota è, poi, il fatto che la novella qualifica l'attività da trasferire ai sensi dell'articolo 2112 del Codice Civile come « *preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità* ».

In questa specificazione, che riprende la terminologia della Direttiva 98/50/CE (relativa ad « *un'entità economica che conserva la propria identità* »), potrebbe essere rinvenuta una volontà di rigore applicativo, nel senso di chiarire che lo strumento del trasferimento di azienda non può essere utilizzato tutte le volte che un imprenditore intenda solo « liberarsi » di suoi lavoratori, indipendentemente dall'esistenza di un'autonoma azienda, intesa come nucleo idoneo di per sé a realizzare obiettivi produttivi (ed avente, pertanto, una « propria identità »), cui i detti lavoratori siano stati adibiti (10). Come è noto, non sono infrequenti i casi in cui le organizzazioni sindacali in sede di esame congiunto, e/o i lavoratori in sede giudiziale, contestano proprio l'inesistenza di un preesistente nucleo aziendale autonomo. (III) Ramo aziendale. Sempre dal nuovo comma 5 dell'articolo 2112 del Codice Civile risulta, infine, la definizione di quello che nella nostra dottrina e giurisprudenza è chiamato « ramo aziendale » ai fini dell'applicazione della normativa in esame. È, infatti, previsto che « *le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità* ».

Al di là dell'atecnica scelta di definire « *parte dell'azienda* » l'articolazione di quello che, invece, pare essere tecnicamente « impresa » (valgono qui le considerazioni accennate appena sopra), questa disposizione è molto importante per il nostro ordinamento. Infatti, non solo essa introduce in Italia la prima definizione legislativa di « ramo aziendale, » ma — soprattutto — accoglie pienamente e definitivamente quella elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che ammette la configurabilità stessa del trasferimento di ramo di azienda ai fini dell'applicazione dell'articolo 2112 del Codice Civile, e che, sebbene al momento prevalente, si è affermata solo dopo un vivace confronto (11).

La nuova previsione ben costituisce attuazione della Direttiva 98/50/CE, perché sebbene la Direttiva non abbia definito in modo distinto il ramo aziendale (l'unica definizione è quella, già analizzata, contenuta nell'articolo 1, comma 1, lettera b), essa ha modificato il titolo della Direttiva 77/187/CEE includendo il riferimento anche ai « *trasferimenti di parti di imprese* ». Per quanto riguarda, infine, la necessità anche per il ramo aziendale di essere « *preesistente come tale al trasferimento* » e di conservare la « *propria identità* » ai sensi del novellato articolo 2112 del Codice Civile, deve essere richiamato tutto quanto detto con riferimento all'azienda in generale. Anzi, proprio in tema di ramo d'azienda, come è facile intuire e come risulta dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale appena menzionato (12), le predette considerazioni assumono maggiore valore e vengono più spesso in rilievo.

2.2. Le precisazioni sulla sostituzione del contratto collettivo applicato dal cedente.

Il novellato comma 3 dell'articolo 2112 del Codice Civile prevede che « *il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello* ».

Il testo del comma è rimasto in larga parte immutato (13), salvo che per due cambiamenti: il primo, di carattere terminologico senza apparenti conseguenze sostanziali, è lo

note

(10) In questi casi, infatti, se ne ricorrono i presupposti, si dovrebbe allora ricorrere ad un licenziamento collettivo accettando i relativi oneri.

(11) Basato sul fatto che il testo vigente dell'articolo 2112 del Codice Civile non menziona espressamente il trasferimento di ramo dell'azienda. Per pronunce aderenti all'orientamento ora maggioritario, che ammette questa fattispecie quando i beni ceduti possano costituire idoneo e compiuto strumento d'impresa, formato da un complesso di beni e rapporti unificati dalla volontà del titolare in vista dello scopo produttivo organizzato, cfr. Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, in *RIDL*, 1994, 413; Cass., 17 aprile 1996, n. 3627, in *Mass.* 1996; Cass. 24 ottobre 1975, n. 3514, in *GI*, 1976, I, 1, 1148. Cfr. anche Rotondi; Ruzzenenti 1999.

(12) V. nota precedente.

(13) Restano invariati, quindi, i termini della questione della possibilità di sostituzione « automatica » della sostituzione del collettivo applicato dal cessionario a quello vigente presso il cedente, su cui cfr. *Cass.*, 8 settembre

specifico riferimento ai contratti collettivi « nazionali, territoriali ed aziendali » (mentre la formulazione attualmente vigente menziona solo i contratti collettivi « anche aziendali »: dal punto di vista pratico, nulla sembra cambiare); il secondo, è l'aggiunta della disposizione secondo la quale « l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello ». Questa norma, che potrebbe sembrare, apparentemente, ovvia, tenendo presente la sistematica delle fonti, dovrà essere considerata nel contesto di difficile applicazione e di sussistenza di orientamenti a tutt'oggi contrastanti in dottrina e giurisprudenza sulle questioni relative alla sostituzione del contratto collettivo applicato dal cedente (14). Deve essere, inoltre, rilevato che questa disposizione deriva unicamente da una scelta del legislatore italiano, perché nella Direttiva Comunitaria non si ritrovano menzioni analoghe.

2.3. La possibilità di dimissioni per giusta causa in seguito al trasferimento che modifichi sostanzialmente le condizioni di lavoro.

Il novellato art. 2112 del Codice Civile, all'articolo comma 4, primo paragrafo, stabilisce che « ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento ». Questa disposizione non costituisce in se stessa una vera novità, perché una norma corrispondente è già espressa nell'articolo 47, Legge n. 428/1990, in adempimento del testo originario della Direttiva 77/187/CEE (sotto questo profilo non ulteriormente modificato nel 1998).

Il cambiamento è costituito dall'inclusione di questa previsione direttamente nell'articolo 2112 del Codice Civile, con conseguente eliminazione dal testo dell'articolo 47, Legge n. 428/1990 (15).

Ben più rilevante è la previsione, in favore del lavoratore, contenuta nel secondo paragrafo del comma 4 dell'articolo 2112 del Codice Civile. In base ad essa, « il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma », vale a dire per giusta causa, con diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Questa disposizione costituisce attuazione dell'articolo 4, comma 2, della Direttiva comunitaria, che nella sostanza era già previsto nel testo originario del 1977.

Tuttavia, la novellata disposizione comunitaria, nel precedere che « se il contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è risolto in quanto il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro », non prevede un termine entro il quale il recesso del lavoratore gode di questa maggior tutela. Pertanto, non sembra del tutto fuori luogo il chiedersi se la limitazione espressa ai tre mesi successivi al trasferimento introdotta dal nostro legislatore non costituisca disposizione peggiorativa nei confronti del lavoratore, come tale non permessa dalla Direttiva. Tuttavia, è doveroso considerare anche che un termine di tre mesi sembra abbastanza ampio, e giustificato dall'esigenza di garantire anche al datore di lavoro una certa dose di certezza nelle situazioni giuridiche, evitando il trascinarsi senza limiti nel tempo di una situazione di recedibilità per giusta causa dei lavoratori ceduti.

3. Le modifiche apportate all'articolo 47, Legge 29 dicembre 1990, n. 428.

L'articolo 2 del Decreto Legislativo n. 18/2001 sostituisce i commi 1, 2, 3 e 4 (vale a dire tutti quelli non riguardanti le imprese dichiarate in stato di crisi aziendale) dell'articolo 47, Legge n. 428/1990.

1999, n. 9545, in *OGL*, 1999, n. 3, 680; Trib. Milano, 24 febbraio 1996, in *OGL*, 1996, n. 1, 139; Pret. Milano 30 marzo 1995, in *GI*, I, 179.

(14) Cfr. Levis e Gromis di Trana 1998; e Foglia, 1991.

(15) Inoltre, la norma è anche modificata mediante l'esclusione della precedente menzione dell'alienante come soggetto cui è fatta salva la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti. Ma la rilevanza pratica di questa modifica è minima, considerato che la Direttiva, già nella formulazione originaria, precisava che il trasferimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario, e questo principio risulta già pacifico nel nostro ordinamento.

**Trasferimento
d'azienda e di ramo
aziendale**
Marina Mobiglia

Nei paragrafi seguenti saranno menzionate le rilevanti modifiche apportate, mentre sulla sostituzione dei termini « alienante » e « acquirente » con « cedente » e « cessionario » si richiamano le considerazioni svolte in riferimento all'articolo 2112 del Codice Civile (*supra*, § 2).

Deve essere sottolineato, inoltre, che le modifiche sono espressamente dichiarate applicabili anche « nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d'azienda », coerentemente ai cambiamenti operati nell'articolo 2112 del Codice Civile.

Infine, si segnala che, nel modificare l'articolo 47, Legge n. 428/1990, il legislatore ha anche autonomamente deciso (quindi, non in relazione alle modifiche della Direttiva comunitaria) di adeguare la terminologia alle mutate evoluzioni del diritto sindacale interno. I soggetti aventi diritto alla comunicazione sono, secondo il nuovo testo legislativo, « *le rappresentanze sindacali unitarie, ovvero (...) rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché (...) sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi* ».

3.1. La decorrenza dell'obbligo di comunicazione.

Il punto che si presenta maggiormente problematico tra tutte le novità apportate dal Decreto Legislativo n. 18/2001 (16) è quello della fissazione del momento a partire dal quale calcolare, a ritroso nel tempo, il termine di 25 giorni fissato per la preventiva comunicazione ai sindacati.

Il novellato comma 1 dell'articolo 47, Legge n. 428/1990, dispone, infatti, che « *quando si intenda effettuare un trasferimento d'azienda (...) il cedente ed il cessionario devono darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente* ».

La nuova disposizione, se interpretata in senso rigoroso, potrebbe portare a dei complessi problemi di ordine concettuale e pratico. Infatti, se si intendessero in senso tecnico il « perfezionamento » dell'atto da cui deriva il trasferimento in senso tecnico e, soprattutto, il « raggiungimento di un'intesa vincolante tra le parti, » si arriverebbe a ritenere che il termine possa decorrere già 25 giorni prima del contratto preliminare (per definizione vincolante tra le parti).

Ma, da un punto di vista pratico ed economico, è difficilmente ipotizzabile che cedente e cessionario siano favorevolmente disposti ad attivare le procedure sindacali prima della stipulazione di un contratto preliminare o altra intesa vincolante (come vorrebbe la norma), vale a dire quando non si sono ancora vincolati reciprocamente e non possono, quindi, neppure fare definitivamente affidamento sulla realizzazione stessa dell'operazione. E queste considerazioni non tengono neppure conto della possibilità di spingersi fino ad ipotizzare casi in cui l'esistenza di intese vincolanti possa essere desunta da comportamenti concludenti delle parti o da loro scritti, aventi i necessari requisiti di determinatezza, prodotti durante le trattative negoziali.

Nell'attesa di chiarimenti in ordine all'interpretazione della norma, è possibile al momento solo rilevare l'impressione di una volontà legislativa di maggior rigore, inserita in un contesto dove in seno alla dottrina e la giurisprudenza ancora esistono più posizioni contrastanti.

La formulazione attualmente in vigore, infatti, fa genericamente riferimento al fatto che « *quando si intenda effettuare (...) un trasferimento d'azienda* » la comunicazione debba essere inviata « *almeno 25 giorni prima* », senza dare ulteriori riferimenti. Il che ha generato in dottrina e giurisprudenza il generarsi di diverse posizioni riguardanti il momento in cui sorge l'obbligo di informazione (17).

Deve essere evidenziato che la determinazione di questi termini è frutto solo della

note

(16) Tanto che, già all'indomani della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del provvedimento, questo aspetto della novella ha suscitato vive reazioni tra i commentatori sulle testate quotidiane nazionali.

(17) Cfr., dettagliatamente, Maresca, 1992; cfr. anche Soma, 1997.

scelta (18) legislatore italiano, posto che la Direttiva comunitaria (già nel testo del 1977, non modificato sul punto dalla Direttiva 98/50/CE) prevede solo che il cedente ed il cessionario siano tenuti a fornire la comunicazione « *in tempo utile* », rispettivamente, prima dell'attuazione del trasferimento e prima che « *i suoi lavoratori siano direttamente lesi dal trasferimento nelle loro condizioni di impiego e di lavoro* » (articolo 6 della Direttiva).

3.2. La necessaria comunicazione della data del programmato trasferimento.

Il nuovo testo del comma 1, ultimo paragrafo, dell'articolo 47, Legge n. 428/1990, prevede che « *l'informazione deve riguardare: a) la data o la data proposta del trasferimento; b) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; c) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; d) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi* ». Rispetto all'originaria formulazione, è stata aggiunta solo il requisito della specificazione della data (già fissata o solo proposta) del trasferimento.

Sebbene una previsione esplicita in tal senso mancasse in Italia, nella pratica, a fini di chiarezza e per comunicare notizie complete ai fini del corretto svolgimento della procedura, già si usa fornire questa informazione.

La previsione esplicita della segnalazione della data permette, comunque, di considerare pienamente attuata la modifica in tal senso disposta dalla Direttiva 98/50/CE (articolo 6, comma 1), che il testo italiano riproduce così fedelmente.

3.3. L'irrelevanza, ai fini della procedura, dell'imputabilità della decisione del trasferimento all'impresa controllante.

Il nuovo comma 4 dell'articolo 47, Legge n. 428/1990, stabilisce che « *gli obblighi d'informazione e di esame congiunto previsti dal presente articolo devono essere assolti anche nel caso in cui la decisione relativa al trasferimento sia stata assunta da altra impresa controllante. La mancata trasmissione da parte di quest'ultima delle informazioni necessarie non giustifica l'inadempimento dei predetti obblighi* ».

Questa norma è introdotta nel nostro ordinamento per attuare il nuovo l'articolo 6, comma 4, della Direttiva comunitaria, introdotto nel 1998 (19).

Risulta subito evidente l'attenzione prestata dal legislatore comunitario allo sviluppo dei legami di gruppo tra le imprese, anche su scala internazionale, ed alle problematiche connesse per quanto riguarda la tutela dei diritti dei lavoratori e dei loro rappresentanti all'interno della Comunità Europea. L'interesse del diritto comunitario a che l'organizzazione delle imprese tramite gruppi non conduca all'elusione ed alla lesione di diritti di informazione e consultazione dei lavoratori, del resto, è già evidenziato dalla ben nota Direttiva sui Comitati Aziendali Europei (Direttiva 94/45/CE del 22 settembre 1994).

4. Osservazioni conclusive.

Per completare la nostra trattazione, è opportuno fornire alcuni chiarimenti residuali.

La Direttiva 98/50/CE, al fine di rispondere all'esigenza di chiarire la nozione di « *lavoratore* » alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, ha introdotto, all'articolo 2, comma 1, lettera d) e comma 2, la definizione rilevante di lavoratore. Esso è semplicemente « *ogni persona che nello Stato membro interessato è tutelata come un lavoratore nell'ambito del diritto nazionale del lavoro* ». Pur dichiarando che la Direttiva non lede il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione di contratto o di rapporto di lavoro, il legislatore comunitario prevede che gli Stati membri non possano escludere dall'ambito di

(18) Possibile, vista la — già considerata — possibilità accordata agli Stati membri dall'articolo 7 della Direttiva di stabilire condizioni di maggior favore per il lavoratore.

(19) La direttiva è fedelmente trasposta, nella sostanza, sebbene la formulazione non coincida perfettamente. Infatti, l'articolo 6, comma 4, recita: « *Gli obblighi di cui al presente articolo si applicano indipendentemente dal fatto che la decisione riguardante il trasferimento sia presa dal datore di lavoro o da un'impresa che lo controlla. Nell'esame delle pretese violazioni degli obblighi in materia di informazione e di consultazione previsti nella presente direttiva, non si deve tener conto quale mezzo di difesa del fatto che tale violazione è avvenuta in quanto l'impresa che controlla il datore di lavoro non gli ha trasmesso le informazioni necessarie* ».

**Trasferimento
d'azienda e di ramo
aziendale**
Marina Mobiglia

applicazione della Direttiva i contratti o i rapporti di lavoro a motivo unicamente del numero di ore di lavoro, della durata determinata o della natura interinale dei rapporti di lavoro.

Il legislatore italiano nulla ha previsto in proposito, ma l'assenza di esclusioni dalla disciplina relativamente ai menzionati tipi di contratto di lavoro porta a ritenere l'Italia adempiente sotto questo profilo.

La Direttiva 98/50/CE ha previsto, all'articolo 6, comma 6, che i contenuti dell'informativa debba no essere resi noti ai lavoratori quando non vi sono rappresentanti dei lavoratori.

Poiché l'articolo 47, Legge n. 428/1990, già prevede chi sono i soggetti legittimati a ricevere l'informazione in mancanza di rappresentanze in azienda dei lavoratori, anche questa norma comunitaria è rispettata in Italia.

L'articolo 7-bis, introdotto dalla Direttiva 98/50/CE, prevede che « *Gli Stati membri introducono nelle loro normative nazionali i provvedimenti atti a consentire a tutti i lavoratori e ai loro rappresentanti che si ritengono lesi dall'inosservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva, di tutelare i loro diritti con un'azione in giudizio dopo eventuali ricorsi ad altri organi competenti* ».

Pure riguardo a questa norma, si può ritenere l'ordinamento italiano sostanzialmente conforme, perché già appresta strumenti di tutela sia individuali (azioni in giudizio) sia collettivi (articolo 28, Statuto dei Lavoratori), senza che sia necessaria l'introduzione di disposizioni in seguito alle modifiche della Direttiva.

L'articolo 4-bis della Direttiva comunitaria, introdotto nel 1998, regola ora il trasferimento in caso di imprese insolventi, prevedendo la possibilità di non applicare i vincoli previsti dalla Direttiva.

Poiché in Italia la materia è già regolata dai commi 5 e 6 dell'articolo 47, Legge n. 428/1990, mentre oggetto del presente lavoro sono le novità apportate alla legislazione interna, non è opportuno qui l'approfondimento di questa materia (20).

Per quanto riguarda, infine, altre specifiche disposizioni introdotte dalla Direttiva 98/50/CE (ad esempio, eventuali provvedimenti per garantire che il cessionario sia informato dei diritti ed obblighi ceduti; eventuale limitazione del mantenimento delle condizioni di lavoro) non è qui il caso di soffermarci, dato che la Direttiva ha lasciato agli Stati facoltà di scelta a riguardo, ed il legislatore italiano non ha operato tali scelte.

Bibliografia

Barchi (1992a), *Trasferimento d'azienda e licenziamenti collettivi*, in *DPL*, 28 ss.

Barchi (1992b), *Trasferimento d'azienda*, in *DPL*, 45.

Buonajuto (1999), *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Cedam, Padova, 21 ss.

Foglia (1991), *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 330 ss.

Gazzoni (1993), *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1993, 1259 ss.

Levis, Gromis Di Trana (1998), *L'affitto d'azienda*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1998, 52.

Maresca (1992), *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, in *q. Rivista*, n. 1, 7 ss.

Rotondi, Ruzzenenti (1999), in *DPL*, 20 ss.

Soma (1997), *Il trasferimento di azienda*, in *DPL*, 40 ss.

Villani (2000), *Trasferimento d'azienda - Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, Torino, 8 ss.

Il mercato del lavoro e la giurisprudenza in materia di licenziamenti (Italia, 1989-1998)

Mario Macis (*)

Sommario

1. Introduzione. 2. Il processo di «selezione non casuale» dei casi giudicati. 3. I dati elementari ISTAT sui procedimenti in materia di lavoro. 4. L'evidenza empirica in Italia. 5. Una possibile spiegazione. 6. Alcune note conclusive.

1. Introduzione

È ben noto che nella maggior parte dei paesi industrializzati il potere di cessazione unilaterale del rapporto da parte del datore di lavoro (licenziamento) incontra precisi limiti legislativi, a correzione della ineguale distribuzione del potere contrattuale tra le parti. Nonostante la severità della disciplina dei licenziamenti vari anche considerevolmente da paese a paese, le caratteristiche qualitative delle normative nazionali presentano molti aspetti comuni. Per esempio, quasi dovunque il licenziamento deve essere preceduto da un periodo di preavviso, da più o meno complicate procedure di consultazione con le rappresentanze sindacali, e deve essere accompagnato da un'indennità di licenziamento. Ne deriva che, in termini economici, licenziare un lavoratore rappresenta un costo per l'impresa, e l'entità di tale costo dipende dal grado di severità e complessità del regime di protezione dell'impiego (RPI). Inoltre, la legge consente al lavoratore di presentare ricorso contro il provvedimento del datore di lavoro, e penalità di vario tipo ed entità sono previste per il datore nel caso in cui il giudice dichiari l'illegittimità del licenziamento. In Italia, per esempio, a seconda della dimensione aziendale, l'imprenditore può essere obbligato a pagare un indennizzo monetario (regime di tutela obbligatoria) oppure a reintegrare il lavoratore ingiustamente licenziato (regime di tutela reale). In ultima istanza, pertanto, il controllo di legittimità del licenziamento ricade sulla giustizia civile, e ciò crea un complesso intreccio tra funzionamento del mercato del lavoro e giurisprudenza.

Esiste una vasta letteratura che si concentra sull'analisi economica dei RPI, e le indicazioni che ne provengono suggeriscono che la disciplina dei licenziamenti non è neutrale nei confronti delle decisioni delle imprese, tanto sul fronte dei licenziamenti quanto su quello delle assunzioni (1). Ogni tentativo di misurare con esattezza il costo totale di un licenziamento individuale si scontra però con notevoli difficoltà. Autorevoli istituzioni internazio-

note

(*) Questo lavoro ha beneficiato dei suggerimenti di Tito Boeri, Pietro Garibaldi e Stefano Liebman, nonché di numerose discussioni sugli argomenti trattati, anche durante la preparazione della mia Tesi di Laurea. Ringrazio inoltre Matteo Governatori, Nicola Lacetera, Francesca Mazzolari e Mario Viviani per i preziosi commenti, e la Fondazione Rodolfo De Benedetti per il supporto tecnico e statistico. Infine, devo un ringraziamento particolare a Giovanni Seri del Laboratorio per le Analisi dei Dati Elementari (ADELE) dell'Istat, per la collaborazione prestata nella fornitura dei dati. Le opinioni espresse in questo saggio, insieme con eventuali errori ed omissioni, restano naturalmente di mia esclusiva responsabilità.

(1) Cfr. Blanchard, (1998) e Garibaldi, (2000).

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis

nali, come l'OCSE, hanno elaborato sofisticati indicatori (2) della severità della protezione dell'impiego per un gran numero di Paesi industrializzati. Tali indicatori — basati sulla disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, e sulla legislazione in materia di contratti di lavoro temporaneo — rappresentano forse il più importante tentativo di quantificare la severità degli RPI, e sono stati utilizzati sia in indagini volte a stabilire il legame tra le « rigidità » istituzionali e la performance economica degli Stati, sia come base per stilare delle « graduatorie » dei Paesi dal più rigido al più flessibile. Recentemente, tuttavia, è stata avanzata qualche critica sulla significatività di tali indici (3). Gli indicatori dell'OCSE sono basati sulle disposizioni legislative e sulle previsioni degli accordi collettivi, vale a dire su norme in qualche forma codificate. I ranking che ne risultano, pertanto, non incorporano le differenze tra i diversi Paesi nel grado di severità nell'interpretazione e nell'applicazione di principi, norme e procedure da parte delle amministrazioni pubbliche e degli uffici giudiziari. Alcuni studi molto recenti (4) hanno viceversa evidenziato come, al di là della lettera delle norme, sia la loro concreta applicazione da parte dei pubblici uffici e dei tribunali a determinare il grado effettivo della severità della disciplina dei licenziamenti, e quindi la misura effettiva del costo delle separazioni. In aggiunta, le riforme dei mercati del lavoro attuate nel corso dell'ultimo decennio nella maggior parte dei Paesi europei, in buona misura parziali e disorganiche, hanno reso ancora più delicato e importante il ruolo dei soggetti deputati all'applicazione di una serie sempre più intricata di norme ed eccezioni. Difatti, la riduzione della rigidità dei RPI in Europa è stata ottenuta in larga misura attraverso l'introduzione di forme contrattuali nuove e flessibili (contratti a termine, lavoro interinale, parasubordinato, tempo parziale), spesso dai contorni indefiniti, a fronte di una disciplina immutata per le figure contrattuali tradizionali (contratti a tempo indeterminato) (5).

Sfortunatamente, i dati utili sulla messa in atto della disciplina dei licenziamenti sono molto scarsi, e la significatività dei dati disponibili è — come avremo modo di approfondire in seguito — spesso limitata. I dati sulla giurisprudenza in materia di licenziamenti (numero di sentenze e percentuali di accoglimento dei ricorsi) raccolti da Bertola et al. [1999] offrono una interessante panoramica internazionale. Si tratta, tuttavia, di osservazioni relative ad un unico anno (il 1995) e, inoltre, la confrontabilità tra dati riferiti a Paesi diversi è limitata nella misura in cui esistono significative differenze istituzionali tra gli Stati. Eppure, l'importanza dell'effettivo grado di severità nella messa in atto delle norme sembra assumere un'importanza centrale. Infatti, questa variabile potrebbe costituire una fonte di eterogeneità non solo tra i sistemi dei vari Paesi, ma anche — per esempio — tra le diverse aree territoriali all'interno di uno stesso Stato, specialmente in quelli segnati da disparità regionali particolarmente marcate, come è appunto il caso dell'Italia.

Una delle ipotesi recentemente avanzate in materia di RPI sostiene che il giudizio dei tribunali potrebbe essere influenzato dalle condizioni del mercato del lavoro (6). In pratica, dal momento che perdere l'occupazione in una regione depressa comporta per il lavoratore un danno maggiore rispetto a quello che subirebbe in un mercato del lavoro più dinamico in cui è più facile trovare un nuovo lavoro, tale maggior danno verrebbe — più o meno consapevolmente — incorporato nella decisione del giudice. Al limite quest'ultimo, di fronte ad uno stesso caso, potrebbe decidere diversamente a seconda della localizzazione geografica della controversia: a favore del lavoratore nelle aree ad elevata disoccupazione e a favore dell'impresa nei mercati del lavoro più dinamici. In aggiunta, l'orientamento dei tribunali potrebbe mutare a seconda della fase del ciclo che l'economia attraversa, per cui i giudici tenderebbero ad essere maggiormente favorevoli ai lavoratori nelle fasi di recessione, quando trovare un nuovo lavoro è più difficile, e più favorevoli alle imprese nei momenti di ascesa del ciclo economico.

I dati sui procedimenti giudiziari in materia di licenziamenti illustrati e discussi in questo saggio — provenienti dall'indagine Istat sulle statistiche giudiziarie civili — rivelano una grande variabilità territoriale, ricalcando la ben nota divisione Nord-Sud, e mostrano un andamento temporale in linea con le fluttuazioni del ciclo economico: è naturale domandarsi quale sia il legame tra le due dimensioni, economica e istituzionale. Le caratteristiche dei

note

(2) Cfr. OECD (1999), Capitolo 2.

(3) Cfr. Bertola, Boeri e Cazes (1999).

(4) Cfr. Bertola et al. (1999).

(5) Cfr. Boeri (1999).

(6) Cfr. Ichino, Polo e Rettore (1999).

dati a nostra disposizione ci permettono di inferire ben poco a proposito dell'influenza delle condizioni locali (o cicliche) del mercato del lavoro sull'orientamento dei giudici. Ciononostante, alcune interessanti indicazioni emergono, e sembrano evidenziare che la dimensione locale influisce sulla misura effettiva della rigidità degli RPI e, in particolare, sull'entità effettiva dei costi del licenziamento, e ciò indipendentemente dalla « distorsione » geografica (o ciclica) del giudizio dei tribunali.

2. Il processo di « selezione non casuale » dei casi giudicati (7).

Come evidenziato in Miceli (1997), ci sono almeno due ragioni per cui gli economisti sono interessati alle modalità con cui le dispute legali sono risolte. Innanzitutto, il modo in cui le controversie sono risolte ha importanti effetti sui costi del sistema legale. Inoltre, la teoria economica può essere utile per analizzare il comportamento di litiganti razionali e offrire utili suggerimenti per diminuire i costi delle controversie (8). Per quanto si riferisce all'oggetto di questo saggio, l'analisi dei dati sulla giurisprudenza in materia di licenziamenti può fornire informazioni molto preziose circa il costo delle separazioni per le imprese. Difatti, qualora si scoprisse che i costi di licenziamento variano a seconda dell'ubicazione geografica delle controversie, ne deriverebbero importanti implicazioni positive e normative. Per esempio, sarebbe più facile capire perché le imprese tendono a concentrarsi maggiormente in certe zone del Paese piuttosto che in altre. Bisogna però tenere ben presente che la lettura dei dati sulla giurisprudenza non è semplice, e ciò principalmente perché le dispute che raggiungono lo stadio giudiziale non costituiscono un campione rappresentativo dell'intero universo delle controversie. Il processo di autoselezione delle controversie che sfociano in un processo costituisce l'oggetto di questo paragrafo.

Una qualsiasi controversia tra un soggetto — l'attore — che pretende una certa somma di denaro da parte di un altro soggetto — il convenuto — a qualsiasi titolo, può essere risolta davanti all'autorità giudiziaria oppure per conciliazione delle parti senza l'intervento del giudice. I dati disponibili per gli Stati Uniti (9) rivelano che una schiacciante maggioranza (più del 90%) delle controversie civili sono risolte per conciliazione o per rinuncia di una delle parti. In effetti, se si assume, come sembra ragionevole, che i processi siano più costosi delle conciliazioni in termini di costi di transazione, allora questo dato diviene perfettamente comprensibile e, anzi, ci si domanda per quale ragione tutte le controversie civili non siano risolte al di fuori delle aule di tribunale! In realtà, se si rimuove un'ipotesi cruciale dell'analisi economica, quella dell'informazione perfetta e simmetrica tra le parti, allora il mistero del perché esistono i processi diventa più facile da svelare. Infatti, una delle ragioni principali per cui i processi civili hanno luogo è rappresentata dal fatto che le parti possono avere diverse percezioni circa l'esito del procedimento stesso. Tipicamente, se tutte e due le parti sono ottimiste sull'esito del procedimento, risulterà loro impossibile raggiungere un accordo preventivo che sarebbe invece preferibile (rispetto al processo) per entrambe. La diversità delle percezioni può dipendere dal fatto che una o entrambe le parti sono in possesso di informazioni private, o altresì dal fatto che una o entrambe le parti sono male informate circa la legislazione rilevante.

In Priest e Klein (1984) si evidenzia per la prima volta in maniera compiuta come l'insieme dei casi che raggiungono lo stadio giudiziale non costituisca un campione rappresentativo dell'intero universo delle controversie (selective litigation hypothesis). Inoltre, Priest e Klein hanno sostenuto che la probabilità che una controversia raggiunga la fase del giudizio è più elevata laddove è più incerto l'esito finale. Questa ipotesi è nota come la regola del 50 per cento, poiché implica che il tasso di vittoria del proponente si debba approssimativamente attestare intorno al 50 per cento. In effetti, la sentenza di un giudice che conferma il licenziamento di un lavoratore, ovvero che sovrverte il provvedimento del datore di lavoro, non è che l'ultimo passaggio di una sequenza più lunga di bivi decisionali e scelte. Ogni procedimento ha origine da una decisione di licenziamento da parte dell'impresa, seguita dalla decisione da parte del lavoratore licenziato di presentare ricorso presso l'autorità

note

(7) Sulla teoria dell'*autoselezione* delle controversie che raggiungono lo stadio giudiziale si veda Priest e Klein, (1984), Eisenberg (1990), Waldfogel (1995), Miceli (1997) e Ichino et al. (2000).

(8) Nei Paesi di Common Law esiste una terza importante ragione di interesse: il modo in cui le parti risolvono le controversie ha infatti importanti implicazioni sulla stessa struttura delle norme giuridiche.

(9) Cfr. Miceli 1997, 156.

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis

giudiziaria competente. È possibile interpretare ognuna di queste scelte come una decisione di investimento, che verrà adottata quando i benefici attesi superano i costi attesi. Nel caso in esame, ciascuna delle parti agisce in base alla propria valutazione dell'esito finale atteso dell'intero procedimento. Le decisioni del lavoratore e del datore di lavoro tengono conto senza dubbio della natura dei motivi del licenziamento, ma al tempo stesso esistono altre variabili che incidono sul probabile esito finale del processo e che sono presumibilmente valutate dalle parti. Tra le variabili che influenzano le percezioni e, quindi, le scelte dell'impresa e del lavoratore possiamo ragionevolmente comprendere:

- l'orientamento della giurisprudenza in materia (tendenzialmente favorevole al lavoratore o al datore di lavoro);
- il margine di discrezionalità che la legislazione attribuisce ai giudici nell'applicare le disposizioni in materia di licenziamenti;
- la sanzione che colpisce il datore di lavoro in caso di licenziamento illegittimo;
- l'esistenza di procedure di conciliazione extra-giudiziale obbligatorie o facoltative;
- il costo del procedimento giudiziario per il lavoratore e per l'impresa;
- la durata attesa dei procedimenti;
- la facilità con cui è possibile trovare un'occupazione alternativa;
- il grado di sindacalizzazione della forza lavoro.

Alcuni di questi fattori agiscono potenzialmente su entrambe le parti in conflitto e nel medesimo senso, come nel caso delle spese processuali; altri agiscono su entrambe le parti ma in direzioni opposte, come accade per l'orientamento della giurisprudenza o per l'entità della sanzione in caso di vittoria del lavoratore (reintegrazione, compensazione, etc...); altri fattori agiscono solo sul lavoratore, come nel caso della difficoltà di trovare un'occupazione alternativa a quella appena perduta, altri ancora soltanto sull'impresa.

I dati dell'indagine Istat registrano le controversie che hanno dato origine ad una sentenza, e si riferiscono pertanto ai soli casi in cui l'impresa ha ritenuto opportuno optare per il licenziamento e il lavoratore ha creduto utile fare ricorso al giudice. Tali casi, pertanto, non esauriscono l'intero universo delle controversie in materia di licenziamenti. Dal 1989 fino al 1993, la rilevazione dell'Istat includeva le controversie risolte senza una sentenza (vale a dire tramite conciliazione, o per inattività delle parti, rinuncia agli atti, improcedibilità, etc), ma a partire dal 1994 vengono rilevati unicamente i casi risolti con l'emissione di una sentenza. La conoscenza dei dati sulle conciliazioni rende l'indagine decisamente più ricca e completa, perché consente di misurare la propensione delle parti ad evitare di risolvere le controversie in tribunale. Tuttavia, anche quando sono note le controversie risolte senza una sentenza, rimangono ignoti i casi che non hanno avuto nessun contatto con un ufficio giudiziario, come per esempio i casi in cui il lavoratore ha accettato il licenziamento oppure è stato « indotto » a rassegnare le proprie dimissioni; senza contare le conciliazioni avvenute al di fuori delle procedure previste per legge. In buona sostanza, il problema della selezione non casuale dei casi giudicati non può considerarsi mai completamente superato, ed è opportuno mantenere un atteggiamento di prudenza nell'analisi dei dati.

Consideriamo dapprima il soggetto a cui spetta la decisione finale di confermare o dichiarare invalido il licenziamento: il giudice. Quali sono i fattori che amplificano o riducono il potere discrezionale degli organi giudicanti nell'interpretare le norme sui licenziamenti? Per quale ragione un giudice imparziale dovrebbe essere più o meno orientato a favore dei lavoratori piuttosto che delle imprese? In primo luogo, lo spazio per l'esercizio da parte degli organi giudicanti della discrezionalità nell'interpretazione delle norme varia a seconda della flessibilità o rigidità che caratterizza le disposizioni di legge. In Italia, la Legge n. 604 del 1966 prevede due categorie di motivi per il licenziamento individuale: la giusta causa e il giustificato motivo (oggettivo o soggettivo), e la definizione di giusta causa o di giustificato motivo è abbastanza generale da lasciare un ampio spazio per l'esercizio della discrezionalità interpretativa del giudice. In secondo luogo, l'orientamento della giurisprudenza può essere influenzato dalle condizioni locali del mercato del lavoro. Nelle aree territoriali con un tasso di disoccupazione particolarmente elevato, la perdita del posto di lavoro a causa del licenziamento costituisce un danno ben maggiore per il lavoratore rispetto ad un mercato del lavoro più dinamico, proprio a causa della maggiore difficoltà di trovare un'occupazione alternativa a quella perduta. È lecito domandarsi, pertanto, se in qualche modo la decisione del giudice tenga conto di questa differenza, tutt'altro che impercettibile nel nostro Paese. Sulla base dei dati sulle controversie relative a un importante istituto di credito italiano, Ichino, Polo e Rettore (2000) concludono che le condizioni locali del mercato del lavoro influenzano le decisioni dei giudici. In particolare, in Ichino et al. (2000) si riscontra una

tendenza da parte degli organi giudicanti a pronunciarsi con maggiore favore verso i lavoratori nelle regioni con elevati tassi di disoccupazione, e questo nonostante in quelle stesse aree regionali i casi che giungono dinanzi al giudice siano caratterizzati da un livello di gravità mediamente superiore rispetto alla media. Proprio il maggior favore per i lavoratori, d'altronde, sarebbe la causa principale della distorsione nel processo di selezione dei casi. In altre parole, si sostiene che lo stesso episodio che in una regione con bassa disoccupazione è considerato un giustificato motivo per il licenziamento, può non esserlo in una regione con disoccupazione elevata.

Volgiamo ora l'attenzione agli altri due soggetti, il datore di lavoro e il lavoratore, protagonisti dei nodi decisionali precedenti. Cosa influisce sulla scelta del lavoratore licenziato se adire l'autorità giudiziaria oppure accettare il provvedimento? In primo luogo, il lavoratore certamente valuta la natura del motivo che ha originato il licenziamento, e in base a questo giudica la gravità della propria posizione. Tuttavia, a parità di motivo, ci sono altre circostanze che influiscono sulla sua decisione. Plausibilmente, il lavoratore licenziato considera l'orientamento della giurisprudenza in materia di licenziamenti. Laddove esista la percezione di un orientamento dei giudici favorevole ai lavoratori, ciò costituirà un incentivo ai ricorsi all'autorità giudiziaria. Viceversa, la percezione di un orientamento favorevole alle imprese tenderà a scoraggiare i ricorsi. Anche la presenza del sindacato nelle relazioni di lavoro può avere un ruolo importante: laddove il sindacato è più forte e presente all'interno delle aziende, è più frequente che le controversie siano risolte internamente, o attraverso conciliazioni extragiudiziali, senza ricorso all'autorità giudiziaria se non nei casi più gravi. Ancora, lo stesso tasso di disoccupazione locale presumibilmente condiziona la decisione del lavoratore: nelle aree più dinamiche, dove è più facile trovare un'occupazione alternativa a quella appena perduta, l'incentivo a fare ricorso contro il licenziamento sarà verosimilmente minore. Al contrario, dove il tasso di disoccupazione è più elevato è anche più difficile trovare un nuovo lavoro, e l'incentivo a tentare la via giudiziaria per recuperare l'occupazione perduta sarà più forte.

Esaminiamo ora le variabili che possono ragionevolmente condizionare l'impresa che debba decidere se licenziare o meno un proprio dipendente, indipendentemente dal motivo del licenziamento. Nel decidere se operare o no il licenziamento, l'impresa tiene conto sia della possibilità che il lavoratore licenziato faccia ricorso all'autorità giudiziaria, sia di quale sarà la probabile decisione del giudice. Sulla decisione del datore di lavoro, pertanto, peseranno tutti i fattori discussi sopra a proposito degli altri due soggetti — il lavoratore e il giudice — ma con differente « segno ». Così, il favore dei giudici verso i lavoratori spinge l'impresa a risolvere le controversie al di fuori delle aule giudiziarie, e a cercare soluzioni alternative, al limite ricorrendo al licenziamento solo nei casi più gravi, per i quali è minima la probabilità congiunta di un ricorso da parte del lavoratore e del suo accoglimento da parte del giudice. Un altro fattore di cui l'impresa tiene conto è la sanzione applicabile al datore di lavoro che abbia ingiustamente licenziato un proprio dipendente. La maggiore severità della sanzione induce i datori di lavoro a ricorrere al licenziamento solo quando sono ragionevolmente certi di un esito positivo in caso di controversia giudiziaria. In Italia, la sanzione a carico dell'impresa in caso di licenziamento illegittimo è commisurata al periodo per il quale il lavoratore è stato (ingiustamente!) tenuto lontano dal proprio lavoro (pagamento del salario arretrato, contributi, interessi di mora su questi ultimi, etc.). Inoltre, indipendentemente dalla sanzione, la durata media dei procedimenti è un fattore che l'impresa tiene in considerazione, per i costi (costo effettivo e costo-opportunità) che il coinvolgimento in un processo comporta, e che sono tanto maggiori quanto più a lungo la causa si protrae.

Tasso di disoccupazione locale, favore dei giudici per il lavoratore, gravità della sanzione, durata media dei processi, sono fattori che aumentano i costi di licenziamento, e si rafforzano a vicenda nello scoraggiare l'impresa da licenziamenti « facili ». Pertanto, laddove le imprese abbiano ragione di ritenere che l'atteggiamento della giurisprudenza sia particolarmente sbilanciato a favore del lavoratore, per esempio a causa dell'elevato tasso di disoccupazione registrato in una particolare regione, limiteranno i licenziamenti solo ai casi più gravi, e ciò quanto più severa è la sanzione nel caso in cui il giudice dichiari ingiustificato il licenziamento. Ma in questo caso, si noti bene, i casi di licenziamento che saranno sottoposti a un giudice tenderanno ad essere confermati, proprio perché si tratta di casi particolarmente gravi. Si potrà avere dunque l'impressione errata che i giudici tendono ad essere più favorevoli alle imprese. Per le medesime ragioni, in quelle stesse realtà territoriali i lavoratori saranno incentivati ad adire l'autorità giudiziaria, nonostante la maggiore gravità media dei motivi dei licenziamenti. Si potrà pertanto registrare il dato —

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis

apparentemente paradossale — di una maggiore litigiosità nelle regioni con le più basse percentuali di sentenze favorevoli ai lavoratori. Quanto esposto rende evidente la necessità di tenere adeguatamente conto dell'esistenza di numerose distorsioni nella lettura dei dati.

3. I dati elementari ISTAT sui procedimenti in materia di lavoro.

L'Istat effettua con cadenza annuale un'indagine relativa ai procedimenti giudiziari civili, inclusi quelli in materia di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie. L'indagine si fonda su un questionario che i competenti Uffici giudiziari sono tenuti a compilare per ogni procedimento esaurito con sentenza o con decreto (10): informazioni utili si possono pertanto trarre dall'analisi dei dati elementari delle inchieste. A partire dai dati a livello di Distretto di corte d'appello, abbiamo provveduto ad una loro aggregazione per area regionale. L'utilizzo di dati regionali presenta, almeno apparentemente, sostanziali vantaggi. Infatti, mentre i confronti internazionali sulla giurisprudenza sono inevitabilmente influenzati dalle differenze nelle disposizioni normative dei diversi Paesi, l'uniformità normativa vigente tra le Regioni di uno stesso Paese sembra consentire una comparabilità immediata (11).

Prima di proseguire nell'esposizione, conviene descrivere in che modo abbiamo elaborato i dati che utilizziamo in questo lavoro. In primo luogo, dal momento che il questionario su cui si basa l'indagine dell'Istituto nazionale di statistica non consente di isolare con assoluta precisione i ricorsi dei lavoratori contro i licenziamenti, abbiamo costruito una proxy di questa grandezza isolando le sentenze relative ai procedimenti in cui: a) l'oggetto della domanda principale dell'attore riguarda l'estinzione del rapporto di lavoro; b) l'attore è una persona fisica; c) il convenuto è una società di persone o una società di capitali. In effetti, la fattispecie della persona fisica contro una società avente a oggetto l'estinzione del rapporto di lavoro sembra una ragionevole approssimazione dei ricorsi dei lavoratori contro i licenziamenti nel settore privato.

Un secondo problema consiste nel fatto che sulla base delle informazioni contenute nel questionario dell'Istat non vi è alcun modo per distinguere i motivi dei licenziamenti. Dunque, non è possibile distinguere i licenziamenti individuali da quelli collettivi, né separare i licenziamenti per giusta causa da quelli per giustificato motivo soggettivo od oggettivo. Un modo per isolare i soli licenziamenti individuali potrebbe consistere nell'esclusione dei procedimenti che hanno più di un attore. Tuttavia, non solo questa informazione è contenuta unicamente nelle indagini dal 1996 al 1998, ma presenta altresì una controindicazione. Potrebbe trattarsi, infatti, di casi di licenziamento individuale plurimo, i quali non ricadono sotto la disciplina dei licenziamenti collettivi e quindi non possono essere a questi assimilati. Un altro accorgimento può essere l'esclusione dei casi che sono stati riuniti in un unico procedimento in fase istruttoria o decisoria, ma anche in questo caso la costruzione della banca dati Istat non è libera da ambiguità. Infatti, è ben possibile che siano stati riuniti in un'unica causa due procedimenti intentati da una stessa persona fisica ma riguardanti due motivi diversi, ad esempio l'estinzione del rapporto e la corresponsione di retribuzione o di altre indennità. Alla luce di queste osservazioni, abbiamo deciso di non operare ulteriori scremature nella selezione dei casi, tanto più che i procedimenti riuniti e quelli con più attori rappresentano una percentuale molto ridotta del totale.

Un terzo problema ci costringe a limitare la nostra indagine alle sentenze di primo grado. Infatti, le unità elementari della rilevazione dell'Istat consistono nei procedimenti esauriti con provvedimento definitivo; tuttavia, ai fini delle rilevazioni dell'Istat, il provvedimento

note

(10) Ai sensi della legge 11 agosto 1973 n. 533 e dell'art. 28 della legge 20 giugno 1970 n. 300. I dati vengono trasmessi per la maggior parte all'Istituto nazionale di statistica dalle cancellerie e dalle segreterie degli Uffici Giudiziari civili. In particolare, i dati relativi al movimento dei procedimenti civili presso gli uffici giudiziari (Uffici del Giudice di pace, preture, tribunali, corti di Appello) sono trasmessi all'Istat dal Ministero di Grazia e Giustizia. Tali informazioni sono tutelate dal segreto statistico ex art. 9 del D.Lgs. 6 settembre 1989, n. 322, e possono essere esterne o comunicate soltanto in forma aggregata, in modo tale che non se ne possa fare alcun riferimento individuale. I principali risultati dell'Indagine vengono pubblicati in forma aggregata sull'annuario delle statistiche giudiziarie civili.

(11) In realtà, come si è visto nel Paragrafo 2, il fatto che le controversie che raggiungono lo stadio giudiziale siano il risultato di un processo di *autoselezione* influenzato dalle condizioni *locali* del mercato del lavoro rende molto meno immediata la comparabilità dei dati relativi a regioni distanti (tanto dal punto di vista geografico quanto da quello economico-istituzionale).

definitivo non coincide con l'emissione di una sentenza non più appellabile, bensì consiste nella semplice lettura del dispositivo in udienza. Questo, purtroppo, ci impedisce di misurare la durata complessiva dei procedimenti, non essendo possibile seguire ogni singolo procedimento dall'iscrizione al ruolo fino a tutti i gradi di giudizio attraverso cui si è articolato, fino all'emissione di una sentenza definitiva.

4. L'evidenza empirica in Italia.

La Tabella e le Figure riportate al termine del presente saggio sintetizzano alcune delle caratteristiche più rilevanti dei dati esaminati. Ricordiamo che le informazioni si riferiscono ai procedimenti risolti con sentenza in primo grado, relativi a ricorsi di persone fisiche contro società di persone o di capitali e in cui l'oggetto della domanda principale dell'attore è l'estinzione del rapporto di lavoro. Il dato che maggiormente salta agli occhi è la grande variabilità regionale di tutte le dimensioni considerate, e come le differenze regionali tendano a ricalcare la ben nota dicotomia Nord-Sud. Infatti:

a) Nel corso dell'intero periodo considerato, le regioni meridionali registrano percentuali di sentenze favorevoli ai lavoratori più basse rispetto alle regioni settentrionali. La Figura 1 mostra chiaramente che il dato nazionale è il risultato di una media tra due realtà nettamente distinte: la curva del Centro-Nord si trova costantemente su una posizione più elevata rispetto alla linea del Sud. Nel 1990, ad esempio, ben il 64% delle sentenze nel Centro-Nord era favorevole ai lavoratori, contro il 38% nel Mezzogiorno. Apparentemente, pertanto, i dati sembrano sconfessare la tesi secondo cui nel meridione i giudici sono favorevoli ai lavoratori.

b) Se consideriamo l'andamento del tasso di litigiosità descritto dalla Figura 2, e definito come il rapporto tra il numero di controversie risolte con sentenza e gli occupati, il periodo considerato si divide piuttosto nettamente in due parti. Nel corso della prima, che va dal 1989 al 1993, osserviamo un tasso nazionale di litigiosità relativamente contenuto, e pari a meno di 6 sentenze ogni 100.000 occupati. Nella seconda parte del decennio esaminato, che copre gli anni dal 1994 al 1998, si registra un tasso di litigiosità medio annuo più che triplo rispetto al periodo precedente, essendo mediamente 21 le sentenze emesse ogni 100.000 occupati. Inoltre, già nel periodo 1989-1993 si osservano importanti differenze tra le regioni del Centro-Nord e del Mezzogiorno. Difatti, al Sud si registra una propensione più elevata a ricorrere al giudice: la Campania e le altre regioni del Sud rivelano tassi di litigiosità doppi rispetto al Nord Ovest, al Nord Est e all'Emilia Romagna (fa eccezione la Lombardia). Negli anni dal 1994 al 1998 il divario Nord-Sud nei tassi di litigiosità si allarga, e la litigiosità al Sud diventa più che quadrupla rispetto al Nord. Mentre in Campania, in media ogni anno tra il 1994 e il 1998, un lavoratore dipendente su poco meno di 400 ha fatto ricorso al giudice, nel Lazio si è rivolto all'autorità giudiziaria un addetto su 5.000, uno su 7.000 in Lombardia, uno su 11.000 nel Nord Est, e appena uno ogni 16.000 in Emilia Romagna. A prima vista, questo dato sembra paradossale, dal momento che non si capisce per quale ragione la propensione a ricorrere al giudice sia più elevata laddove le probabilità di successo (misurate dalla percentuale di sentenze favorevoli al proponente) sono minori. In realtà, come abbiamo avuto modo di spiegare nel Paragrafo 2 e come approfondiremo ancora nel Paragrafo 5, questo paradosso può essere spiegato alla luce della teoria dell'autoselezione delle controversie.

c) La Figura 3 rivela una caratteristica molto interessante dei dati: i tassi di litigiosità tendono a variare nel tempo in linea con la disoccupazione. In effetti, in corrispondenza della recessione dei primi anni '90 si registra una crescita della propensione a fare ricorso contro il licenziamento, e questo è un dato che accomuna Nord, Centro e Sud d'Italia. La correlazione positiva tra tassi di disoccupazione e tassi di litigiosità è confermata anche dall'analisi cross-section, abbiamo infatti già evidenziato come le regioni meridionali rivelino tassi di litigiosità decisamente più elevati rispetto alle regioni settentrionali. Questi dati appaiono coerenti con l'idea che al lavoratore convenga fare ricorso in un mercato del lavoro depresso piuttosto che in mercati più dinamici o in momenti più felici del ciclo economico.

d) La durata media dei procedimenti di primo grado è decisamente più elevata nelle regioni meridionali (23 mesi) rispetto al resto della Penisola (15 mesi nelle regioni del Centro-Nord). La significatività di questo dato è tuttavia limitata, dal momento che disponiamo unicamente dei dati relativi al 1995.

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis

e) Un ultimo dato, anch'esso molto significativo, è la differenza nella propensione a risolvere le controversie tramite conciliazione, e cioè prima che della questione venga investita l'autorità giudiziaria: in ogni anno tra il 1989 e il 1993 (i soli anni per cui sono disponibili dati sulle controversie risolte senza sentenza), nei distretti settentrionali circa i due terzi delle controversie in materia di licenziamenti sono stati risolti con conciliazione, contro appena un quarto del totale nelle regioni del Mezzogiorno.

5. Una possibile spiegazione.

I profondi divari territoriali costituiscono un tratto strutturale dell'economia italiana, e in particolare del mercato del lavoro, con le regioni del Mezzogiorno che soffrono di tassi di disoccupazione mediamente tripli rispetto alle regioni del Nord. A loro volta, i dati sui procedimenti giudiziari in materia di licenziamenti (rapporto tra sentenze e occupati e tasso di accoglimento dei ricorsi) rivelano ampie variazioni territoriali, che ricalcano le linee tipiche dei divari di carattere economico (cfr. Tabella 1). Al tempo stesso, l'evoluzione temporale dei tassi di litigiosità mostra un'evidente tendenza a seguire il ciclo economico (cfr. Figura 3). Anche alla luce di una recente letteratura in tema di interazioni tra istituzioni e mercato del lavoro, è a questo punto naturale domandarsi quale sia il legame tra le due dimensioni, economica e istituzionale, sempre tenendo a mente che ogni ragionamento sui nostri dati deve tener conto della probabile distorsione degli stessi.

Abbiamo considerato i dati sulla giurisprudenza sotto due dimensioni: la dimensione temporale e quella regionale. Sotto il primo profilo, è utile confrontare i risultati della nostra analisi con l'evidenza empirica proveniente da altri Paesi. I dati mostrati in Bertola et al. [1999] relativi alla Germania (dati nazionali) rivelano evidenti co-variazioni delle sentenze in materia di licenziamenti in rapporto alla forza lavoro con il tasso di disoccupazione e il tasso di crescita del PIL, tra il 1973 e il 1990. La stessa fonte rivela che anche in Spagna, tra il 1980 e il 1997, si verifica una marcata co-variazione dei dati sulla giurisprudenza con la disoccupazione: in particolare, le sentenze favorevoli ai lavoratori sembrano seguire l'evoluzione nel tempo del tasso di disoccupazione. In Berger (1997) si sostiene che nella Germania Occidentale l'orientamento della giurisprudenza è stato particolarmente favorevole ai lavoratori durante le recessioni, quasi a svolgere un ruolo di stabilizzatore del ciclo economico. In Italia, le sentenze favorevoli ai lavoratori non sembrano seguire un percorso temporale in linea con le grandezze economiche (cfr. Figura 4). Al contrario, le controversie che arrivano in tribunale sembrano muoversi straordinariamente in linea con la disoccupazione (cfr. Figura 3). Questi dati sembrano indicare che in Italia le condizioni cicliche dell'economia incidono sulla propensione al ricorso ai tribunali.

Oltre alla dimensione temporale, i dati a nostra disposizione si prestano anche ad un'analisi per regione, e questa dimensione offre spunti forse anche più interessanti della prima. Le regioni con i tassi di disoccupazione più elevati — le regioni meridionali — occupano le prime posizioni in fatto di tassi di litigiosità (specialmente dal 1994 al 1998) e le ultime posizioni per quanto riguarda le percentuali di sentenze favorevoli ai proponenti (in tutti gli anni, dal 1990 al 1998). In effetti, si tratta di due dati non facilmente conciliabili fra loro, dal momento che apparentemente la propensione a fare ricorso al giudice sembra essere più elevata laddove le probabilità di vittoria sono più esigue. I dati sulle percentuali di sentenze favorevoli ai proponenti sembrano, per di più, smentire la tesi secondo cui i giudici tenderebbero ad essere più indulgenti con i lavoratori nelle regioni più depresse. In realtà, una simile lettura dei dati sarebbe quanto meno superficiale, in quanto non tiene debitamente conto del processo di autoselezione dei casi che giungono fino al giudice e che arrivano ad originare una sentenza.

Come discusso nel Paragrafo 2, a ogni passaggio decisionale i soggetti impegnati nella scelta (lavoratore e impresa) prendono una decisione in base ai costi e benefici attesi dall'intero procedimento. Una delle variabili rilevanti è presumibilmente costituita dall'orientamento dei giudici in materia di licenziamenti. Inoltre, le condizioni del mercato del lavoro — locali o congiunturali — possono avere un ruolo nell'influenzare l'atteggiamento degli organi giudicanti: dove il tasso di disoccupazione è più elevato, la perdita del posto di lavoro rappresenta un danno maggiore rispetto a un mercato del lavoro più dinamico, e ciò può tradursi in un maggior peso attribuito dal giudice alla causa del lavoratore nelle regioni più depresse. Ichino et al. (2000) dimostrano che nonostante la maggiore gravità media dei casi giudicati nelle regioni del Sud, in queste stesse regioni i giudizi della magistratura tendono

ad essere più indulgenti verso i lavoratori. Le conclusioni di Ichino et al. derivano da un dataset molto ricco sulle controversie in una grande banca italiana, in cui è possibile seguire passo passo ogni singolo procedimento, e distinguere pertanto le controversie in base alla gravità dell'episodio che ha motivato il licenziamento (12). Sfortunatamente, con le informazioni aggregate di cui noi disponiamo non vi è modo di verificare se l'orientamento dei giudici sia effettivamente più favorevole ai lavoratori nelle regioni con la disoccupazione più elevata, o se comunque esista tale percezione tra i lavoratori e le imprese. Tuttavia, ciò non impedisce la lettura dei dati in chiave economica.

Un modo di ragionare utile per razionalizzare le informazioni provenienti dall'indagine dell'Istat può essere mutuato dall'econometria: possiamo infatti provare a leggere i dati sotto l'ipotesi nulla di non distorsione del giudizio dei tribunali rispetto alle condizioni del mercato del lavoro. In altre parole, ragioniamo « come se » esistesse un unico giudice imparziale dal punto di vista « geografico ». Sotto questa ipotesi, il fatto che nel Sud prevalgono le sentenze favorevoli alle imprese mentre nel Centro-Nord prevalgono quelle favorevoli ai lavoratori indica inequivocabilmente che nel Mezzogiorno i casi che arrivano di fronte al giudice sono mediamente « più gravi », vale a dire che i motivi che hanno determinato il licenziamento sono più solidi rispetto alle regioni settentrionali. Possiamo spiegare questo fenomeno considerando altre due dimensioni dei dati sulla giurisprudenza: la propensione dei lavoratori licenziati a fare ricorso al tribunale e la durata media dei processi.

Innanzitutto, le decisioni di licenziamento da parte delle imprese sono influenzate dalla diversa propensione dei lavoratori licenziati a fare ricorso all'autorità giudiziaria, che può dipendere non solo dalla percezione di un maggiore o minore favore da parte dei giudici, ma anche dalla disponibilità di un'occupazione alternativa a quella appena perduta, o di un'adeguata assistenza in sede di conciliazione extragiudiziale. Nel Mezzogiorno, la maggiore difficoltà di trovare un'occupazione alternativa a quella perduta a causa del licenziamento induce i lavoratori a fare maggiormente ricorso all'autorità giudiziaria, come confermato sia dalla correlazione positiva tra tasso di disoccupazione e tasso di litigiosità regionali, sia dalla bassissima percentuale di controversie risolte attraverso le procedure di conciliazione. L'incentivo a ricorrere alla magistratura nei distretti del Mezzogiorno sembrerebbe, dunque, sussistere anche nei casi in cui il motivo del licenziamento è più grave, e questo soprattutto nelle fasi più avverse del ciclo economico (le sentenze emesse nel periodo 1994-1997 corrispondono a ricorsi contro i licenziamenti effettuati nei primi anni '90). Pertanto, mentre nelle regioni più dinamiche del Centro e del Nord una minore quota di lavoratori licenziati adisce le vie legali, e si rivolge al giudice solo chi (mediamente) ritiene di essere stato licenziato per un motivo insufficiente, nel Sud i ricorsi non solo sono più frequenti ma sono anche (in media) destinati ad essere respinti dai giudici, proprio per la loro maggiore gravità (ricordiamo che i giudici, sotto l'ipotesi nulla, sono imparziali!). In secondo luogo, accanto ad una maggiore probabilità di essere citate in giudizio, le imprese localizzate nei distretti meridionali fronteggiano la prospettiva di una durata media del processo di quasi due anni (solo in primo grado). Naturalmente, questo significa che un processo nel Mezzogiorno costa di più rispetto a un processo analogo nel Nord. Di fronte alla maggiore propensione al ricorso alla magistratura dei lavoratori meridionali, e alla luce dei più elevati costi dei processi nei distretti del Sud, le imprese hanno tutto l'interesse a limitare i licenziamenti ai soli casi in cui la natura delle circostanze è tale da far prevedere una conferma del licenziamento da parte del giudice eventualmente adito dal lavoratore stesso. Questo effetto è rafforzato dall'elevata penalità associata alla sconfitta nella causa, che induce le imprese a evitare di finire dinanzi al giudice quando non sono ragionevolmente certe di un esito positivo (13). Nelle regioni più dinamiche della Penisola, invece, i licenziamenti sono presumibilmente più « facili » proprio per la minore propensione dei

note

(12) Sorprendentemente, però, dalle analisi econometriche di Ichino et al. non risulta che tale orientamento abbia effetto sulle decisioni di licenziamento da parte del datore di lavoro, sebbene questo risultato possa forse spiegarsi con una politica dei licenziamenti uniforme su tutto il territorio nazionale da parte dell'azienda da cui provengono i dati.

(13) In Italia, la penalità associata a una tale eventualità è la più elevata tra i Paesi Ocse. Per le imprese con più di 15 dipendenti, infatti, alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento segue l'obbligo della reintegrazione del lavoratore nella posizione occupata in precedenza, oltre al pagamento di tutti gli arretrati relativi all'intera durata della controversia più il versamento dei contributi e degli oneri sociali. Inoltre, l'impresa è obbligata a pagare una cospicua ammenda al sistema di previdenza sociale per il pagamento ritardato dei contributi. La misura effettiva della sanzione è, dunque, commisurata alla durata del procedimento.

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis

lavoratori a ricorrere al tribunale: essi infatti trovano presto un nuovo lavoro, non hanno interesse a perdere tempo in una causa e sono maggiormente disponibili ad una conciliazione extragiudiziale delle controversie.

In ogni caso, dunque, indipendentemente dalla « distorsione » del giudizio dei giudici, sembra che le condizioni locali del mercato del lavoro intervengano a modificare la misura effettiva dei costi dei licenziamenti, anche in presenza di una normativa nominalmente uniforme sul territorio nazionale. Le diverse probabilità di trovare una nuova occupazione dopo averne perduta una, e l'inefficienza dei tribunali nel meridione, plausibilmente incidono sulla propensione dei lavoratori a ricorrere al giudice e di conseguenza sulla propensione delle imprese a licenziare. Se rimuoviamo l'ipotesi nulla di omogeneità geografica e congiunturale dei giudici, le argomentazioni sopra esposte risultano addirittura rafforzate.

6. Alcune note conclusive.

Abbiamo proposto una spiegazione per i maggiori tassi di litigiosità e per la maggior quota di sentenze favorevoli all'impresa registrati nelle regioni meridionali. Vi sono segnali che sembrano indicare che le condizioni locali del mercato del lavoro influiscono sulla misura effettiva dei costi di licenziamento che le imprese devono fronteggiare. Per la natura aggregata dell'evidenza empirica sopra illustrata, nulla si può dire circa la « distorsione » del giudizio dei tribunali su base geografica. Cionondimeno, i dati esaminati suggeriscono che la rigidità effettiva dei regimi di licenziamento varia da regione a regione e non è uniforme su tutto il territorio nazionale. Infatti, i dati disponibili suggeriscono che nel Sud si ricorre più spesso al giudice e si rimane più a lungo in tribunale, entrambi fattori che aumentano i costi dell'impresa. Nel quadro sopra delineato, lo stesso tasso di disoccupazione sembra rappresentare un fattore che amplifica le rigidità istituzionali, e lo fa in maniera tanto più asimmetrica quanto maggiore è l'ampiezza delle disparità regionali e quanto più gravi sono le sanzioni per i licenziamenti giudicati illegittimi. In altre parole, le disparità territoriali si profilano come una vera e propria concausa non trascurabile delle rigidità istituzionali (costi effettivi di licenziamento) e, pertanto, il rapporto tra mercato del lavoro e istituzioni si profila come un rapporto bidirezionale.

I dati che abbiamo utilizzato in questo lavoro, come già abbiamo avuto modo di sottolineare, sono soggetti ad alcune limitazioni di carattere qualitativo che ne rendono difficile la lettura e l'interpretazione. In questo saggio se ne è offerta una disamina puramente descrittiva, insieme con una possibile e del tutto opinabile spiegazione. Stiamo conducendo un lavoro econometrico con l'obiettivo di raggiungere conclusioni più solide. Una particolare attenzione sarà rivolta all'analisi delle asimmetrie informative tra lavoratore e impresa e al ruolo delle rappresentanze sindacali nell'informare i lavoratori circa la legislazione rilevante. Si cercherà inoltre di testare empiricamente la regola del 50 per cento (cfr. Paragrafo 2). Plausibilmente, esistono importanti differenze tra i settori di attività economica, diversi per ciclicità delle condizioni di mercato, dimensione media d'impresa, tipologia di lavoratori occupati, etc. Le maggiori difficoltà che incontriamo si devono al fatto che il questionario che l'Istat utilizza per le rilevazioni in materia di giustizia civile ha subito diverse modifiche nel corso degli anni, e purtroppo non si è sempre trattato di miglioramenti (almeno, dal nostro punto di vista). Per esempio, i dati fino al 1994 sono più ricchi di informazioni rispetto agli anni successivi. Fino a quell'anno, infatti, il questionario conteneva l'indicazione del sesso dell'attore, della sua età, della sua posizione professionale e del settore di attività economica. Inoltre, due problemi purtroppo non sormontabili sulla base dei soli dati dell'Istat sono rappresentati dall'impossibilità di distinguere, sotto il titolo « Estinzione del rapporto », i diversi motivi dei licenziamenti, e dall'impossibilità di seguire ciascun procedimento lungo i diversi gradi di giudizio. Un interessante ampliamento della ricerca in questo senso si può ottenere soltanto accrescendo il livello di dettaglio dell'analisi, ossia esaminando le singole sentenze. Un altro lavoro attualmente in corso d'opera punta proprio in questa direzione, attraverso l'analisi di un certo numero di sentenze della Corte di Cassazione, ciò che ci dà la possibilità di studiare i procedimenti nel dettaglio, lungo il loro intero percorso attraverso i vari gradi di giudizio, e avendo cognizione dell'identità delle parti, dei motivi dei licenziamenti, delle motivazioni delle varie sentenze, etc. Si potrà forse essere in grado di valutare la misura in cui nelle motivazioni delle sentenze sono incorporate valutazioni che tengono conto delle condizioni locali del mercato del lavoro.

**Licenziamenti e zone
territoriali del Paese**
Mario Macis

C'è un messaggio di portata generale che è possibile cogliere nei dati esaminati e discussi in questo breve saggio: tra istituzioni e mercato del lavoro esistono interazioni significative, che plausibilmente vanno in entrambe le direzioni. Non solo le istituzioni plasmano gli effetti delle forze del mercato, ma queste ultime a loro volta influiscono sull'operare degli assetti istituzionali. Bisogna prendere atto, inoltre, di come i dati qui esaminati si siano rivelati piuttosto ostici da interpretare, e non facilmente riconducibili ad una spiegazione univoca. Nonostante i progressi fatti dalla letteratura recente, i dettagli sui meccanismi di interazione tra istituzioni e mercati necessitano in buona parte di una spiegazione soddisfacente, e l'impressione che ci rimane è che non si tratti di un'operazione semplice.

Licenziamenti e zone
territoriali del Paese
Mario Macis

Tabelle e Grafici

Tabella 1 — Ricorsi contro i licenziamenti: l'evidenza empirica in Italia, 1989-1998

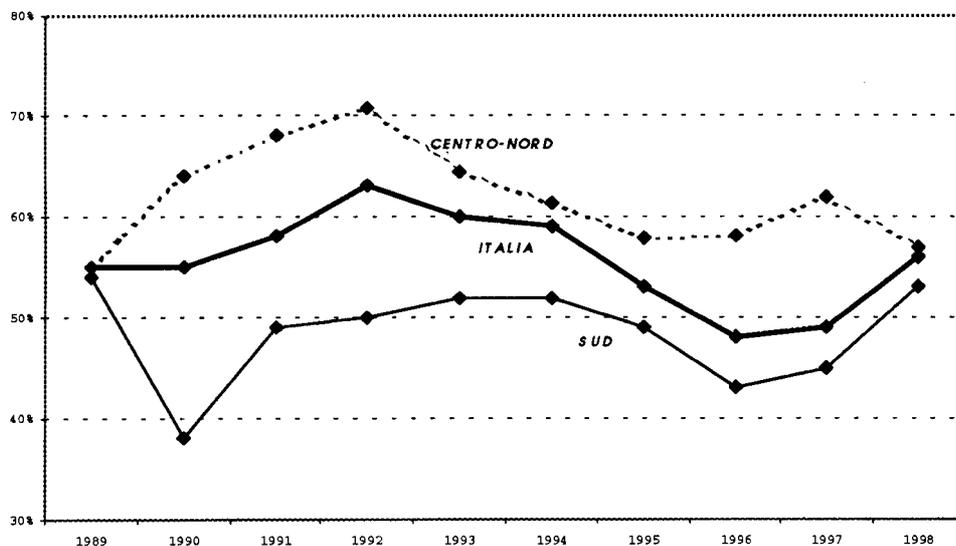
	Controversie			Conciliazioni		
	<i>Italia</i>	<i>Centro Nord</i>	<i>Sud</i>	<i>Italia</i>	<i>Centro Nord</i>	<i>Sud</i>
1989	3420	2701	719	58%	63%	25%
1990	4059	3008	1051	56%	63%	20%
1991	nd	nd	nd	nd	nd	nd
1992	2592	2084	508	60%	64%	30%
1993	4481	3522	959	50%	54%	26%
	Sentenze			Accoglimenti		
	<i>Italia</i>	<i>Centro Nord</i>	<i>Sud</i>	<i>Italia</i>	<i>Centro Nord</i>	<i>Sud</i>
1989	1028	648	380	55%	55%	54%
1990	1180	771	409	59%	64%	38%
1991	nd	nd	nd	nd	nd	nd
1992	736	490	246	66%	70%	50%
1993	1512	1041	471	62%	64%	52%
1994	2338	1875	463	60%	61%	52%
1995	3559	1593	1966	54%	58%	49%
1996	5470	1742	3728	48%	58%	43%
1997	7358	1499	5859	49%	62%	45%
1998	2216	1173	1043	56%	57%	53%
	Litigiosità*			Durata media procedimenti**		
	<i>Italia</i>	<i>Centro Nord</i>	<i>Sud</i>	<i>Italia</i>	<i>Centro Nord</i>	<i>Sud</i>
1989-1993	0.056	0.051	0.064	21 mesi	15 mesi	23 mesi
1994-1998	0.211	0.111	0.465			
	Litigiosità			Accoglimenti		
	1989-1998	1989-1993	1994-1998	1989-1998	1989-1993	1994-1998
Nord Ovest	0.078	0.041	0.107	62%	59%	63%
Lombardia	0.116	0.088	0.139	60%	62%	58%
Nord Est	0.061	0.036	0.080	63%	64%	63%
Emilia-Romagna	0.048	0.036	0.057	64%	65%	64%
Centro	0.043	0.026	0.056	63%	64%	62%
Lazio	0.127	0.042	0.195	57%	70%	55%
Campania	0.831	0.074	1.436	46%	57%	45%
Sud	0.102	0.075	0.125	43%	43%	44%
Sicilia	0.084	0.051	0.111	53%	47%	56%
Sardegna	0.032	0.018	0.043	51%	35%	58%

Note: * Totale controversie risolte con sentenza (primo grado) ogni mille occupati;

** Periodo tra l'iscrizione a ruolo del procedimento e la lettura del dispositivo in udienza. Dati relativi ai procedimenti di primo grado risolti nel 1995. Elaborazioni dell'autore su micro dati dell'ISTAT.

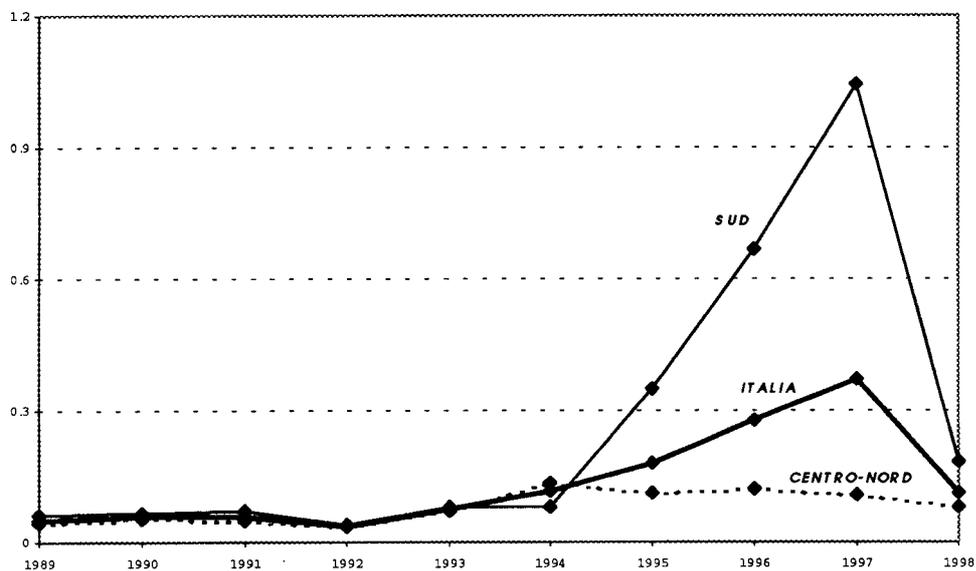
Figura 1 — Sentenze favorevoli ai lavoratori: 1989-1998
(% sul totale delle controversie risolte con sentenza di primo grado)

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis



Elaborazioni dell'Autore su dati elementari ISTAT

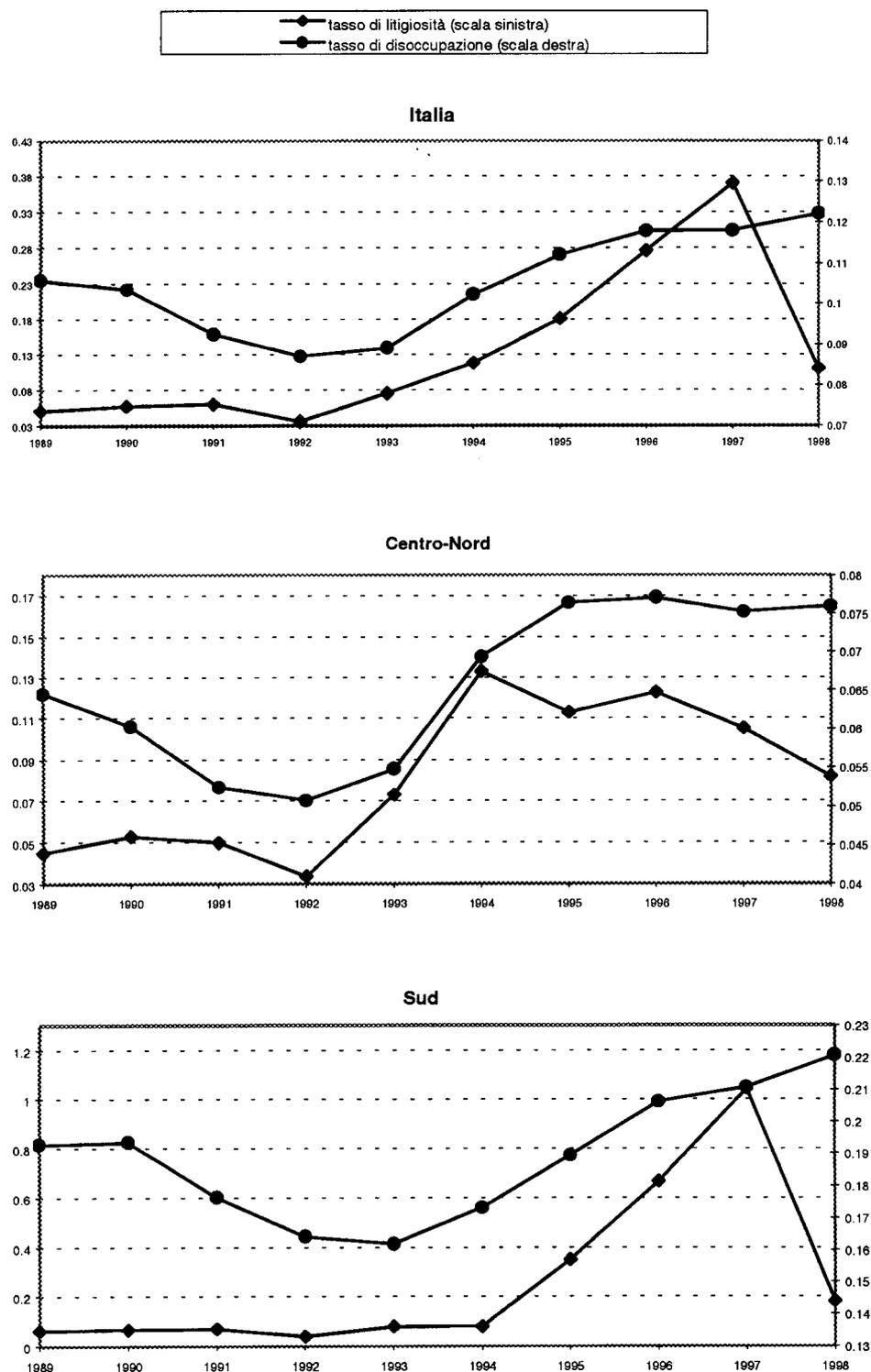
Figura 2 - Tassi di Litigiosità
(numero sentenze in materia di licenziamenti ogni mille occupati)



Elaborazioni dell'Autore su dati elementari ISTAT

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
 Mario Macis

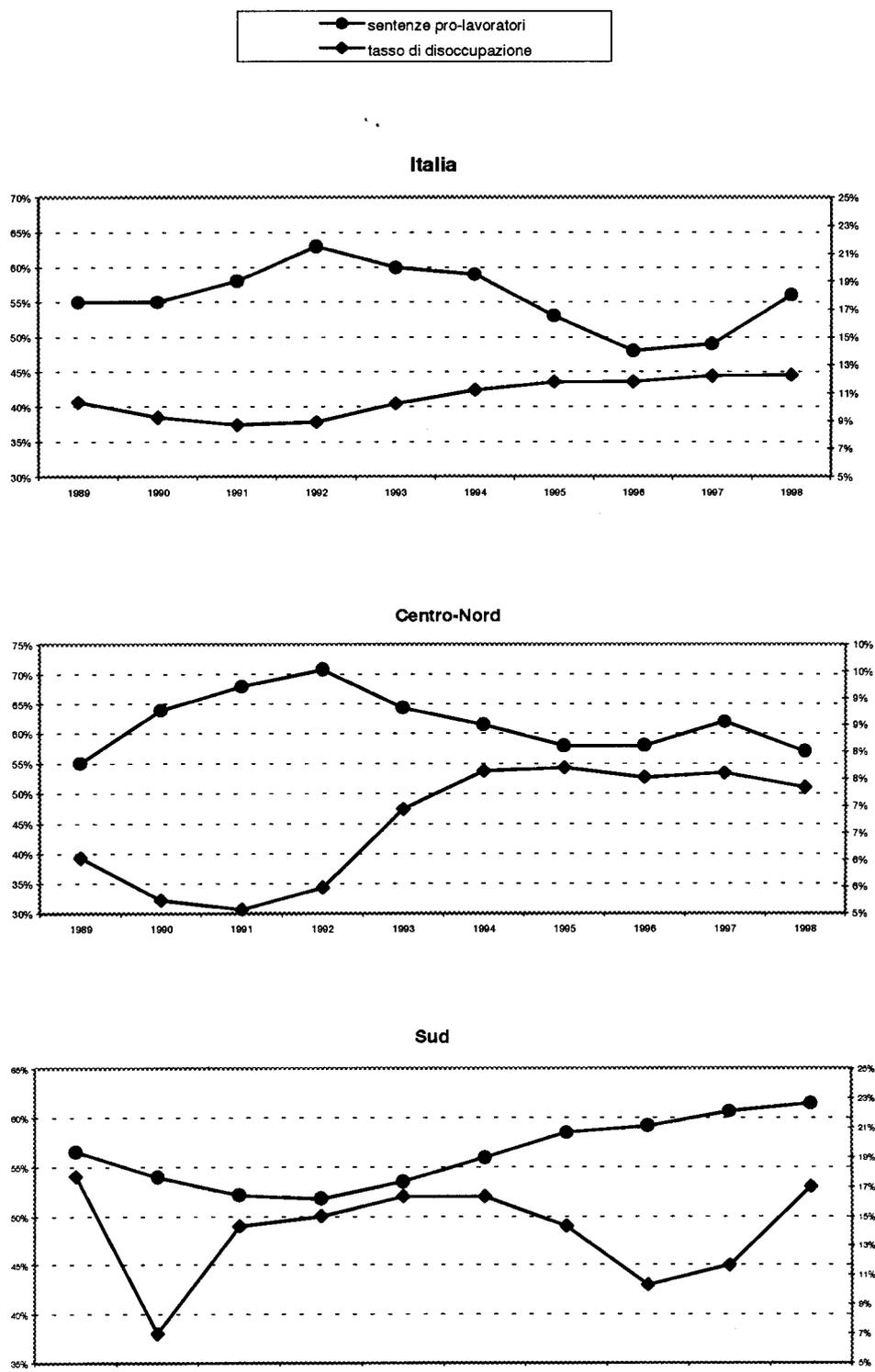
Figura 3 — Tassi di litigiosità e disoccupazione
 (il tasso di disoccupazione è « ritardato » di un anno)



Elaborazioni dell'Autore su dati elementari ISTAT

Figura 4 — Sentenze favorevoli ai lavoratori e tasso di disoccupazione

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis



Elaborazioni dell'Autore su dati elementari ISTAT

Licenziamenti e zone territoriali del Paese
Mario Macis**Bibliografia**

Berger, (1997), *Regulation in Germany: Some stylized facts about its time path, causes and consequences*, *Industrial Relations*, Vol. 35, No. 4, Cambridge (MA).

Bertola Boeri, Cazes (1999), *Employment Protection and Labour Market Adjustment in OECD Countries: Evolving Institutions and Variable Enforcement*, *Employment and Training Papers* No. 48, ILO.

Bertola, (1993), *Vincoli Istituzionali ai Licenziamenti e Domanda di Lavoro in Italia*, in Padoa Schioppa Kistoris, (a cura di), *Squilibri e rigidità nel mercato del lavoro italiano: rilevanza quantitativa e proposte correttive*, Milano.

Blanchard, (1998), *Employment Protection and Unemployment*, mimeo MIT.

Boeri (2000), *Uno Stato Asociale*, Laterza e Figli.

Eisenberg, (1990), *Testing the Selection Effect: A New Theoretical Framework with Empirical Tests*, *Journal of Legal Studies*, vol XIX.

Garibaldi (2000), *I Regimi di Protezione dell'Impiego*, in Brucchi L., *Economia del lavoro*, Bologna.

Ichino, Polo, e Rettore (2000), *Are Judges Biased by Labor Market Conditions? The Selection of Firing Litigations for Trial in an Italian Firm*, dattiloscritto.

Istat, *Statistiche Giudiziarie Civili*, diversi anni.

Macis (2000), *Dimensioni Regionali della Disoccupazione e delle Istituzioni del Mercato del Lavoro in Europa*, *Tesi di Laurea*, Università Bocconi, Milano.

Miceli, (1997), *Economics of the Law*, Oxford University Press, New York.

Oecd (1999), *Employment Outlook*, Paris.

Priest, e Klein, (1984), *The Selection of Disputes for Litigation*, *Journal of Legal Studies*.

Waldfogel, (1995), *The Selection Hypothesis and the Relationship between Trial and Plaintiff Victory*, *Journal of Political Economy*.

Mobbing e tutela del lavoratore: alla ricerca di una fattispecie vietata

Alessandro Boscati

Sommario

A. La massima. **B.** Il commento. **1.** La definizione di *mobbing* tra scienza medica e realtà. **2.** L'emersione della rilevanza giuridica del *mobbing*. **3.** Gli elementi costitutivi della condotta. **4.** Gli aspetti problematici relativi alla prova ed alle modalità risarcitorie. **5.** Osservazioni conclusive.

A. La massima.

Tribunale di Milano, 20 maggio 2000 - MANNACIO Pres. Est. - Società Junghans Italia S.r.l. (Avv. Ferrari) c. Bigli (Avv. Nocita) -

Non si configura mobbing in azienda nell'ipotesi in cui l'assenza di sistematicità, la scarsità degli episodi, il loro oggettivo rapportarsi alla vita di tutti i giorni all'interno della organizzazione produttiva escludono che i comportamenti lamentati possano essere considerati dolosi, presupposto indefettibile per rendere risarcibile un danno che secondo l'esperienza comune è imprevedibile con riferimento sia all'oggettività dei fatti ritenuti lesivi sia alla reattività del soggetto cui essi sono rivolti.

B. Il commento

1. La definizione di *mobbing* tra scienza medica e realtà.

La sentenza in epigrafe offre lo spunto per ragionare su quelle persecuzioni sistematiche e deliberate dei colleghi o del datore di lavoro che feriscono il lavoratore sul piano professionale e morale. Si tratta, di norma, di soprusi ed angherie dirette ad isolare il dipendente all'interno dell'ambiente di lavoro o a provocarne l'espulsione dall'azienda. Le prime teorizzazioni del fenomeno, che ora è qualificato come *mobbing* (1) si devono ad un gruppo di psicologi del lavoro svedesi, capitanati da Heinz Leymann, che nel corso degli anni ottanta ne ha studiato le negative conseguenze, in termini di grave alterazione dell'equilibrio psichico e connessa menomazione della capacità lavorativa.

Gli studiosi di psicologia del lavoro hanno individuato cinque diverse tipologie nelle quali si concretizza il fenomeno quale sistematica attività ostile, posta in essere da colleghi o

note

(1) Dal verbo inglese *to mob* che nella lingua corrente anglosassone esprime essenzialmente due tipi di azioni: a) affollarsi, accalcarsi intorno a qualcuno; b) assalire tumultuando, malmenare, aggredire; il sostantivo *mob*, invece, trae origine dal latino *mobile vulgus*, con cui si indica una folla tumultuante, spesso nell'accezione dispregiativa di gentaglia, plebaglia, banda di delinquenti (Monateri, Bona, Oliva 2000, 6). Il vocabolo *mobbing* è altresì utilizzato con riferimento al mondo animale per descrivere il comportamento di aggressione del branco nei confronti di un animale o di un esemplare isolato (cfr. Konrad 1963, 41).

Mobbing e tutela del lavoratore

Alessandro Boscati

superiori nei confronti del lavoratore: a) comportamenti che incidono sulla possibilità di una adeguata comunicazione in azienda da parte della vittima; b) condotte che creano difficoltà nel mantenere i contatti sociali in ambito lavorativo; c) o che ne ledono la reputazione; d) iniziative che influiscono negativamente sulla sua posizione occupazionale; e) o che ne pregiudicano la salute psichica (Nunin 2000).

Con riferimento ai soggetti che pongono in essere queste strategie persecutorie, viene poi operata una distinzione tra il c.d. *mobbing* verticale, quando il comportamento è posto in essere dal datore di lavoro o dai superiori gerarchici, ed il c.d. *mobbing* orizzontale, se la pratica vessatoria proviene dai colleghi. In concreto la situazione di isolamento della vittima, al di là delle condotte apertamente vessatorie, risulta il più delle volte aggravata dai comportamenti di coloro (c.d. *side mobbers*) che, pur non essendone direttamente responsabili, restano spettatori silenziosi delle persecuzioni (Matto 1999, 491).

2. L'emersione della rilevanza giuridica del *mobbing*.

Dal punto di vista giuridico il *mobbing* è stato preso in considerazione soltanto negli ultimi anni a seguito di due pronunce del Tribunale di Torino di fine 1999 (2) che per prime ne hanno consacrata formalmente la qualificazione antiggiuridica. Ad inizio del 2000, seppure di sfuggita, in un *obiter dictum*, anche la Corte di Cassazione si è riferita al *mobbing* con la sentenza n. 143 dell'8 gennaio, concernente un caso di molestie sessuali seguite da alterazioni psicologiche (3).

La dottrina ne giustifica l'apparizione tardiva nel contenzioso giudiziario rispetto alla ormai risalente identificazione come causa di patologie psicologiche per la difficoltà di definire giuridicamente ed in maniera certa un fenomeno che, per sua natura, non ha né una connotazione precisa e predeterminata, né confini certi sul piano delle forme e delle modalità attuative (Tullini 2000, 251). Del resto, benché la prassi giurisprudenziale non avesse « ancora recepito la terminologia e la nozione caratteristica del *mobbing*, tuttavia gli atti e i comportamenti materiali che la psicologia del lavoro e la medicina legale hanno catalogato come fattori causativi sono già stati riconosciuti e qualificati in termini di illeciti, produttivi di un danno risarcibile alla persona del lavoratore » (sempre Tullini 2000, 254). Si ricordano, ad esempio, le pronunce relative alla reiterate molestie sessuali, costituenti causa di dimissioni della lavoratrice; il sistematico disconoscimento dei diritti derivanti dalla qualifica; la sottrazione di compiti e responsabilità caratteristiche delle mansioni svolte; la progressiva e poi completa inattività coatta; il reiterato esercizio arbitrario del potere disciplinare; i comportamenti ingiuriosi e persecutori (sul punto cfr. Matto 1999, 493 cui si rinvia per i puntuali riferimenti giurisprudenziali; in merito cfr. anche Caccamo, Mobiglia, 2000, V ss.; Tullini 2000, 254; Monateri, Bona, Oliva, 2000, 17 ss.).

La rilevanza del fenomeno e il crescente interesse dell'opinione pubblica e dei *media* rispetto al *mobbing*, ha suggerito l'opportunità di un intervento legislativo che « consentisse una regolamentazione diversa della fattispecie, nel quadro del risarcimento del danno contrattuale alla persona suscettibile di autonoma valutazione rispetto al danno biologico e alla ricerca delle tecniche di tutela più idonee » (D'Aponte 2000, 774). A giustificazione, si è rilevato come l'approccio tradizionale permetta di sanzionare solo particolari degenerazioni della condotta del c.d. *mobber*, perdendosi così di vista la complessità del fenomeno che, per sua natura, imporrebbe una valutazione globale del comportamento vessatorio per meglio tutelare la posizione del lavoratore.

Il primo approccio di politica legislativa considerava il fenomeno esclusivamente sotto il profilo della repressione penale della condotta (progetto di legge n. 1813 presentata alla Camera dei Deputati il 9 luglio 1996) (4); sono poi seguite ulteriori proposte specificamente

note

(2) Si tratta delle sentenze del 16 novembre 1999 e del 30 dicembre 1999 il cui testo integrale si può leggere in Monateri, Bona, Oliva, 2000, rispettivamente 206 e ss. e 217 e ss.; la prima è pubblicata anche in *RIDL*, 2000, II, 102 con nota di Pera ed in *DPL*, 2000, inserto al n. 18, XIX; la seconda (benché la data ivi indicata sia 11 dicembre) in *FI*, 2000, I, 1591 ed in *Danno e res* 2000, 406 con commento di Bona, Oliva.

(3) Pubblicata in *RIDL*, 2000, II, 764 con nota di D'Aponte e Izzi; per un commento della sentenza cfr. anche Gottardi 2000 e Miscione 2000.

(4) Tale proposta si prefigge lo scopo di « prevedere il reato di *mobbing* e perseguire penalmente tale comportamento, equiparandolo ad un reato verso la persona e verso la società »; di segno penalistico è anche il progetto n. 6667 presentato alla Camera il 5 gennaio 2000.

mirate alla tutela del dipendente vessato sul luogo di lavoro (5). Al Disegno di legge n. 4265 (comunicato alla Presidenza del Senato il 13 ottobre 1999) in tema di « Tutela della persona che lavora da violenze morali e persecuzioni psicologiche nell'ambito dell'attività lavorativa » è seguita la presentazione alla Camera del progetto di legge n. 6410 di analogo contenuto con cui si dà una definizione del fenomeno e si individuano una serie di misure preventive e repressive (per una analisi di queste proposte si rinvia a Caccamo, Mobiglia, 2000, XV ss.) (6).

La congruità di un intervento normativo in materia è stata però diversamente valutata in dottrina. A coloro che fin dall'inizio hanno auspicato un sollecito esame ed una altrettanto tempestiva approvazione delle proposte di legge da parte dei due rami del Parlamento per depurare lo svolgimento del rapporto di lavoro « da connotati di violenza morale e di perfidia psicologica » (Meucci 1999, 1961), si è contrapposto chi ha evidenziato come, in realtà, la rilevanza di un'autonoma qualificazione giuridica del *mobbing* risiederebbe non tanto nella novità delle condotte concretamente esercitate, quanto nel nome attribuito alla fattispecie. Si è pertanto ritenuto che, in presenza di norme comunque in grado di tutelare la posizione del lavoratore, l'adozione di un provvedimento legislativo *ad hoc* non avrebbe comportato altra conseguenza se non quella di appesantire il quadro normativo vigente (Nunin 2000).

Invero quest'ultima soluzione pare da preferire, non tanto perché si disconosca nei fatti l'esistenza di comportamenti ascrivibili alla fattispecie medico legale del *mobbing*, quanto perché l'ordinamento giuridico attuale conosce già idonei strumenti per far fronte ai comportamenti continuativi nel tempo che degenerano in pratiche vessatorie e per imputarne la responsabilità al datore di lavoro (così anche Denari 2000, 11). In tale ottica l'art. 2087 c.c., che acquisisce dignità contrattuale all'interno del rapporto di lavoro *ex art.* 1374 c.c. (sul punto cfr. Matto 1999, 494; in generale sul radicamento contrattuale della responsabilità risarcitoria si veda Lassandari 1995, spec. 116 ss. con tutti i riferimenti ivi contenuti), si configura come una norma aperta, in grado di tutelare il lavoratore di fronte a tutti i possibili comportamenti lesivi della sua integrità psico-fisica, qualunque ne sia la natura e l'oggetto (7).

È opinione consolidata, infatti, quella secondo cui l'ampia formula di tale previsione imponga al datore di lavoro di salvaguardare sia l'integrità fisica sia la personalità morale del lavoratore, ben al di là del dovuto rispetto della normativa antinfortunistica, secondo quella che è l'« intrinseca vocazione » della disposizione alla tutela dei valori della persona (8). Ed in tale ottica ben si comprende come per tutelare la personalità morale del lavoratore si possa attribuire rilievo unitario, ai sensi della richiamata norma codicistica, ad una serie di condotte datoriali dipanatesi in un determinato arco temporale e riconducibili al medesimo disegno vessatorio (9).

Una conferma si ha dalle sentenze del Tribunale di Torino sopra richiamate che hanno formalizzato l'ingresso del *mobbing* nel lessico della giurisprudenza giuslavoristica. Infatti, se si accantona il profilo meramente terminologico e si analizza la motivazione della pronuncia, emerge come per l'imputazione della responsabilità del datore di lavoro sia stato invocato l'art. 2087 del codice civile e come l'*iter* argomentativo seguito per accertare il diritto del lavoratore al risarcimento del danno non differisca da quello utilizzato dalla consolidata giurisprudenza *pre-mobbing* per giungere al riconoscimento dei diritti lesi del lavoratore (così espressamente Caccamo, Mobiglia, 2000, XV).

note

(5) Tutte le proposte si possono leggere al sito internet: <http://parlamento.it>

(6) Nell'ambito delle iniziative riconducibili al *mobbing* si deve menzionare anche il Disegno di legge n. 4313 recante « Disposizioni a tutela dei lavoratori e delle lavoratrici dalla violenza psicologica », comunicato alla Presidenza del Senato il 2 novembre 1999.

(7) Così già Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *MGL*, 1995, 561.

(8) In dottrina Montuschi 1987, 3 evidenziava già più di un decennio fa come « l'ambiente di lavoro non è fonte di rischio e pericolosità solo per l'integrità fisica del lavoratore, ma tende a coinvolgere il diritto alla salute nella sua globalità .. sino a ricomprendere le relazioni ed i rapporti esterni nei quali si manifesta la personalità del lavoratore ».

(9) Oliva 2000, 33 per sostenere il diritto al risarcimento del danno a favore del mobbizzato fa ricorso alla categoria del danno esistenziale, derivante dalla lesione della dignità umana e risarcibile secondo il tracciato normativo dato dalla combinazione dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 41, comma 2, della Costituzione, poiché la vittima ha « il diritto di vedersi risarcita per il fatto in sé dell'aggressione alla sua dignità umana e di lavoratore, a prescindere dalle conseguenze d'altro tipo prodotte dall'illecito » in quanto ogniqualvolta si tratta « di risarcire la lesione di un diritto alla personalità, il danno non può che essere *in re ipsa* ».

Mobbing e tutela del lavoratore

Alessandro Boscati

Ed anche la Corte di Cassazione, con la citata sentenza 8 gennaio 2000, n. 143, nell'esaminare un caso di lamentate molestie sessuali, seguite da un comportamento discriminatorio, intimidatorio e persecutorio ricondotto dalla dipendente a *mobbing*, richiama l'art. 2087 c.c. per risolvere la questione.

Peraltro, l'utilizzazione in sede giudiziaria della direttiva contenuta nell'art. 2087 c.c. permette di ricondurre al datore di lavoro non solo i comportamenti vessatori a lui direttamente ascrivibili, ma anche le condotte ostili di dirigenti, collaboratori e dipendenti (c.d. *mobbing* orizzontale) che non siano state impedito o scoraggiate dall'imprenditore (10). Quest'ultimo, per essere esonerato da responsabilità, deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile, con ogni forma e con ogni mezzo, per evitare l'evento lesivo, non essendo sufficiente l'affermazione di aver ignorato o sottovalutato la vicenda (11). Ciò in considerazione del fatto che il datore di lavoro, se a conoscenza di condotte illegittime dei propri dipendenti, ha a disposizione strumenti idonei per intervenire a tutela dei lavoratori vessati (Caccamo, Mobiglia, VII) (12).

3. Gli elementi costitutivi della condotta.

Quindi, il problema non è tanto quello di enumerare in sede legislativa i comportamenti ascrivibili alla fattispecie di *mobbing* e di enuclearne una astratta nozione, quanto quello di verificare in concreto quando, da una data condotta, derivi una lesione della dignità e della personalità del dipendente in violazione della normativa vigente. Si è, infatti, incisivamente notato come « la parola forse è nuova, ma il caso è vecchio » in quanto « i giochi psicologici si rinnovano in continuazione, ma la tecnica è sempre la stessa » (Miscione 2000). Pertanto qualora da un comportamento datoriale derivi un pregiudizio per il lavoratore, implicante la lesione del bene primario della salute, per imputare la responsabilità al datore occorrerà accertare l'esistenza del nesso causale fra il suddetto comportamento ed il pregiudizio che ne deriva.

Con particolare riguardo al *mobbing* la giurisprudenza ed i disegni di legge sopra richiamati mettono in chiaro che, affinché si realizzino condotte ascrivibili a tale fenomeno, è necessario che gli specifici comportamenti siano ripetuti nel tempo e preordinati al raggiungimento dello scopo di danneggiare il lavoratore, con una perfetta corrispondenza della nozione « giuridica » rispetto a quella già fornita dagli studi medici, sociologici e psicologici. Occorre cioè individuare, al di là di astratti preconcetti, quando in concreto la tipica dialettica aziendale subisca una indubbia alterazione e distorsione rispetto al normale assetto dei rapporti tra datore e lavoratore, ricadendo in una dimensione di ostilità e di sottile avversione. Un'indagine che, per sua natura, comporta la necessità di andare oltre l'analisi dei singoli episodi ed impone di costruire una cornice all'interno della quale attribuire rilievo unitario ad una serie di comportamenti succedutisi in un determinato arco temporale. In questa logica non paiono riconducibili al fenomeno del *mobbing* i singoli ed isolati provvedimenti del datore di lavoro dagli effetti normalmente duraturi, come un mutamento di mansioni od un trasferimento illegittimo, efficacemente attaccabili con i tipici rimedi riferibili alle singole fattispecie.

La ricostruzione del percorso vessatorio impone di dare rilievo non solo a profili oggettivi,

note

(10) Secondo una parte della giurisprudenza la responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c. può concorrere con quella extracontrattuale originata dalla violazione di diritti soggettivi primari poiché grava sul datore di lavoro il generale obbligo del *neminem ledere* previsto dall'art. 2043 c.c. (Cass. 21 dicembre 1998, n. 12763, in *FI Mass* 1998) e con specifico riferimento ai comportamenti dei dipendenti quello dell'art. 2049 c.c. (Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, *cit.*; Trib. Milano 9 maggio 1998, in *OGL*, 1998, 345; Pret. Modena 29 luglio 1998, in *LG* 1999, 559). In dottrina (Tullini 2000, 260) ritiene superfluo richiamare l'art. 2049 c.c. per la repressione del fenomeno del *mobbing* in quanto « i comportamenti e gli atti illeciti interessano comunque lo svolgimento del rapporto di lavoro e rifluiscono inevitabilmente nell'area dell'inadempimento contrattuale ». Naturalmente in queste ipotesi all'obbligo risarcitorio gravante sul datore di lavoro si affianca quello del soggetto che concretamente ha posto in essere la condotta che ne risponde autonomamente per fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c.

(11) In merito all'ampiezza dell'obbligo datoriale cfr., da ultimo, Cass. 18 aprile 2000, n. 5049, in *GC Mass*, 2000.

(12) In questo senso cfr. Trib. Milano 9 maggio 1998, in *OGL*, 1998, 348 che ha condannato il datore di lavoro a risarcire il danno ex art. 2087 c.c. per il fatto di non aver provveduto alla tutela della dipendente molestata pur essendo informato della condotta lesiva attuata da un suo lavoratore; sulla legittimità del licenziamento intimato dal datore di lavoro nei confronti di un proprio dipendente resosi responsabile di molestie sessuali all'interno dell'azienda si veda Cass. 19 gennaio 1998, n. 437, in *FI Mass*; Cass. 2 dicembre 1996, n. 10752, in *RIDL*, 1997, II, 594; Cass. 28 aprile 1995, n. 4735, in *RIDL*, 1996, II, 866; Cass. 26 febbraio 1994, n. 1974, in *DL*, 1994, II, 152.

connotati dal verificarsi di una data condotta, ma anche a profili soggettivi ed in particolare alla finalità del comportamento. La responsabilità per *mobbing*, infatti, deve essere provata dal lavoratore come qualsiasi inadempimento contrattuale del datore di lavoro ascrivibile alla previsione generale dell'art. 2087 c.c.

Per soddisfare l'onere probatorio, allora, il primo dato da dimostrare, come visto, è strutturale ed oggettivo. L'illiceità della condotta presuppone innanzitutto una ripetitività e/o reiterazione di comportamenti illeciti, a nulla rilevando situazioni di conflitto solo temporaneo. In questo senso si pone il problema di legare tra loro comportamenti dotati di una loro intrinseca autonomia, giuridica e fattuale.

Tale problema riguarda sia comportamenti considerati illegittimi dalla stessa normativa speciale sul rapporto di lavoro subordinato, sia comportamenti che isolatamente considerati non assumerebbero rilievo per il diritto. È evidente, poi, come nell'operare detto legame occorrerebbe tener ben presenti le risultanze della scienza medica che stabiliscono requisiti e parametri quali/quantitativi rigorosi non solo per l'individuazione del fenomeno, ma anche per la diagnosi dei disturbi psicologici.

Peraltro nelle due ipotesi formulate, la sussistenza della reiterazione sembra rilevare a fini diversi. Nel primo caso, cioè in presenza di comportamenti datoriali illegittimi (dequalificazione, trasferimenti illegittimi, condotta discriminatoria, reiterazione di procedimenti disciplinari), la dimostrazione della ripetitività e della reiterazione gioca un ruolo soprattutto sul piano risarcitorio. Infatti, in questa ipotesi, fin dalla prima condotta illecita deriva il diritto del lavoratore ad agire in giudizio per chiederne il sanzionamento, mentre la reiterazione o la ripetitività delle azioni in concreto assumono rilievo in quanto si riesca a provare che da esse sia derivato un autonomo danno all'integrità psico-fisica e/o alla personalità del dipendente, risarcibile ai sensi della clausola generale di cui all'art. 2087 cod.civ. Il profilo strettamente inibitorio rimane, invece, sullo sfondo, poiché il lavoratore fruisce di tutti gli strumenti idonei per tutelare in sede giudiziaria i propri diritti prima dell'insorgenza della patologia. Nel secondo caso, invece, la valutazione coordinata di vari comportamenti rileva, ancor prima che ai fini risarcitori, per la stessa prova della sussistenza di un comportamento illecito e, quindi, per l'esperimento di un'azione inibitoria. Risulta, infatti, di tutta evidenza come in questo caso non vi siano né a monte né a valle comportamenti illeciti, ma comportamenti apparentemente legittimi i quali possono essere censurati solo nella misura in cui si riesca a provarne la preordinazione alla realizzazione di una finalità discriminatoria (13).

Ed è con specifico riguardo a questa seconda ipotesi che la valutazione dell'elemento soggettivo, cioè la verifica della illecita finalità di discriminare, emarginare o recare altri pregiudizi al dipendente vittima, assume un valore particolare. Pertanto in presenza di una serie di atti o di comportamenti di per sé legittimi, ai fini della prova della vessatorietà la valutazione del profilo finalistico, che integra quello strutturale, pare fondamentale ed indefettibile, incumbendo sul lavoratore la prova del necessario collegamento di diversi episodi e della loro riconducibilità entro un unico progetto illecito.

Resta che, se l'elemento finalistico ha importanza particolare nell'ipotesi richiamata, di esso va comunque provata l'esistenza ogniqualvolta si intenda attribuire rilievo unitario ad una serie di episodi succedutisi nel tempo, ancorché alcuni di essi si configurino palesemente illegittimi. Infatti, benché questi ultimi siano autonomamente sanzionabili (dal punto di vista sia inibitorio sia risarcitorio) non si può presumere *ipso iure* la loro appartenenza ad un progetto unitario, dipendendo tale riconduzione dall'accertamento di una serie di elementi non preventivabili in via generale, ma che devono formare oggetto di specifica e puntuale valutazione.

Diversamente opinando, infatti, si configurerebbe una situazione in cui il datore di lavoro sarebbe comunque sempre responsabile in maniera oggettiva, e conseguentemente tenuto al

note

(13) Si ricorda come sia un dato acquisito in giurisprudenza quello secondo cui l'esercizio da parte del datore di lavoro dei propri diritti, ancorché formalmente legittimo, non possa in ogni caso configurarsi come abuso di potere o minaccia di far valere un diritto, sia sul versante collettivo sia su quello individuale. Con specifico riguardo al primo profilo, cfr. Cass. 8 settembre 1995, n. 9501 in *MGL*, 1996, 14 e Cass. S.U. 12 giugno 1997, n. 5295, in *MGL*, 1997, 541 secondo cui nel caso in cui sia stato denunciato un comportamento antisindacale l'intenzionalità del datore di lavoro assume una rilevanza essenziale quando la condotta, pur lecita nella sua obiettività, presenti i caratteri dell'abuso del diritto; in merito al secondo aspetto cfr., tra le molte, da ultimo Cass. 28 dicembre 1999, n. 14621, in *RIDL*, 2000, II, 738 relativa alla minaccia di irrogare un licenziamento in assenza di un inadempimento riconducibile al lavoratore.

Mobbing e tutela del lavoratore

Alessandro Boscati

risarcimento del danno, per l'insorgenza di malattie psico-fisiche del lavoratore sulla base della semplice prova di alcuni episodi, indipendentemente da ogni valutazione dell'intento persecutorio.

Del resto anche la dottrina « che accoglie una concezione oggettiva del *mobbing*, formulando *a priori* un giudizio di disvalore che prescinde dall'indagine sul complessivo progetto discriminatorio, è costretta ad introdurre una sorta di correttivo per la delimitazione dell'area dell'illecito, che funge da requisito giuridico ulteriore e surrogato » (Tullini 2000, 257). Né una diversa conclusione, onde recuperare *in toto* una visione oggettiva della responsabilità da *mobbing*, potrebbe essere giustificata sulla base dell'assunto secondo cui l'art. 2087 c.c. — configurando una fattispecie di responsabilità contrattuale — imporrebbe, *ex art.* 1218 c.c., solo al debitore (quindi al datore di lavoro) la riconduzione dell'inadempimento o del ritardo ad impossibilità della prestazione a lui non imputabile; pertanto al lavoratore per ottenere il diritto al risarcimento sarebbe sufficiente provare il comportamento, il danno ed il nesso causale, a nulla rilevando il dolo o la colpa del datore di lavoro *sub specie* di finalità vessatoria.

Tale soluzione non considera però che nel caso del *mobbing* l'elemento finalistico rappresenta un dato costitutivo della fattispecie, presupposto per la prova del danno e del nesso causale tra questo e la condotta. Ciò porta a ritenere che il lavoratore, qualora lamenti di essere stato perseguitato non si possa limitare a provare l'esistenza di una serie di comportamenti materiali e giuridici, ma debba anche fornire la prova della loro finalità illecita, non risultando possibile censurare i provvedimenti datoriali in ragione della loro oggettiva offensività nei confronti del dipendente (*contra* Miscione, 2000; sul punto cfr. anche Izzi 2000, 783).

Tale conclusione pare trovare esplicita conferma nel principio espresso dalla Corte di cassazione secondo cui quando la responsabilità fatta valere è quella contrattuale ai sensi dell'art. 2087 c.c., « dalla natura dell'illecito non deriva affatto che si versa in una fattispecie di responsabilità oggettiva, ma occorre pur sempre l'elemento della colpa ossia la violazione di una disposizione di legge o di contratto o di una regola di esperienza » (14). E siccome nel caso di specie vi è una precisa regola d'esperienza di carattere medico-scientifico che attribuisce rilievo sia al profilo oggettivo che a quello soggettivo, ne deriva la necessità di tener conto e di accertare la presenza di entrambi. In questa direzione vanno anche le menzionate proposte legislative, nelle quali si prevede testualmente che i comportamenti ostili e aggressivi « per avere il carattere della violenza morale e delle persecuzioni psicologiche, devono *mirare* a discriminare, screditare o comunque danneggiare il lavoratore » (così l'art. 2, comma 2, d.d.l. 4265; in termini analoghi è l'art. 1, comma 2, d.d.l. n. 6410) (tale rilievo al profilo soggettivo è criticato da Izzi 2000, 783).

Peraltro, la conclusione proposta, nell'attribuire rilievo al profilo finalistico, oltre ad apparire congrua in sé, va nello stesso senso della consolidata giurisprudenza sull'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, per la quale l'intenzione del datore di lavoro assume rilievo ai fini della configurabilità della fattispecie discriminatoria.

4. Gli aspetti problematici relativi alla prova ed alle modalità risarcitorie.

Queste considerazioni, tuttavia, non eliminano gli innegabili aspetti problematici relativi all'onere probatorio: il prestatore di lavoro, infatti, dovrà dare la non facile dimostrazione sia della sussistenza delle condotte « mobbizzanti » sia del nesso causale tra queste ed il proprio stato di salute. Talché, nella maggior parte dei casi, per provare la finalità vessatoria, sarà necessario l'aiuto di testimoni, tra cui vi potrebbero essere anche gli autori della condotta; ed anche laddove le condotte possano essere provate nella loro realtà fattuale, non è scontato né automatico « che venga riconosciuta la loro piena ed esclusiva efficacia causale in relazione ai danni asseritamente patiti dalla vittima, vista la natura del tutto peculiare degli effetti dannosi lamentati » (Nunin 2000).

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 143/2000 già citata, pur nella consapevolezza della particolare difficoltà « a causa di eventuali sacche di omertà, sempre presenti, o per altre ragioni », ribadisce la necessità che il lavoratore provi gli elementi essenziali della fattispecie

note

(14) Cass., 21 dicembre 1998, n. 12763; negli stessi termini cfr. anche Cass., 2 maggio 2000, n. 5491, in *LPO*, 2000, 1231; Cass., 7 agosto 1998, n. 7792, in *GI*, 1999, 1167; Cass. 16, settembre 1998, n. 9247, in *OGL*, 1999, 91.

tra i quali, sulla base di quanto detto, rientra anche l'elemento intenzionale, nonché il pregiudizio ed il nesso causale.

Tuttavia, per agevolare l'onere probatorio del lavoratore sarà possibile utilizzare la tecnica delle presunzioni, purché ciò avvenga nella logica e nei limiti previsti dall'art. 2729 c.c. (De Angelis 2000, 1565; Izzi 2000, 781, si interroga sull'opportunità di introdurre un meccanismo di agevolazione del compito probatorio gravante sull'attore).

Alla luce di queste considerazioni dovrebbe risultare impossibile conseguire un risarcimento qualora dalla vicenda di *mobbing* non siano conseguiti significativi disturbi psicologici sotto il profilo medico legale. È però noto che, pur in mancanza di un'apprezzabile menomazione e di un'inidonea certificazione medica, la giurisprudenza ha talora riconosciuto ugualmente la tutela risarcitoria di diritti fondamentali della persona, attraverso la discutibile figura del danno *in re ipsa*, secondo la quale il verificarsi del danno non esige alcuna prova diretta.

Per quanto concerne le modalità di risarcimento del danno, la difficoltà di individuarne con precisione l'effettivo ammontare postula una liquidazione equitativa del giudice che tenga però conto, *ex art.* 1225 c.c., non solo degli effetti dannosi prevedibili, ma anche delle conseguenze pregiudizievoli ulteriori e non valutabili *ex ante*. Infatti, se si accoglie l'impostazione secondo cui il principio finalistico rappresenta un elemento costitutivo del *mobbing*, ne deriva come logica conseguenza l'imputabilità al datore di lavoro della condotta vessatoria, in termini di dolo contrattuale, sia nel caso in cui egli la ponga in essere direttamente sia nell'ipotesi in cui venga esercitata da altri e da lui tollerata.

Una questione particolare concerne l'eventuale concorso del dipendente alla causazione della situazione di disagio psicologico. In dottrina, facendo leva sul principio giurisprudenziale secondo cui la condotta negligente o imprudente del soggetto offeso comporta l'esonero da responsabilità risarcitoria per violazione dell'art. 2087 c.c. solo quando « il comportamento dello stesso presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute » (15), si è ritenuto che « ai fini dell'accertamento del pregiudizio arrecato alla dignità della persona, non potrebbe escludersi l'esistenza di un nesso causale rispetto alle azioni vessatorie e ostili neppure se, ad esempio, il dipendente avesse concorso con il proprio comportamento a creare una situazione d'incompatibilità » (Tullini 2000, 266). In merito ci si limita ad evidenziare come tale conclusione non convinca pienamente soprattutto se letta in connessione con il principio desumibile dall'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 626/1994 che impone a ciascun lavoratore di « prendersi cura della propria sicurezza e della propria salute ». Dal principio desumibile da tale norma pare derivare la necessità di una puntuale analisi giudiziale del caso concreto, ancor più pressante qualora il danno lamentato sia ricondotto ad una pratica vessatoria. Un'indagine che deve necessariamente tener conto dell'incidenza di preesistenti alterazioni psicologiche, della particolare struttura della personalità, nonché dell'individuale sensibilità rispetto agli atti aggressivi e ostili.

5. Osservazioni conclusive.

Alla luce di quanto fin qui esposto non si può che condividere la conclusione della sentenza del Tribunale di Milano, chiamato, in sede d'appello, a valutare la congruità della pronuncia di primo grado con cui si erano ricondotte alcune isolate vicende intervenute in un arco temporale di sei anni, precisamente dal 1992 al 1998, ad una unitaria strategia persecutoria progettata dal datore di lavoro ai danni del dipendente e ascrivibile a ciò che la scienza medico-legale definisce come *mobbing*; la qualificazione in tali termini dei diversi comportamenti aveva comportato la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2087 cod.civ. per la procurata sindrome ansiosa depressiva alla dipendente. Il giudice d'appello, dopo aver ricordato che l'attenzione sociologica e televisiva attribuite al fenomeno non lo rendono « insensibile alle regole che vigono in campo giuridico allorquando ad esso si vogliono collegare conseguenze giuridiche in termini di risarcimento del danno » poiché « occorre che chi invoca tale fatto come produttivo di danno ne provi l'esistenza e ne dimostri la potenzialità lesiva » esclude che nella fattispecie in esame sussista la finalità aggressiva e vessatoria tipica dell'istituto. L'assenza di sistematicità, la scarsità degli episodi, il loro oggettivo rapportarsi alla vita di tutti i giorni all'interno di una

note

(15) Così Cass., 17 marzo 1999, n. 2432, in *RIDL*, 1999, II, 766; negli stessi termini Cass., pen., sez. IV, 11 marzo 1999, n. 792, in *MGL*, 1999, 804; Cass., 17 febbraio 1999, n. 1331, in *GC Mass.*, 1999.

Mobbing e tutela del lavoratore

Alessandro Boscati

organizzazione produttiva che è anche luogo di aggregazione e di contatto, nonché di scontro, umano escludono di poter considerare dolosi i comportamenti lamentati; e si precisa come in assenza di tale carattere non si possa risarcire un danno che secondo l'esperienza comune è imprevedibile con riferimento sia all'oggettività dei fatti ritenuti lesivi sia alla reattività del soggetto cui sono rivolti.

Sulla base di tali elementi giunge alla riforma della sentenza pretorile, in quanto ritiene che nella fattispecie sottoposta al suo esame non si configuri alcuna contiguità temporale tra le lamentate vessazioni e manchi ogni attendibile rapporto di causa ad effetto tra la pochezza qualitativa e quantitativa degli episodi stessi e lo stato di prostrazione fisica lamentata dalla ricorrente.

La sentenza non fa, quindi, che confermare la presenza nell'ordinamento di strumenti idonei ad individuare le responsabilità, sanzionare i colpevoli e risarcire le vittime dei comportamenti vessatori, ovviamente anche all'interno dell'azienda. Il problema non è pertanto quello di individuare astratte cornici entro le quali ricondurre una molteplicità di comportamenti, bensì quello di valutare in concreto quando un determinato comportamento addebitabile al datore di lavoro sia lesivo per il lavoratore, recando nocumento a beni patrimoniali e non patrimoniali del medesimo. E la giurisprudenza ha ampiamente dimostrato come la clausola generale dell'art. 2087 c.c., affiancata talvolta da quella dell'art. 2043 del medesimo codice civile (16), permetta di sanzionare tutti i comportamenti illegittimi recanti un danno al dipendente.

Ciò porta a ritenere che un intervento legislativo *ad hoc* riferito al *mobbing* in quanto tale non sia necessario, non solo perché condurrebbe ad un inutile appesantimento del contesto normativo, ma anche perché ad una nuova definizione normativa di questi pur antichi fenomeni non consegue necessariamente un più elevato tasso di legalità.

Bibliografia

- Bona Oliva** (2000), *Nuovi orizzonti nella tutela della personalità dei lavoratori: prime sentenze sul mobbing e considerazioni alla luce della riforma Inail*, in *Danno e res*, 406 ss.
- Caccamo Mobiglia** (2000), *Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive*, in *DPL*, Inserto al n. 18.
- D'Aponte** (2000), *Molestie sessuali e licenziamento: è necessaria la prova del c.d. mobbing*, in *RIDL*, II, 769 ss.
- De Angelis** (2000), *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*, in *Fi*, I, c. 1557 ss.
- Denari** (2000), *La responsabilità diretta e personale nel danno da « mobbing »*, in *LPO*, 5 ss.
- Gottardi** (2000), *Mobbing non provato e licenziamento per giusta causa*, in *GLav*, n. 4, 25 ss.
- Izzi** (2000), *Denuncia di mobbing e licenziamento per giusta causa: chi la fa l'aspetti?*, in *RIDL*, II, 776 ss.
- Konrad** (1963), *Das sognante boese. Zur Naturgeschichte der Aggression*, Vienna.
- Lassandari** (1995), *L'alternativa fra fondamento contrattuale o aquiliano della responsabilità e le sue ripercussioni*, in Pedrazzoli (a cura di), *Danno Biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, Torino, 113 ss.
- Matto** (1999), *Il mobbing tra danno alla persona e lesione del patrimonio professionale*, in *DRI*, 491 ss.
- Meucci** (1999), *Considerazioni sul « mobbing »*, in *LPO*, 1953 ss.
- Miscione** (2000), *I fastidi morali nel lavoro e il mobbing*, in *ILLe-J*, n. 2.
- Monateri Bona Oliva** (2000), *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milano.
- Montuschi** (1987), *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *RIDL*, I, 3 ss.
- Nunin** (2000), *Alcune considerazioni in tema di « mobbing »*, in *ILLe-J*, n. 1.
- Oliva** (2000), *« Mobbing »: quale risarcimento?*, in *Danno e res*, 27 ss.
- Pera** (2000), *La responsabilità dell'impresa per il danno biologico subito dalla lavoratrice perseguitata dal preposto (a proposito del c.d. « mobbing »)*, in *RIDL*, II, 102 ss.
- Tullini** (2000), *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *RIDL*, I, 251 ss.

(16) In questo senso cfr., tra le molte da ultimo, Cass., 20 gennaio 2000, n. 602, in *GC Mass.*, 2000.

Le relazioni industriali all'interno della Coopbilanciai: il contratto integrativo aziendale e il codice di comportamento

Gianluca Verasani e Alessandra Bastai

Sommario

1. Premessa. 2. I contratti integrativi in Coop. Bilanciai. 3. Il salario variabile dal 1988 ad oggi. 4. Il Codice di Comportamento.

1. Premessa.

La Società Cooperativa Bilanciai Campogalliano a r.l. è un'azienda costruttrice di sistemi di pesatura industriale con sede a Campogalliano (Modena), e fondata nel 1963.

La sua storia ha però inizio nel 1949, quando un gruppo di esperti bilanciai licenziati dalla « F. Crotti » decide di continuare l'attività in proprio, creando il nucleo dal quale avrà origine la Soc. Coop. Bilanciai.

Nel 1968 C.B. compie la prima significativa evoluzione tecnologica, realizzando il laboratorio di elettronica per la progettazione e la produzione dei primi terminali di pesatura elettronici.

Nel 1982 le accresciute dimensioni aziendali impongono il trasferimento nell'attuale stabilimento, collocato su un'area di circa 40.000 metri quadri, metà dei quali occupati da stabilimento ed uffici.

Nel 1991 si osserva la seconda decisiva evoluzione tecnologica e, dopo la realizzazione di strumenti di pesatura elettronici, C.B. decide di dare il via alla produzione in serie di celle di carico omologate (trasduttori di forza, attualmente utilizzati in tutti i moderni sistemi di pesatura).

Al 1993 risale invece l'inizio del processo di internazionalizzazione attraverso l'acquisizione di quote societarie in aziende in Europa e Nord Africa, processo che la rende oggi una realtà economica competitiva a livello internazionale.

Sempre nel corso del 1993, a fronte delle accresciute dimensioni aziendali e della complessità del sistema di relazioni industriali in cui la Cooperativa si trova coinvolta, nasce una divisione aziendale specificatamente dedicata alla gestione delle politiche del personale. Già dal 1990 si era delineata una figura che, impegnata principalmente nella creazione delle buste-paga, aveva in realtà competenze di più largo respiro e si occupava anche di aspetti inerenti la gestione/amministrazione del personale, ma è solo nel 1993 che l'Azienda decide di scindere le due funzioni e di individuare due posizioni (Responsabile Ufficio Paghe e Responsabile del Personale) alle quali, per quanto strettamente correlate, sono richieste competenze e responsabilità differenti.

Nel 1994 C.B. ottiene la certificazione SINCERT di azienda che opera in garanzia di qualità secondo le norme UNI EN ISO 9001.

Nel 1999 nasce « Bilanciai Group », marchio che accompagna tutte le aziende del gruppo in Italia e nel mondo.

Oggi C.B. è azienda leader in Italia e in Europa nel settore della pesatura industriale capace di occupare, nel solo stabilimento di Campogalliano, 255 dipendenti di cui 225 sono soci. Nel

**Le relazioni industriali
all'interno di
Coopbilanciat**
Gianluca Verasani e
Alessandra Bastai

2000 il fatturato diretto ha superato i 73 miliardi e quello consolidato è prossimo ai 90, superando significativamente i dati del bilancio previsionale.

Il gruppo attualmente è composto da 4 aziende italiane (Coop. Bilanciat per la pesatura industriale, Cigiemme per la pesatura con etichettatura e nell'automazione di sistemi di controllo pesi, Gibertini Elettronica nella pesatura analitica e di precisione, Zenith Bilance nel settore Retail) e da 6 aziende in Europa e Nord Africa (Ariservis in Spagna, Bilanciat Algerie in Algeria, Bilanciat France in Francia, Cachapuz in Portogallo, Sofeb in Marocco, Weightron Bilanciat in Gran Bretagna).

2. I contratti integrativi in Coop. Bilanciat.

La contrattazione collettiva integrativa all'interno di Coop. Bilanciat trae origine dal primo accordo del 1973, che introduceva condizioni di miglior favore rispetto al contratto provinciale allora vigente e prevedeva alcune importanti specificità aziendali quali, ad esempio, maggiori opportunità per i lavoratori studenti.

Da allora l'assetto complessivo della contrattazione collettiva di secondo livello non ha subito modifiche sostanziali se non sul piano relativo alla retribuzione, che, dal 1988 ad oggi, ha visto attribuire un'incidenza sempre più significativa alla quota variabile della retribuzione stessa, legata all'implementazione delle performances aziendali.

Per quanto concerne gli altri argomenti trattati all'interno contratti integrativi, occorre sottolineare come spesso essi si siano sovrapposti a quelli della contrattazione collettiva nazionale, anche se questa, ed è opportuno evidenziarlo, è diventata tale per le Cooperative Metalmeccaniche solamente a partire dal 1994, anno nel quale i contratti prima provinciali e poi regionali sono stati inclusi all'interno di un protocollo a latere (Protocollo a latere — 20 Dicembre 1994 — del 1° CCNL delle Cooperative Metalmeccaniche per le condizioni di miglior favore derivanti dal CCRL Emilia-Romagna del 25 Febbraio 1991) allegato al contratto nazionale che salvaguardava alcune condizioni di miglior favore.

La stratificazione dei contratti integrativi ha portato alla scelta, nel corso dell'anno 2000, di realizzare un testo unico, al fine di puntualizzare i trattamenti che nel corso degli anni avevano perso attualità per la presenza di nuove norme a carattere nazionale (è il caso, ad esempio, dei congedi parentali, innovati dalla legge 8/3/2000 n. 53) e garantire una migliore leggibilità ed informazione ai lavoratori nuovi assunti.

Tutte le altre norme, regolamenti, prassi, usi e consuetudini aziendali, hanno invece trovato spazio all'interno di una raccolta specifica, che, per il suo carattere compilatorio, non ha inteso introdurre alcuna novità significativa, limitandosi a raccogliere ed organizzare argomenti che, per quanto strumentali al corretto svolgimento del rapporto di lavoro e per quanto rientranti a tutti gli effetti tra le obbligazioni primarie e secondarie inerenti allo stesso, si è scelto di non includere all'interno del Testo Unico. Ciò, prevalentemente, per ragioni di chiarezza concettuale e miglior fruibilità delle norme stesse.

3. Il « salario variabile » dal 1988 ad oggi.

Il Contratto Integrativo Aziendale siglato in data 15 giugno 1988 ha introdotto, come sopra accennato, il primo esempio in azienda di retribuzione variabile.

Tale parte variabile integrava il c.d. « *salario contrattato* », vale a dire la parte di retribuzione fissa aggiuntiva rispetto ai minimi tabellari regionali.

Il calcolo era piuttosto complesso e rappresentava forse il limite maggiore del meccanismo, assieme al fatto che, utilizzando indici tratti dal bilancio aziendale, non poteva essere reso « visibile » se non alla chiusura del bilancio stesso.

Il meccanismo prendeva come riferimento il valore aggiunto della produzione desunto appunto dalla medesima voce di bilancio.

Dal valore aggiunto si detraevano:

— l'aumento del costo del lavoro derivante da incrementi occupazionali avvenuti nel corso dell'esercizio;

— l'eventuale quota di ristorno distribuito ai Soci della Cooperativa (Soci che storicamente compongono circa il 90% della popolazione aziendale);

— gli oneri di ammortamento previsti per legge (erano escluse quindi eventuali quote di ammortamento anticipato);

— una quota di oneri finanziari concordata tra le parti di anno in anno (sul contratto era indicato un tasso « ritenuto accettabile »).

Dalla quota così ottenuta si estraeva una parte pari al 29% del valore complessivo che, ulteriormente depurata degli oneri aziendali in misura del 35%, passando così dal costo aziendale alla retribuzione lorda e detratta ulteriormente di una cifra forfetaria di 5 milioni a titolo di accantonamento del Trattamento di Fine Rapporto, era poi distribuita tra i lavoratori secondo i parametri aziendali per ogni livello retributivo.

Quantitativamente l'importo medio della retribuzione variabile non superava il 4% rispetto alla retribuzione lorda annua corrisposta in misura fissa.

Il Contratto Integrativo successivo, siglato in data 26 giugno 1996, chiudeva una fase di riassetto ai vertici dell'azienda ed una stagione di scelte strategiche che avrebbero portato alla nascita dell'attuale « Bilanciai Group ».

Il primo problema da affrontare era rappresentato dal lungo periodo di vacanza contrattuale, poiché dalla firma dell'integrativo precedente erano trascorsi oltre 7 anni e nel frattempo alcuni trattamenti indicizzati non erano stati aggiornati con puntualità.

Con questi presupposti la rappresentanza sindacale non aveva esitato a richiedere un adeguamento della retribuzione fissa, nonostante nel frattempo fosse stato siglato il Protocollo del 23 luglio 1993 tra Governo, Organizzazioni imprenditoriali e Sindacato, dove si esplicitava il ruolo e le materie trattabili nei due diversi livelli contrattuali.

Si giungeva in questo modo ad un accordo che prevedeva il consolidamento nella retribuzione fissa di una parte (il 65% del tetto massimo fissato per il 5° livello nel contratto integrativo del 15/6/1988) del salario variabile e l'introduzione di un Premio di Risultato strettamente correlato al miglioramento dei risultati aziendali e conforme al principio di aleatorietà di cui al Protocollo 23 Luglio 1993 — Punto 2 — Assetti Contrattuali e al D.L. 25 Marzo 1997, n. 67, articolo 2.

Il Premio, era composto da 4 indici, rilevabili in parte dal controllo di gestione ed in parte da dati acquisibili dall'ufficio Assicurazione Qualità e dal Servizio Prevenzione e Protezione dai Rischi.

Si risolveva così una delle principali difficoltà che avevano caratterizzato la gestione del precedente salario variabile, circa la rilevabilità dei dati solamente ad esercizio concluso.

In questo modo infatti era finalmente possibile seguire l'andamento del Premio di Risultato con due mesi di ritardo circa rispetto alla data di rilevazione.

Per tutti gli indici si prendeva a riferimento il grado di miglioramento di questi rispetto ai risultati ottenuti nel 1995, anno precedente alla sigla del contratto.

Il primo indice adottato era relativo all'incidenza della « non qualità » rispetto al fatturato. Le voci del controllo di gestione individuate erano:

- costi di trasferte dei tecnici e costi interni di riparazione per prodotti in garanzia;
- costo dei pezzi di ricambio sostituiti dai tecnici per prodotti in garanzia;
- costo dei ricambi inviati in garanzia;
- note di accredito per interventi precedentemente fatturati relativi all'anno precedente;
- note di accredito per interventi precedentemente fatturati relativi all'anno in corso.

Il valore utile ai fini della distribuzione del Premio era il 30% della differenza in valore rispetto alla percentuale di non conformità rilevate nel 1995.

Il secondo indice era relativo al grado di produttività/efficienza complessiva dell'azienda, denominato nel controllo di gestione « spese generali ».

In questa voce sono contenuti, oltre alle spese generali vere e proprie due centri di costo fondamentali per misurare complessivamente l'efficienza aziendale e cioè:

gli scostamenti tra preventivo e consuntivo che misurano le variazioni di produttività delle ore effettuate su ciclo di produzione e le variazioni di incidenza delle ore indirette (quindi non su commessa o ciclo di lavorazione) e delle ore straordinarie.

In questo caso il valore era ricavato dal 23% di differenza tra l'incidenza registrata nel 1995 e quella raggiungibile negli anni successivi.

Il terzo indice era l'indicatore economico più semplice ed oggettivo.

Si assumeva come riferimento la voce denominata in controllo di gestione denominata « primo risultato », non influenzata dagli oneri finanziari e da eventuali politiche di bilancio sugli accantonamenti.

Il valore era pari al 8% della differenza del valore registrato nel 1995 rispetto agli anni successivi.

Il quarto ed ultimo indice riguardava il miglioramento sulla sicurezza in azienda. Il

**Le relazioni industriali
all'interno di
Coopbilanci**
*Gianluca Verasani e
Alessandra Bastai*

riferimento era l'indice di frequenza degli infortuni (IF), determinato dalla formula seguente:

$$IF = (\text{numero degli infortuni} / \text{ore lavorate}) \times 1.000.000.$$

All'indice in oggetto era allegata una tabella che abbinava un valore assoluto in lire per fascia di IF ottenuta. Il quarto indice quindi era l'unico non legato ad un miglioramento rispetto all'anno precedente, ma ad una diminuzione assoluta degli infortuni in azienda.

Le modalità di erogazione del Premio avvenivano attraverso due momenti diversi:

— un acconto inserito nella busta paga del mese di giugno dell'anno preso in considerazione, in misura del 30% rispetto al tetto massimo del premio, preceduto da una breve valutazione sull'andamento aziendale e quindi sulla possibilità di erogazione rispetto ai risultati raggiungibili;

— il saldo inserito nella busta paga del mese di febbraio dell'anno successivo, quando i dati del controllo di gestione potevano essere ritenuti definitivi.

Naturalmente sia il Consiglio di Amministrazione sia la Rappresentanza Sindacale Unitaria venivano informati periodicamente sull'andamento degli indici.

Il valore complessivo annuo dei premi erogati ha raggiunto l'importo di una mensilità aggiuntiva fino al 5° livello retributivo.

Il Contratto Integrativo Aziendale attuale, siglato in data 2 ottobre 2000, ha confermato buona parte dell'impianto del Premio definito nel 1996.

Gli indici sono rimasti quattro, tre dei quali immutati rispetto allo schema precedente.

In particolare l'indice della « non qualità », ulteriormente affinato nel corso degli ultimi anni, permette oggi di individuare le reali non conformità rilevate sia in produzione sia durante gli interventi di assistenza. L'indice è stato depurato da una serie di operazioni discrezionali di carattere commerciale, quali ad esempio le note di accredito riconosciute ai clienti allo scopo di evitare contenziosi.

L'indice relativo al « primo risultato » del controllo di gestione è rimasto immutato, così come l'indice di frequenza degli infortuni.

Per i primi due è ovviamente cambiato il riferimento, ora relativo ai risultati raggiunti nel 1999, mentre per il terzo si conferma il rapporto con una tabella di miglioramento della sicurezza, ora rispetto alla media dell'indice di sicurezza negli anni tra il 1996 ed il 1999.

La variazione più significativa riguarda l'indice di produttività, poiché, se da un lato l'indice che verificava l'andamento delle spese generali e la loro incidenza sul fatturato, dall'altro si era rivelato piuttosto difficoltoso nella rilevazione, dato che i centri di costo nel frattempo erano cambiati.

Su proposta della Rappresentanza Sindacale si è perciò optato per un indice molto semplice: il rapporto tra fatturato e numero di addetti, prendendo come riferimento la media del fatturato pro capite negli anni 1996-1999.

Il valore assoluto del tetto massimo di questo premio è aumentato in maniera significativa, sino a diventare circa il 10% della retribuzione lorda annua fissa per il 5° livello retributivo. A fronte di ciò si sono registrate due scelte valutate positivamente dalla direzione aziendale e non osteggiate dalla rappresentanza sindacale:

— in primo luogo si è scelto di escludere aumenti in cifra fissa definiti a livello aziendale, aumenti che avrebbero precluso la decontribuzione delle somme erogate a titolo di Premio di Risultato (art. 12, comma III, L. 30 Aprile 1969, n. 153 e successive modificazioni e art. 2, comma I, D.L. 25 Marzo 1997, n. 67), privando il Premio stesso del requisito essenziale di aleatorietà (Carlo Pagliaro, 27 Settembre 1999, Banca Dati de Il Sole 24 Ore);

— in secondo luogo si è scelto di definire un importo massimo erogabile del Premio entro limiti relativamente circoscritti, al fine di non pregiudicare ristorni potenzialmente più elevati.

Vale la pena di soffermarsi su quest'ultimo punto e di sottolineare ancora una volta la forma cooperativa scelta per esercitare l'impresa, forma di cui l'erogazione di stock options rappresenta elemento fortemente caratterizzante, evidenziando inoltre come i benefici contributivi previsti per le stesse stock options, soggette alla sola tassazione sul capital gain, finiscano col superare ampiamente i vantaggi decontributivi e fiscali associati al Premio di Risultato.

Il convincimento che un'efficace politica di stock options rappresenti un valido strumento per incentivare la partecipazione e sostenere le motivazioni dei lavoratori, con conseguenti benefici per il livello qualitativo del lavoro stesso, congiuntamente alle considerazioni relative ai vantaggi di carattere economico-fiscale ottenibili, ha pertanto indotto la direzione

aziendale a valutare positivamente la possibilità di incentivare questa forma di condivisione e distribuzione del risultato economico conseguito.

**Le relazioni industriali
all'interno di
Coopbilanci**
Gianluca Verasani e
Alessandra Bastai

4. Il Codice di Comportamento.

Con il progetto relativo alla redazione di un Codice di comportamento Coop. Bilanciari ha intrapreso una reale sperimentazione ed ha inteso rispondere ad alcune esigenze che, con il crescere delle dimensioni d'impresa, hanno progressivamente mostrato la propria rilevanza all'interno dell'ormai complesso sistema di relazioni industriali gestito.

La volontà di offrire un modello comportamentale cui ogni soggetto coinvolto in relazioni economico-sociali con la Cooperativa, e primariamente ogni singolo socio e dipendente, potesse utilmente affidarsi, ha portato a ricercare e ad individuare lo strumento più efficace per:

— diffondere, all'interno dell'Azienda, la conoscenza e la consapevolezza dei principi e dei valori che hanno ispirato la scelta del modello cooperativo e che oggi devono continuare ad ispirare la funzione economica e sociale di quanti lavorano e collaborano con Coop. Bilanciari;

— definire, con lo scopo di regolamentare, una serie di aspetti inerenti l'organizzazione tecnico-disciplinare che si reputano strumentali ed essenziali al corretto svolgimento del rapporto di lavoro ed al perseguimento del sistema aziendale di obiettivi socioeconomici. Tutto ciò senza valicare i confini del potere organizzativo-direzionale tipico dell'imprenditore (un potere che è tale solo se esercitabile unilateralmente dall'imprenditore stesso) ed escludendo, di conseguenza, tutti quegli aspetti del rapporto di lavoro su cui è richiesto, invece, un intervento regolamentare di tipo legislativo o pattizio.

Di qui la scelta, resasi necessaria, di non assumere tra le materie del Codice tutto quanto rientrasse, direttamente o indirettamente, all'interno della sfera di competenza della contrattazione collettiva.

L'origine dei *Codici di comportamento* in Italia risiede nei *Regolamenti aziendali* detti anche *Regolamenti d'impresa* o *interni* o *di fabbrica*, esperienze normativo-regolamentari tipiche degli anni Cinquanta e Sessanta.

Dopo un primo moderato interesse dimostrato da parte delle aziende ed alcuni dibattiti in sede giuridica, dottrinale e sindacale, la problematica è poi stata accantonata per lungo tempo e dimenticata sino ai giorni nostri, quando essa ha nuovamente assunto rilievo ed attualità sospinta da alcuni impulsi di matrice prevalentemente anglosassone.

Malgrado il ritrovato interesse, l'assenza di una sperimentazione approfondita dell'istituto all'interno delle nostre aziende e, nel contempo, di una regolamentazione dello stesso da parte dell'ordinamento giuridico italiano, ha pertanto indotto a fondare l'indagine condotta da Coop. Bilanciari prevalentemente su tali esperienze anglosassoni, alle quali però occorre guardare con la coscienza e la consapevolezza delle peculiarità sociali, culturali, istituzionali e sindacali italiane.

Si è reso inoltre necessario il riferimento a dibattiti politici e giuridici decisamente datati i quali tuttavia, dato il prolungato periodo di silenzio sull'argomento e data l'assenza di un qualsiasi intervento normativo per oltre venticinque anni, si sono rivelati preziosi strumenti interpretativi rispetto ad un istituto scarsamente noto e sperimentato.

I caratteri distintivi del *Regolamento aziendale*, e quindi del *Codice di comportamento* da cui esso trae origine, sono riconducibili ai seguenti tre:

- unilateralità;
- efficacia obbligatoria;
- competenza organizzativa in senso tecnico-disciplinare.

A delineare tali caratteri intervengono, primariamente, due sentenze della Corte di Cassazione risalenti agli anni 1965 e 1971, secondo le quali « *I regolamenti aziendali sono un complesso di norme predisposte unilateralmente dall'imprenditore in base al potere di organizzazione e di direzione che gli compete in base agli artt. 2086 e 2104 del codice civile* » (Corte di Cassazione, sentenza n. 1353, del giugno 1965).

Gli articoli del Codice Civile cui la sentenza si riferisce sono quelli relativi al potere di direzione ed organizzazione dell'azienda da parte dell'imprenditore che, in quanto capo della stessa, è titolare della facoltà di organizzare il lavoro ed impartire le disposizioni necessarie per l'esecuzione e la disciplina dello stesso: non esiste, a ben vedere, alcuna espressa menzione di un *Regolamento d'impresa* da parte di una qualsiasi fonte di Legge nel

**Le relazioni industriali
all'interno di
Coopbilanci**
Gianluca Verasani e
Alessandra Bastai

nostro ordinamento, ma secondo opinione ormai diffusa e consolidata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, l'istituto rappresenta una legittima modalità d'esercizio del potere attribuito all'imprenditore proprio dagli artt. 2086 e 2104 del Codice Civile.

Il sistema di norme predisposto dall'imprenditore non è però da ritenersi incondizionato: esso assume efficacia obbligatoria per i prestatori di lavoro sempre che abbia ad oggetto « *l'organizzazione tecnica e disciplinare del lavoro in impresa* » (Corte di Cassazione, sentenza n. 3386, del 22 novembre 1971).

Secondo l'interpretazione della Cassazione, allora, il potere regolamentare dell'imprenditore è legittimo sino a quando rispetta determinati limiti e rimane all'interno dell'organizzazione in senso tecnico e disciplinare: ciò significa escludere dalla sua sfera di prerogative tanto la materia relativa allo stato giuridico quanto quella relativa al trattamento economico del lavoratore.

A queste considerazioni aggiungiamo, riferendoci all'opinione più diffusa in dottrina, la necessaria « *pubblicità* » del Regolamento, il quale inizia a spiegare i suoi effetti solo dopo che i soggetti cui è destinato ne abbiano preso conoscenza: non è ben chiaro però cosa debba intendersi per « *conoscenza* » o per « *pubblicità* », se cioè essa implichi l'affissione in luogo adatto ed accessibile a tutti gli interessati, o se piuttosto comporti la consegna materiale del documento ai dipendenti di nuova assunzione o già inseriti nell'organico d'impresa quando il regolamento entra in vigore (Carullo 1989, 14 e ss.).

La questione non ha tuttavia costituito fonte di particolari perplessità poiché, da quanto emerso da subito, era intenzione di Coop. Bilanciari redigere un Codice proprio al fine di renderlo realmente noto a tutti i dipendenti.

Interpretando pertanto l'adempimento dell'onere di pubblicità come strumentale alla reale efficacia del Codice stesso, nessuna opposizione si attendeva né rispetto all'affissione del Regolamento in luogo accessibile a tutti (e ciò in piena conformità a quanto disposto dall'art.7 della L. 20/5/1970 n. 300 per il Codice disciplinare), né rispetto alla distribuzione a tutti i soci e dipendenti che ne avrebbero fatto richiesta e a tutti i nuovi assunti.

Individuato nel Codice di comportamento lo strumento ideale cui affidarsi per rispondere alle esigenze aziendali sopra specificate, Coop. Bilanciari ha ritenuto necessario approfondire l'analisi evidenziando limiti e potenzialità dello stesso.

Pertanto si è proceduto indagando le diverse posizioni dottrinali che si sono sviluppate intorno all'argomento, al fine di offrire il giusto supporto teorico al progetto che Coop. Bilanciari intendeva portare a compimento.

Da quanto emerso la dottrina è apparsa, sino dalle prime esperienze aziendali sui Regolamenti interni, nettamente divisa circa la natura giuridica che questi potevano e dovevano assumere all'interno del nostro ordinamento giuridico, dando vita ad almeno tre posizioni o teorie principali:

- Teoria contrattuale;
- Teoria normativa;
- Teoria che connota il Regolamento come un contratto collettivo di diritto comune.

Per quanto concerne la terza delle teorie elencate, diremo subito che essa è rappresentativa della posizione meno diffusa e condivisa in dottrina e, coerentemente con ciò, anche del modello concettuale storicamente meno seguito nella redazione dei regolamenti da parte delle imprese.

Tale modello, infatti, interpreta il Regolamento aziendale come il frutto di una contrattazione di fatto tra imprenditore e commissioni interne, privandolo con ciò della sua nota caratteristica di unilateralità (Lega, 1951, I, 84 e ss.).

È proprio la mancanza di un vero e proprio concorso di volontà a rendere inattuabile ogni forma di contrattazione: l'unica volontà rilevante, ai fini dell'emanazione del Regolamento, resta quella dell'imprenditore, il quale può certamente cercare il confronto con le commissioni interne, restando tuttavia il solo responsabile ed artefice.

Sebbene si renda necessario sottolineare come la Cassazione abbia in realtà espresso nel corso degli anni pareri non univoci sulla natura di contratto collettivo del Regolamento aziendale (citiamo a titolo di esempio 2 sentenze: *sentenza n.5343, 9/12/1977, Cassazione « Il regolamento aziendale non ha natura di contratto collettivo »*; *sentenza n.4333, 24/6/1983, Cassazione « Il regolamento aziendale è un atto generale di autonomia negoziale che realizza una uniforme disciplina nell'interesse collettivo dei lavoratori, con l'efficacia della normativa generale tipica della contrattazione collettiva »*), l'opinione prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sembra alla fine aver accettato l'interpretazione che differenzia nettamente i due istituti.

La commissione interna, infatti, non può che svolgere una mera azione consultiva: il suo contributo si esaurisce nella dichiarazione di giudizio in risposta alla dichiarazione di volontà unilateralmente espressa dall'imprenditore.

Il nesso intercorrente tra gli atti dei due soggetti è solamente procedimentale, essendo il parere della commissione interna una semplice condizione di validità. Gli accordi confederali degli anni 40 e 50 certamente attribuiscono il potere alle Commissioni di esprimere pareri sui Regolamenti interni d'azienda o di fabbrica, ma tali pareri non sono destinati ad assumere potere vincolante per l'imprenditore (Carullo, 1989, 171 e ss.).

A sostegno di quanto appena affermato riportiamo inoltre un estratto degli accordi confederali sopracitati, ed in particolare la Nota a Verbale dell'Accordo Confederale 7/8/1947, presente integralmente nell'Accordo Confederale 8/5/1953, la quale, dopo aver attribuito alle commissioni il potere di esprimere pareri sui Regolamenti, specifica: « *Le parti concordano che, qualora l'esame preventivo non porti ad una auspicata soluzione di comune soddisfazione, resta salva la facoltà della direzione dell'azienda di attuare i provvedimenti che essa ritiene opportuni, come resta salva la facoltà dell'azione sindacale da parte dei lavoratori* ».

Ben più largo accoglimento sembra invece avere incontrato la prima teoria, la più antica tra le tre, quella che precedentemente abbiamo definito come *contrattuale* e che fonda l'efficacia obbligatoria del Regolamento interno sull'adesione dei singoli dipendenti.

Nonostante tale orientamento sia stato diffusamente condiviso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un certo dissenso si rileva tuttavia in merito alla forma che l'adesione dei prestatori di lavoro dovrebbe assumere, tanto che giurie diverse si sono espresse in sentenze altrettanto diverse. Alcune di esse hanno ritenuto che l'accettazione dovesse risultare in modo certo ed inequivocabile, mentre altre che l'affissione in luogo accessibile a tutti gli interessati fosse condizione sufficiente, sino ad arrivare a sostenere che, trascorso il periodo di prova, l'ignoranza del Regolamento non fosse ulteriormente scusabile, non essendo giustificabile il comportamento di un prestatore di lavoro che si disinteressa di un documento destinato ad integrare il proprio contratto di lavoro.

Tutte queste dissertazioni, relative alle forme del consenso, perdono improvvisamente significato quando ci si allontani dalla convinzione che il regolamento interno d'impresa debba fondare la propria efficacia obbligatoria su uno scambio di consensi, per accogliere invece la seconda delle teorie sopracitate, quella che abbiamo indicato come *teoria normativa* e che, a ben vedere, risulta essere quella maggiormente condivisa ed accreditata.

Sostenendo l'unilateralità, formale e sostanziale, del regolamento aziendale, detta teoria si riferisce alla posizione gerarchicamente sovraordinata dell'imprenditore rispetto ai suoi collaboratori, la quale discende direttamente dalle norme del Codice Civile.

Secondo il Legislatore, infatti, l'imprenditore è il *capo dell'impresa* da cui dipendono gerarchicamente i prestatori di lavoro (artt. 2086, 2094, 2095, c.c.), esercita un potere giuridico che si concretizza in primo luogo nell'elaborazione delle norme imperative sull'organizzazione e sulla disciplina del lavoro (art. 2104, comma II, c.c.), in secondo luogo nell'obbligo di *tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro* (art. 2087 c.c.) e, infine, nella possibilità di applicare, in ipotesi di inosservanza delle norme di cui sopra e conformemente alla L. 20/5/1970, n. 300, *sanzioni disciplinari secondo la gravità dell'infrazione*.

È alla luce di quest'ultima teoria presa in esame che devono essere lette le sentenze della Corte di Cassazione precedentemente citate (sentenza n. 1353, del 26 giugno 1965 e n. 3386, del 22 novembre 1971) ed è sempre su quest'ultima teoria, largamente diffusa e condivisa, che Coop. Bilancai ha inteso redigere il proprio un Codice di Comportamento: questo, rivolto a tutti i dipendenti (soci e non soci), rappresenta oggi una raccolta di tutte le disposizioni necessarie per il corretto svolgimento dell'attività lavorativa e la conseguente realizzazione dell'obiettivo d'impresa, capace, inoltre, di evidenziare il sistema di principi e di valori che appartengono alla cultura dell'azienda.

Resta a questo punto da sottolineare un ultimo concetto non sufficientemente puntualizzato sino ad ora: abbiamo sostenuto e dimostrato che la redazione di un Codice di Comportamento, con le caratteristiche formali e sostanziali evidenziate, rientra a pieno titolo tra le possibili modalità attuative del potere organizzativo-direzionale dell'imprenditore, del potere gerarchico, cioè, che il Codice Civile attribuisce al capo dell'impresa, ma non abbiamo delineato con sufficiente chiarezza e puntualità i confini di tale potere.

Esso deve certamente ritenersi *autoritario*, in quanto all'interno dell'impresa, e solo in tale ambito, la volontà dell'imprenditore è plusvalente rispetto a quella del prestatore di lavoro,

**Le relazioni industriali
all'interno di
Coopbilanciaci**
Gianluca Verasani e
Alessandra Bastai

ma non per questo anche *indipendente* ed *originario*: il potere gerarchico dell'imprenditore, strettamente legato alla posizione che esso assume all'interno dell'impresa, deriva direttamente dallo Stato e deve pertanto conformarsi e subordinarsi all'ordinamento giuridico dello stesso.

L'imprenditore ha, con ciò, piena facoltà di disporre le modalità tecnico-disciplinari secondo cui organizzare il lavoro in azienda, ma non può spingersi oltre i limiti che lo Stato impone all'esercizio del suo potere, rischiando con ciò di violare la Legge, l'ordine pubblico, i principi del buon costume e quelli che si desumono direttamente dai contratti collettivi, abusi di potere che determinerebbero la nullità della disposizione stessa.

L'indagine condotta da Coop. Bilanciaci è infine terminata in un *Codice di comportamento per soci e dipendenti*, distribuito dall'Azienda congiuntamente al nuovo *Contratto Integrativo Aziendale 10/luglio/2000* ed alla *Raccolta di norme, regolamenti e prassi aziendali* in uso, documento di cui la Cooperativa è fortemente determinata a garantire efficienza ed efficacia, impegnandosi nella promozione della reale diffusione e conoscenza in primo luogo tra tutti i soci e i dipendenti e, secondariamente, tra tutti i propri collaboratori in genere. Il corpo del Codice si presenta suddiviso in due sezioni:

I. all'interno della prima viene offerto spazio al sistema di principi e di valori di carattere economico, etico e sociale assunto dalla Cooperativa, così che ogni singolo socio, dipendente o collaboratore possa conoscerlo, rispettarlo e scegliere di assumerlo a sua volta. I principi qui richiamati (correttezza, integrità, onestà e buona fede, cooperazione, mutualità, etc.) non rappresentano, a ben vedere, disposizioni in senso stretto e, quindi, non si caratterizzano come una vera e propria espressione del potere direzionale unilateralmente espresso dall'imprenditore ai sensi del codice civile. L'osservanza degli stessi costituisce pertanto un fatto fortemente auspicato da parte della Direzione aziendale, senza peraltro concorrere a formare un obbligo giuridico o contrattuale;

II. all'interno della seconda trovano invece spazio tutte quelle informazioni e disposizioni che, in quanto relative all'organizzazione in senso tecnico del lavoro in azienda (conflitto d'interesse, dovere di riservatezza, atteggiamenti discriminatori, rapporti con clienti e fornitori, etc.), si configurano quale legittima espressione del potere direttivo unilateralmente esercitabile dall'imprenditore.

Si individua così la differenza di valore tra le due sezioni del documento: la seconda, non rappresentando una raccolta di semplici indicazioni, per quanto naturalmente intrise di significato e valore, bensì un sistema di vere e proprie disposizioni dettate dall'imprenditore in merito alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, costituisce parte integrante delle obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro, con conseguente applicabilità, in ipotesi di violazione delle stesse, delle sanzioni di cui all'articolo 7 della L. 20 maggio 1970, n.300.

Bibliografia

Carullo (1989), *Il regolamento interno d'impresa*, Cedam, Padova.

Pagliaro (1999), 27 Settembre Banca Dati de Il Sole 24 Ore.

Lega (1951), *Le commissioni interne di fabbrica e i poteri disciplinari dell'imprenditore*, in *RDL*, II, 84 ss.

Abbreviazioni

<i>AC</i>	Archivio civile	<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro	<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>AJA</i>	Actualidad Juridica Aranzadi	<i>DO</i>	Droit Ouvrier
<i>AL</i>	Actualidad laboral	<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>All E.R.</i>	All England Report	<i>DPLoro</i>	Diritto e pratica del lavoro, serie oro
<i>AppNDI</i>	Appendice al Novissimo Digesto Italiano	<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>AP</i>	Archivio penale	<i>DS</i>	Droit Social
<i>AR</i>	Arbeitsrecht	<i>DT</i>	Derecho del Trabajo
<i>AS</i>	Le assicurazioni sociali	<i>ECR</i>	European Cases Report
<i>Asoc</i>	Aranzadi Social	<i>EER</i>	European Economic Review
<i>AsS</i>	L'assistenza sociale	<i>EG</i>	Employment Gazette
<i>AuA</i>	Arbeit und Arbeitsrecht	<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>AuR</i>	Arbeit und Recht	<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>BBTC</i>	Banca, borsa e titoli di credito	<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>Bull Civ</i>	Bulletin Civil	<i>ELR</i>	European Labour Review
<i>BCLR</i>	Bulletin of Comparative Labour Relations	<i>Enc dir</i>	Enciclopedia del diritto
<i>B&L</i>	Banca e lavoro	<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>CA</i>	Corriere Amministrativo	<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>CahSocBarrParis</i>	Cahiers sociaux du barreau de Paris	<i>FI</i>	Foro italiano
<i>CG</i>	Corriere Giudiziario	<i>FP</i>	Foro padano
<i>CI</i>	Contratto e impresa	<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics	<i>GCCC</i>	Giurisprudenza completa della Casazione civile
<i>CLLJ</i>	Comparative Labour Law Journal	<i>GComm</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review	<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>DCInt</i>	Diritto commerciale internazionale	<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>DCSInt</i>	Diritto comunitario degli scambi internazionali	<i>GLav</i>	Guida al lavoro
<i>DD</i>	Democrazia e diritto	<i>GM</i>	Giurisprudenza di merito
<i>DE</i>	Diritto dell'economia	<i>GPiem</i>	Giurisprudenza piemontese
<i>DEA</i>	Diritto dell'economia e delle assicurazioni	<i>GTosc</i>	Giurisprudenza toscana
<i>DO</i>	Droit ouvrier	<i>GU</i>	Gazzetta ufficiale
<i>D&L</i>	Diritto e Lavoro - Rivista critica del diritto del lavoro	<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>DFall</i>	Diritto fallimentare	<i>ICR</i>	Industrial Cases Reports
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza	<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>DH</i>	Dalloz Hebdomadaire	<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro	<i>ILRR</i>	Industrial and Labor Relations Review
<i>DLab</i>	Derecho laboral	<i>IJCLIR</i>	The International Journal of Compa-
<i>DocLab</i>	Documentación laboral		
<i>DL Marche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche		

Abbreviazioni

	relative Labour Law an Industrial Relations	<i>QIS</i>	Quaderni di Industria e sindacato
		<i>QL</i>	Quaderni di Diritto del lavoro
<i>IJHRM</i>	International Journal of Human Resource Management	<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Il progetto</i>	Il progetto	<i>QRS</i>	Quaderni di rassegna sindacale
<i>IP</i>	Informatore Pirola	<i>QISFOL</i>	Quaderni ISFOL
<i>IPrev</i>	Informazione previdenziale	<i>Quarantacinque</i>	Quarantacinque
<i>IR</i>	Industrial Relations	<i>RA</i>	Recht der Arbeit
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal	<i>RAmmRI</i>	Rivista amministrativa della Repubblica italiana
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal		
<i>IRLR</i>	Industrial Relations Law Reports	<i>RAE</i>	Revue affaire européen
<i>IS</i>	Industria e sindacato	<i>RassDC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>I&S</i>	Impresa & Stato	<i>RassDP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>JIRS</i>	Japanese Industrial Relations Series	<i>RCDL</i>	Rivista critica del diritto del lavoro
<i>JLB</i>	Japan Labor Bulletin	<i>RCDP</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>LD</i>	Lavoro e diritto	<i>RCoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>L'impresa</i>	L'impresa	<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>LG</i>	Il lavoro della giurisprudenza	<i>RDCComm</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>LI</i>	Lavoro informazione	<i>RDEur</i>	Rivista di diritto europeo
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi	<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>LR</i>	Le Regioni		
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali	<i>RDImpr</i>	Rivista di diritto dell'impresa
<i>LS</i>	Le società	<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>L&S</i>	Labour and Society	<i>RDP</i>	Rivista del diritto processuale
<i>LSS</i>	Lavoro e sicurezza sociale	<i>REDT</i>	Revista Española de Derecho del Trabajo
<i>L80</i>	Lavoro '80		
<i>Lias Soc</i>	Liaisons sociales	<i>RFI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>MAC</i>	Massimario annotato della Cassazione	<i>RGC</i>	Repertorio della Giustizia civile
		<i>RGI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>MFI</i>	Massimario del Foro italiano		
<i>MGC</i>	Massimario di Giustizia civile	<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>MGI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana	<i>RI</i>	Relazioni industriali
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro	<i>RIDC</i>	Revue Internationale de Droit Comparé
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review	<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>MO</i>	Mondoperaio	<i>RIDP</i>	Rivista italiana di diritto pubblico
<i>Mod. Law Rev.</i>	Modern Law Review	<i>RIMP</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>MSCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica	<i>RIPS</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto italiano	<i>RISS</i>	Rivista italiana di scienze sociali
<i>NDL</i>	Note di diritto del lavoro	<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence social
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata	<i>RIT</i>	Revue international du travail
		<i>RL</i>	Relaciones Laborales
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro	<i>RSoc</i>	Rivista delle società
		<i>RTDE</i>	Revue trimestrale droit Européen
<i>NGiurL</i>	Notiziario giuridico del lavoro	<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate	<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>NRS</i>	Nuova Rassegna Sindacale		
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro	<i>Sem Soc Lamy</i>	Semaine social Lamy
		<i>SImp</i>	Spazio impresa
<i>PD</i>	Politica del diritto	<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>PE</i>	Politica e economia	<i>SOrg</i>	Studi organizzativi
<i>PL</i>	Personale e lavoro	<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>PM</i>	Personal Management	<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>PS</i>	Prospettiva sindacale	<i>ST</i>	Sociologie du Travail
<i>PSoc</i>	Previdenza sociale	<i>SyS</i>	Syndicalisatie e société
<i>QADL</i>	Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro	<i>TemI</i>	Temi
		<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>QDLRI</i>	Quaderni di Dir. del lavoro e delle rel. industriali	<i>TL</i>	La tutela del lavoro
		<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza
<i>QDRI</i>	Quaderni di Diritto delle rel. industriali	<i>TR</i>	Temi romani
		<i>WES</i>	Work, Employment and Society

Notizie sugli autori

Agut García C. è Professore di diritto del lavoro nell'Università Jaime I, Castellón (Spagna).

Bastai A. collabora alla Direzione del personale della Società Cooperativa bilanciai a r.l.

Binocoli F. è collaboratrice alla Cattedra di diritto del lavoro nell'Università di Genova (Facoltà di Giurisprudenza).

Boscati A. è Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università Statale di Milano.

Castelvetri L. è Professore Associato al diritto del lavoro nell'Università dell'Insubria - Como.

Fabris P. è Professore Associato di diritto del lavoro nell'Università di Ferrara.

Ghera E. è Professore Ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Roma "La Sapienza".

Macis M. è Ricercatore presso la Fondazione « Rodolfo De Benedetti ».

Mobiglia M. è collaboratrice alla Cattedra di diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia (Facoltà di Economia) e dello Studio Legale Grimaldi Clifford Chance.

Perulli A. è Professore Straordinario di diritto del lavoro nell'Università Cà Foscari di Venezia.

Sala C. è Giudice del lavoro presso il Tribunale di Milano.

Tiraboschi M. è Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia.

Verasani G. è Direttore del personale della Società Cooperativa bilanciai a r.l.

Kezuka K. è Professore di diritto del lavoro nell'Università di Senshi (Giappone).

